Biblioteca de Philosophia scientifica

A Vida do Direito

E

A INUTILIDADE DAS LEIS

POR

JEAN CRUET

ADVOGADO

Vè-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade.

LISBOA
Antiga Casa Bertrand – JOSÉ BASTOS & C.ª – Livraria editora
73, Rua Garrett, 75

1908

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A VIDA DO DIREITO

E

A INUTILIDADE DAS LEIS

INTRODUÇÃO

A genese das leis e a soberania do legislador

I. Consagração dogmatica da lei. — II. A liberdade do individuo perante o direito illimitado da nação soberana; inefficacia d'uma theoria philosophica para moderar a acção do Estado. — III. A força effectiva do Estado aggravada pelo temor desarrazoado da sua omnipetencia imaginaria. — IV. Necessidade de encarar o direito como uma questão de facto. — V. Das sociedades primitivas ás sociedades modernas, o direito mudou de forma, não de caracter. Se não nasceu do costume e da jurisprudencia, a lei para entrar no direito vivo é obrigada a tornar-se jurisprudencia e costume. — VI. O methodo da razão pura e a definição classica da lei. O methodo da experiencia e as correcções a fazer na concepção theorica da lei. — VII. Único limite efficaz da omnipotencia legislativa: noção experimental da inutilidade prática

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

das leis contrarias ao equilíbrio real da sociedade.

"O sentido do relativo domina o pensamento contemporâneo"

DE VOGÜE

O jurista, se não está muito involvido na luta dos interesses, é naturalmente levado a crer que toda a vida social se organiza e se move sob o imperio absoluto das leis: não é, de facto, através das leis que elle tem o costume de observar sempre a vida?

Os textos legislativos fornecem ao espirito formulas geralmente claras e precisas, cuja rigidez, impondo-se ao respeito do jurista, deve necessariamente deformar para elle o aspecto verdadeiro das coisas: não ousando saír fóra dos textos, para comprehender o mundo social em toda a sua extensão, em toda a sua complexidade e em todo o seu movimento, acontece-lhe procurar a origem unica do direito, não na sociedade organizando-se por si propria, mas na engrenagem do Estado, especialmente investida, com um monopolio theoricamente exclusivo, da alta missão de estabelecer as regras officiaes do direito consagrado.

D'esta visão profissional das relações sociaes, e, por assim dizer, d'uma illusão de optica, nasceu a concepção dogmatica do direito e da lei.

I — A quem poude seguir na serie das suas phases secretas ou publicas, a lenta e penosa gestação d'uma determinada lei, o fundamento racional da sua autoridade apresenta-se singularmente incerto, e o sentimento tradicional de respeito que pode persistir acerca d'ella, não está isento de reserva.

Mas o respeito absoluto e a autoridade indiscutida que muitos, sem hesitar, recusam a todas as leis em particular, concedem-se sem

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

debate á lei em geral, expressão imperativa da vontade do Estado soberano.

O Estado, incarnação sublime da ideia moral, Deus vivo! exclama Hegel algures.

Como o philosopho alemão, os mais severos juristas entregaram-se a uma especie de lyrismo para definirem a soberania do Estado, essa noção fundamental do direito publico ordinariamente ensinado: encontra-se-lhes então no estylo, na falta de exacção scientifica uma especie de fervor religioso, e para alguns, deslumbrados pelo "divino explendor" do poder, — como Jean-Baptiste Sirey, fundador d'um celebre archivo de jurisprudencia, sinceramente reconhecia, — a soberania é mais que um frio axioma da sciencia politica, é um sentimento, com toda a força de um artigo de fé.

"E' necessario uma autoridade suprema, um centro para onde tudo convirja, um principio d'onde tudo derive, um soberano que tudo possa...; é da essencia da autoridade suprema não poder ser limitada: *ou pode tudo, ou não é nada*".

Pelo cunho vigoroso da phrase, é facil reconhecer o grande obreiro das letras, que possuiu o genio do sophisma, a ponto de disfarçar até as ideias justas em paradoxos: Jean-Jacques Rousseau.

Quantas definições, a um tempo vagas e intransigentes, da soberania podiamos colher nas innumeraveis obras publicadas sobre direito constitucional, se não fosse resultar da sua accumulação uma certa monotonia, porque todas ellas se resumem numa affirmaçao dogmatica da omnipotencia do Estado!

Por causa d'esta noção muito simples e abstracta, a maior parte dos mestres de direito publico, estão expostos a caír sob a ameaça d'um elogio ironicamente dirigido por Albert Sorel a Beccaria, um dos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

precursores do direito penal moderno: — *puro jurisconsulto deduz e não observa.*

II — Os partidarios mais decididos das theorias classicas, depois de haverem dado ao Estado uma soberania sem limites, fazem por espirito de liberalismo os mais louvaveis esforços para lh'a tirarem: tendo por hypothese eliminado o individuo perante a sociedade, desejariam *a posteriori* restituir-lhe um logarzinho modesto, mas seguro, no Estado, ou mais exactamente abaixo do Estado.

Mas pela maneira por que se apresenta o problema, torna-se impossivel encontrar-lhe solução.

Tendo-se formado, por uma serie de simplificações arbitrarias das realidades sociaes, uma concepção intangivel do Estado, origem unica do direito e unico detentor da força legitima, como não confessar, se ha alguma franqueza, grande difficuldade em limitar fóra de tempo essa força illimitada e em procurar com exito um direito superior a esse direito supremo?

E' de toda a necessidade introduzir no systema concebido *a priori* uma d'essas contradições veladas que são como que a desforra prática do bom senso contra os excessos da logica abstracta.

Jean-Jacques Rousseau não se contradisse. Tendo attribuido á nação todos os direitos, não hesitou em impor todos os deveres aos particulares, e haveria sido o primeiro a sustentar, por logica, que “o povo nunca tem culpa”, se, meio seculo antes, o protestante de Jurieu, nos *Suspiros da França escrava*, não tivesse affirmado que o povo tem sempre razão.

Por isso as malhas da rede juridica em que os theoricos do Estado soberano tentam meter este monstro vigoroso são singularmente frageis, por não dizer illusorias.

As affirmações idealistas, por mais enérgicas que sejam, das Constituições ou das Declarações, não podem ter efficacia alguma, porque são necessariamente indeterminadas e inconsistentes.

Admitamos por hypothese que haja contra o Estado direitos naturaes e imprescriptiveis: a liberdade, a igualdade, a propriedade... Mas a liberdade em que medida, a igualdade sob que aspecto, e a propriedade sob que fórma?

E não devemos confessar, com toda a sinceridade, que o direito natural é o unico que não existe na natureza ?

E' bem verdade que a doutrina individualista propõe uma fronteira á acção do Estado, mas é uma fronteira invisivel traçada pela razão pura: o Estado não necessita violá-la abertamente para a transpôr: para que ella não exista, basta que a ignore. E não tem elle as melhores razões do mundo para ser cego? Não se pode exigir do Estado que não seja estatista.

Mais valia depositar plena confiança na nação plenamente soberana, e aconselhar o individuo a pôr as suas esperanças de liberdade na *autolimitação* do Estado, isto é na moderação espontanea e voluntaria do Estado no interesse bem intendido do proprio Estado.

Mas, para o espirito claro d'um francês, cujas ideias falsas ao menos são sempre ideias nitidas, dizer isto não é afinal de contas não dizer nada?

III — Desgostados com tantas subtilezas e contradições, não estamos no direito de perguntar se, afinal, a soberania não é simplesmente uma ideia falsa, ou, na expressão vigorosa d'um eminente professor de direito constitucional que se declarou explicitamente seu adversario, o sr. Duguit, um principio a um tempo “indemonstrado, indemonstravel e inutil”?

O astronomo Leverrier propunha-se explicar as perturbações notadas no movimento de certo astro conhecido, pela presença de uma estrella invisivel, cujo logar determinára pelo calculo. Assim os jurisconsultos invocam a soberania para sustentar e justificar as construcções tradicionaes da sciencia politica... Mas se Leverrier descobriu no céu a estrella, os jurisconsultos, menos felizes, não puderam ainda mostrar a soberania.

Somos assim levados a suppôr que esta noção immaterial foi conservada para não deixar inteiramente vago o logar outrora occupado pela muito real pessoa do monarcha absoluto e de direito divino. O espirito positivo do nosso tempo por certo não elaboraria o conceito de soberania, mas teve receio de repudiar a sua herança e impôr-se o esforço de criar, para um mundo social novo, uma nova sciencia politica.

E' bem conhecida a phrase de Royer-Collard: “A soberania? E' coisa que não existe...”

Portanto não percamos tempo a procurar o soberano, e cessemos de apoucar a autonomia do individuo, aggravando a força effectiva do Estado pelo temor desarrazoado da sua omnipotencia imaginaria.

IV — Fóra de duvida, a noção de soberania não é privada de toda a virtude prática: se é uma ficção, seguramente é em certo modo uma ficção de utilidade social.

A sua formação explica-se muito bem pela psychologia dos governos: nasceu d'um desejo, commum a todos, e de resto legitimo, — o de serem cegamente obedecidos, sem terem necessidade de usar da coerção material. Tende a fazer da lei civil o que Kant quís fazer da lei moral: um *imperativo categorico* fóra de toda a critica racional.

Recorrendo á força, um governo arrisca-se sempre a demonstrar fraqueza, e é bom que “as leis se mantenham geralmente acceitas, não por serem justas, mas por serem leis, e todo aquelle que obedece á lei, porque ella é justa, não lhe obedece pelo que deve.”

Todos os governos pensam neste ponto como Montaigne.

Por outro lado, a noção de soberania *nacional*, idealizada pelo optimismo communicativo dos revolucionarios de 1789, teve um grande papel historico, de que nós, menos que ninguem, pensamos em negar a fecundidade: foi um aríete poderoso contra as instituições do passado.

Só é activa a fé, e não ha boa propaganda para as ideias, nem bom reclamo para as mercadorias, sem um pouco de charlatanismo.

Muito embora. Mas as formulas feitas para a acção, sistematicamente reduzidas a uma simplicidade perfeita, e collocadas. pelas proprias necessidades da luta politica acima da discussão, nâo podiam entrar como elementos definitivos na sciencia do direito.

As illusões seguramente generosas de nossos paes na ordem politica, social ou religiosa, téem hoje este ligeiro defeito, — é que sendo de hontem ou de ante-hontem, já não illudem.

A sciencia forma-se pela hypothese, mas não se forma de hypotheses, nem a *fortiori* de ficções directamente contrarias á realidade, e por isso mesmo inutilizaveis na sociedade prática.

A primeira e a ultima palavra do methodo scientifico, é acceitar os factos como elles são. A sciencia decompõe os factos brutos, nâo os deforma.

Negar o direito natural, exclamou indignado o philosopho Secrétan, é fazer do direito positivo um simples caso de força maior!

Como se não se tratasse, não de negar ou affirmar, mas simplesmente de constatar.

Não ha pois, a nosso ver, senão um meio para conhecer a lei e comprehender a legalidade, é estudar as leis como phenomenos historicos e sociaes, nos seus caracteres observaveis.

V — Affirma-se, em geral, que a lei encerra todo o direito. Convertamos esta affirmação em uma hypothese provisoria cuja prova se trata de procurar nos factos.

Parece que, desde os tempos mais remotos da historia, o direito tem mudado de caracter, porque tem mudado de fórma.

Nas sociedades primitivas, que não téem legislação escripta, é todavia facil reconhecer um conjunto, muitas vezes bem coherente e bem estavel, de regras sociaes, cuja existencia resulta da propria repetição dos actos quotidianos que constituem a um tempo a sua base, a sua prova e a sua applicação.

E' a Epoca do costume rude, propagando-se por imitação espontanea ou tradição oral.

As correntes mais fortes e mais constantes da prática social acabam por tomar aos olhos de todos um caracter de necessidade ou de obrigação. A communidade, com essa intolerancia que foi no mundo a primeira manifestação do espirito de solidariedade, não hesita em pesar com toda a sua força para determinar a preeminencia das regras geralmente admittidas sobre as phantasias da vontade individual, e as autoridades encarregadas de indicar o direito e applicar as suas sancções, tiram da propria utilidade da sua funcção um prestigio indiscutido. A sociedade põe fim aos conflictos que se levantam entre os indivíduos: já não os autoriza a procurar a sua solução pelas vias da violencia privada, isto é a medir livremente o seu direito reciproco sobre a sua força

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

respectiva. Disseminado pelas decisões tragmentarias proteridas em litigios particulares, o direito emancipa-se progressivamente: cada decisão da autoridade reconhecida, exprimindo num caso determinado o pensamento intimo d'essa autoridade, obriga de futuro em casos similhantes ou analogos, porque os juizes não gostam de se contradizer.

Assim, ao costume rude, obscuramente percebido pela consciencia popular, succede o costume perfeito, traduzido em formulas claras na consciencia dos especialistas do direito: é a epoca da jurisprudencia sacerdotal ou laica.

O direito, que era, nas suas origens, a propria sociedade na sua evolução espontanea, continúa a apartar-se da vida. A formula jurídica, cujas raizes concretas deixam de perceber-se nitidamente, torna-se a pouco e pouco exterior á sociedade e pretende ser-lhe superior. Essa formula parece aos povos ainda pouco civilizados algo de tão alto e tão respeitavel quê a fazem brotar dos labios dos deuses ou dos seus prophetas. Os preceitos juridicos são do mesmo passo preceitos theologicos. O direito adquiriu uma especie de autonomia: já não é, na expressão de não sei que sociologo, o esqueleto apparente da sociedade, apresenta-se como o producto d'uma vontade omnipotente.

E, quando os deuses e os prophetas, pela transição das monarchias de direito divino, passam a palavra aos povos e aos homens d'Estado, estes julgam possivel tirar do seu sentimento, da sua vontade, da sua intelligencia, regras de direito completas, impondo-se em virtude de uma autoridade propria á vida mesma. A fabricação d'estas regras é confiada a orgãos especiaes: assembleias populares, conselhos monarchicos ou parlamentos republicanos. E' a epoca da lei.

Assim, na perspectiva dos seculos decorridos, vemos, *uma atrás da outra*, as tres fórmas classicas do direito: — o Costume, a Jurisprudencia e a Lei.

Mas este resumo da evolução juridica é rigorosamente exacto?

Estas tres fórmas do direito, apresentadas como os estadios d'um progresso constante, successivamente transpostos sem espirito de regreso, não se encontram, *uma debaixo da outra* na profundidade do solo jurídico moderno?

Tal ou tal regra nova do nosso direito contemporaneo não nasceu costume e não se tornou jurisprudencia, antes de acabar em lei?

Assim, consoante uma hypothese temeraria, o desinvolvimento do embrião reproduziria em phases rapidas a evolução millenaria de cada especie animal.

E se a lei pretende anteceder o costume e a jurisprudencia, para entrar no direito vivo não é obrigada a fazer-se sucessivamente, por uma especie de evolução *ao invés*, jurisprudencia e costume ?

Ha logar portanto a verificar, com toda a imparcialidade, se não existe, contra o direito do legislador ou a par d'elle, um *direito do juiz* e um *direito dos costumes*, e a examinar se a estructura social das nações contemporaneas não se desinvolveu, na maior parte dos seus elementos, fóra da sua estructura legal, fazendo-a estalar por todos os lados.

Será isso o objecto da primeira parte d'esta obra: — *o direito espontaneo e a lei escripta.*

VI — Se o legislador toma o seu ponto de partida fóra dos factos, é um accidente feliz encontrar-se com elles; se intende seguir a logica pura da sua razão é milagre poder comprehender a logica occulta de certas incoherencias sociaes; e se quer estar rigorosamente d'accordo comsigo mesmo, como não cessará de o estar com a realidade?

Em politica, homem util é o que possue um methodo, homem perigoso o que tem uma doutrina e encarcera o espirito nessa codificação intellectual *ne varietur*, que se chama um sistema.

Indo buscar muito alto ou muito longe as suas inspirações, o legislador arrisca-se a augmentar o inevitavel afastamento do direito consagrado pela lei, e do direito espontaneamente elaborado pelas forças obscuras dos costumes e da jurisprudencia.

A concepção dogmatica da lei, imaginada como uma regra universal, ditada para o futuro e para sempre, pode não ser só inexacta como expressão da prática legislativa realmente seguida: pode parecer contestavel mesmo como ideal aproximado a propôr aos Parlamentos.

Um principio, na ordem politica, só é bom se teve bom exito.

Ao estudarmos as deformações dos textos, causadas pelos impulsos multiplos da sociedade, teremos occasião de examinar se elles não são inspirados pelo caracter demasiado geral da lei e se esta generalidade, apresentada como uma virtude essencial, não é a causa profunda do espirito de sistema censurado ao legislador.

D'um modo mais largo, é questão de saber se não convem fazer no molde tradicional em que deve ser vasado o pensamento legislativo, certos retoques ou certas correcções, e se pode manter-se uma definição da lei, culpada de implicar nalguns dos seus elementos a negação pura e simples da vida do direito.

Será esse o objecto da segunda parte d'esta obra: — *o dogmatismo legislativo e a legislação experimental.*

VII — Se na lei não está todo o direito, e se não está monopolizado pelo Estado todo o poder de coerção, ha evidentemente um direito contra o soberano!

E ahi temos os cidadãos sacudidos pelas forças contraditorias da sociedade, e tentados a todo o momento a pôr o Estado no logar da força dominante...

Que autoridade quererá manter os preceitos obrigatorios contidos nos textos legislativos, se não forem ditados pela grande voz do Estado?

O prestigio das leis não provém, com effeito, da origem mysteriosa que lhes dão ?

Decerto ha problemas que é perigoso apresentar, e o espirito de livre critica, que é o proprio espirito da sciencia, bem podia ser assim na ordem juridica, como na ordem moral, um instrumento de dissolução, antes que um factor de reforma. Embora. Mas a negação da vida social espontanea, e exterior, senão hostil, ao Estado, nada podia mudar na realidade. As theorias são hoje um véo muito transparente para occultarem a vistas menos precatadas a nação activa e os homens, os simples homens, que governam, julgam ou legislam.

Max Nordau, em o numero das mentiras tradicionaes da civilização, esqueceu uma das mais caracteristicas: a mentira jurídica. Não fazemos a louca aposta de perpetuar a ficção, essa hypocrisia do direito, com o fim arriscado de salvar as apparencias, estabelecendo entre principios e uma prática profundamente contraditorios, um accordo puramente exterior.

Se já se não pode governar pela fé, *é necessario* governar pela sciencia, e se a ficção já não illude ninguem, *é necessario* pôr uma ultima esperança na verdade.

Porque attribuir, pois, antecipadamente á ficção todas as vantagens e á sciencia todos os perigos?

O nosso fim, nesta obra, não é discutir, após tantos outros, a legitimidade racional e moral d'uma intervenção energica do Estado nos diversos domínios da actividade social, afim de dar logar ao reinado da justiça. O menos que se pode dizer é que onde essa intervenção pode ser efficaz, ella se impõe.

Qualquer que seja, porém, a extensão d'estes deveres, é evidente que o legislador não podia ultrapassar, se é que os deve attingir, os limites do seu poder: elle tem todo o interesse em não prometer o que não possa cumprir, e o idealismo dos fins, bem longe de excluir a investigação scientifica dos meios, se a torna mais difficil, tambem a torna mais necessaria.

E' verdade que a omnipotencia do Estado seria um perigo maior, se não fosse antes uma illusão, mas esta illusão mesmo não é talvez sem perigo.

No dia em que o legislador souber corrigir o dogma hereditario da sua soberania nominal pela noção experimentalmente adquirida, e, a cada lei nova, duramente confirmada, da sua inutilidade prática; no dia em que elle tiver a consciencia mais nitida e mais instante de preencher uma funcção, *aliás muito util*, e não de exercer um poder indefinido, não haverá interesse em procurar na omnipotencia dos Parlamentos um limite artificial, tal como a fragil barreira d'um Supremo Tribunal constitucional: as melhores fronteiras não são as fronteiras convencionaes...

A crença na omnipotencia da lei augmenta a intensidade das lutas politicas. Uns imaginam que a lei tudo pode tirar-lhes, outros que tudo pode dar-lhes: o receio daquelles faz a esperança d'estes, mas não serão chimericos um e outra?

Se a lei se apresentasse a todos como a expressão aproximada do equilibrio real da sociedade, e não como a ordem arbitraria d'uma vontade incondicionada, os cidadãos comprehenderiam por si

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mesmos quão mal avisados andam pedindo ao Parlamento leis perfeitas. Seria bem facil responder-lhes: para fazer leis excellentes, era preciso *primeiro* uma sociedade melhor.

PRIMEIRA PARTE

O DIREITO ESPONTANEO E A LEI ESCRIPTA

Se a lei dissimula de maneira quasi completa a vida espontânea do direito, não é verdade que a tenha inteiramente supprimido.

LIVRO PRIMEIRO

0 direito do juiz e o direito do legislador

A missão do juiz consiste essencialmente em fazer nos litigios particulares a applicação exacta das regras do direito consagrado; segundo a definição mui justa e mui pittoresca de Montesquieu, o juiz é simplesmente a bôca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força nem o rigor.

A propria noção do direito positivo, nascida do reconhecimento de prescripções obrigatorias apresentando o duplo caracter de generalidade e de permanencia, parece excluir *a priori* toda a ideia d'uma participação aberta e normal do juiz na transformação das regras imperativas da lei: se o juiz pudesse com toda a liberdade tomar cada decisão particular, segundo o capricho do momento, já não haveria em verdade regras juridicas, no sentido preciso da palavra, e o arbitrio mais ou menos intelligente, mais ou menos equitativo do juiz constituiria a, unica lei viva, o unico direito effectivo, incerto e mutavel como o proprio homem.

Uma sociedade, logo que chegada á concepção clara e distincta do direito, esforça-se por fazer pairar a lei em uma região inaccessivel ao juiz, estranha á sua competencia: o legislador, monarcha absoluto ou assembleia soberana, não quer então repartir com pessoa alguma o direito de modificar a lei por medida geral, nem o de a violar por medida individual.

Mas esta negação da jurisprudencia como força activa da evolução do direito tem sempre e por toda a parte recebido o desmentido ruidoso dos factos; esta tendencia racional para reduzir o juiz a uma funcção puramente automatica, apesar da infinita diversidade dos casos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

submetidos ao seu diagnostico, tem sempre e por toda a parte sossobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial.

O juiz, esse “ente inanimado”, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso juridico, o artifice laborioso do direito novo contra as formulas caducas do direito tradicional.

Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um phenomeno constante, podia dizer-*se uma lei natural da evolução juridica*: nascido da jurisprudencia, o direito vive pela jurisprudencia, e é pela jurisprudencia que vemos muitas vezes o direito evolutir sob uma legislação immovel.

E' facil dar a demonstração experimental d'este asserto, por exemplos tirados das epocas mais diversas e dos países mais variados.

CAPITULO I

O respeito ficticio do direito consagrado

§ I — **A evolução do direito romano e a prática judicial**. — 1. A interpretação do direito consagrado como modo de formação do direito novo. — 2. O typo do magistrado-legislador: como o pretor criou o direito pretoriano. — 3. A arte de illudir os principios: papel das ficções e simulações na evolução do direito romano. — 4. A negação do direito espontaneo e a ankylose do direito romano. — 5. As instituições juridicas de Roma, producto da historia;

§ II **— 0 alcorão e as transformações olandestinas do direito muçulmano**. — 1. Reforma do direito pela falsificação dos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

textos. — 2. Como os jurisconsultos muçulmanos fizeram falar Mahomet legislador. — 3. Rehabilitação não confessada do costume. — 4. As quatro interpretações orthodoxas dos textos sagrados.

§ III — **0 Juiz legislador na Inglaterra e o tradicionalismo evolutivo do direito Inglês.** — 1. O corpo do direito consuetudinario inglês: um direito occulto "no seio" dos magistrados. — 2. Culto perpetuo dos precedentes judiciaes. — 3. Evolução jurisprudencial d'um costume theoricamente immutavel. — 4. O juiz inglês e os estatutos do Parlamento.

O respeito absoluto das regras do direito consagrado é para o magistrado a primeira das virtudes profissionaes: por isso é que o traço caracteristico da jurisprudencia, considerada como fonte de direito, é collocar quanto possivel as mais arrojadas das suas innovações sob o pavilhão regular da lei ou do costume. Este respeito nominal tem por fim salvaguardar a autoridade moral do direito consagrado sem todavia impedir a adaptação progressiva das suas formulas ás instantes necessidades da evolução social.

E' com effeito curioso notar, assim a importancia innegavel dos resultados adquiridos pela jurisprudencia, como as vias obliquas, os rodeios engenhosos pelos quaes ella chegou, senão a eliminar, pelo menos a neutralizar certas regras do direito consagrado, sem nunca as atacar de frente.

E é precisamente porque a acção da jurisprudencia, bem longe de ser sistematica, parece sempre mais ou menos inconsciente, e se

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

esforça por permanecer invisível, que ella constitue nos países onde se tentam cristallizar as regras do direito num molde unico e regular, a manifestação mais evidente da vida espontanea do direito, a prova mais decisiva da evolução em certo modo incoercivel das instituições juridicas.

§ I

A evolução do direito romano e a prática judicial

Por muito tempo se considerou o direito romano como uma legislação modelo, formada de um jacto, e condensando em formulas lapidares e definitivas a medulla dos principios juridicos: maravilhoso instrumento de deducção racional, bastante perfeito para ditar ao magistrado, com precisão verdadeiramente scientifica, a solução juridicamente indiscutivel de todos os pleitos!

Mas, na realidade, o direito romano não é obra d'um legislador de genio, que houvesse abrangido, com um golpe de vista largo e penetrante, o conjunto das relações humanas susceptiveis de caír sob o imperio do direito, e que lhes houvesse para sempre dado regras inflexiveis: em parte alguma, pelo contrario, o direito sanccionado pela prática judicial ultrapassou mais largamente, contradisse com maior força, do que em Roma, o direito expressamente escripto nos textos legislativos.

1 — Por um singular paradoxo, esta acção profunda da jurisprudencia no desinvolvimento do direito romano, bem longe de implicar o despreso da tradição legislativa, teve por causa a propria veneração dos romanos pelos primeiros monumentos do seu direito escripto: como os velhos textos, a seu juiso, tudo deviam ter dito e tudo previsto, nelles iam sempre procurar a inspiração juridica.

Mas esta vitalidade indefinida, attribuida com obstinação a um conjunto de instituições juridicas elaboradas, com rudimentares conceitos, por uma sociedade ainda barbara, era apparente e illusoria: a verdade é que da antiga lei das XII Taboas, os interpretes sabiam deduzir soluções

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

práticas e elegantes, que lá certamente não se continham, mesmo de modo virtual, e quando, pelo contrario, topavam com uma prescripção positiva, tornada para as relações sociaes, pelo proprio transcurso do tempo, um embaraço crescente, cessavam progressivamente de a ver, por uma especie de cegueira utilitaria.

A *interpretação* dos pontifices, que foram em Roma os primeiros jurisconsultos, e cujo parecer manietava o magistrado, foi um verdadeiro modo de *formação* do direito. Investidos de um monopolio, subtrahidos a toda a inspecção, davam a sua sentença, como a prova irrecusavel da existencia e do conteúdo da lei sagrada, ignorada dos profanos. A obscuridade da lei das XII Taboas, indecifravel hieroglypho aos olhos do vulgo, a concisa simplicidade das leis votadas pelo povo sobre certos pontos que haviam sublevado o interesse directo da multidão, tornavam particularmente facil esta interpretação *criadora*: o texto, em summa, dava simplesmente uma orientação á jurisprudencia.

Após a divulgação, por um scriba indiscreto, dos archivos do Collegio dos pontifices, a jurisprudencia, emancipada da tutela religiosa, continuou a elaborar, na ausencia de leis novas, um direito novo, cujos elementos encontrava ou no sentimento popular, traduzindo-se por si mesmo em costumes mais ou menos claros, ou nas livres especulações da sciencia juridica.

Para os romanos, o direito dos jurisconsultos era um *direito fictício*, porque não era a expressão exacta do direito legal; mas, na realidade, não era o *verdadeiro direito*, visto como, passando á prática judicial, se tornava o direito effectivamente applicado ?

2 — O progresso juridico, em Roma, recebeu o seu impulso mais vigoroso de um elemento original da organização judiciaria: o pretor. Em rivalidade com o direito propriamente legal, *o pretor criou o direito pretoriano*: assim, com uma simples phrase, se definiu em toda a extensão dos seus resultados, a obra d'esse magistrado.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Em termos geraes, pode-se dizer que, entre os romanos, o direito do legislador, não tendo seguido com passo sufficientemente agil a evolução dos costumes, deixou-se distanciar pelo direito do magistrado, e que a immutabilidade dos textos, em vez de levar á estagnação do direito, simplesmente produziu, em muitos pontos, a scisão bem nitida das regras theoricamente mantidas e das prescripções effectivamente sanccionadas.

O pretor não tinha qualidade para transformar o direito consagrado pela abrogação das regras antigas ou pela criação de regras novas; mas, por uma serie de processos indirectos, cujo estudo pormenorizado, por mais vivamente interessante que seja, sai, em razão do seu caracter technico, do quadro d'esta obra, chegou a fazer passar o direito romano por um trabalho constante e profundo de renovação e de aperfeiçoamento; soube, não de maneira brutal e repentina, mas por um longo e paciente processo historico, completar, retocar, refundir, ampliar a obra fruste do legislador primitivo. A engenhosa multiplicidade dos verdadeiros “trucs” de que elle usou com esse fim, exigia um exame aprofundado: alguns exemplos mui simples e mui caracteristicos bastam para fazer perceber o seu espirito e a sua utilidade.

Se um individuo podia ser chamado a juizo por uma obrigação plenamente valiosa segundo os termos rigorosos do direito civil, mas unicamente contrahida sob a influencia de manobras fraudulentas, o pretor como magistrado respeitador da legalidade, não deixava de apreciar expressamente, apesar da sua incontestavel iniquidade, a força obrigatoria d'esse laço juridico. Mas se o credor queria proceder perante a justiça, via oppôr-se-lhe uma *excepção de dolo*, arma de processo puramente defensiva, de que o seu adversario fôra munido pelo pretor; o pretor não negava o credito, simplesmente dava ao devedor o meio de o paralysar indefinidamente. Em termos vulgares, o credor permanecia credor, mas o devedor nunca mais pagava a divida: habil e necessaria conciliação do direito e da equidade!

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A legislação primitiva de Roma havia apresentado em materia successoria principios que todo o movimento dos costumes e da jurisprudencia devia tender a contrabalançar da maneira a mais completa: liberdade testamentaria sem limites, de que o pai podia usar para despojar os filhos, mesmo que houvessem largamente contribuido para enriquecer a communidade familiar; formalidades symbolicas e complicadas que rapidamente se tornavam inúteis e desusadas, mas cuja omissão, no rigor do direito puro, tinha por effeito deploravel produzir a nullidade do testamento. Obedecendo ao impulso muito nitido da opinião publica, o pretor chegou progressivamente a organizar um systema completo de successão, parallelo ao do direito civil. Certamente, se alguem invocasse, para recolher uma herança, um testamento nullo, o pretor não se reconhecia com qualidade para lhe attribuir, em termos explicitos, o titulo de herdeiro legal; dava-lhe porém a posse dos bens do defunto. O herdeiro de facto não era herdeiro, sob o ponto de vista do direito stricto, mas era elle quem herdava! Era violada a lei tradicional? Dizer que era neutralizada, é mais exacto.

Ao direito romano foi necessario um grande esforço para chegar á ideia, tão familiar aos juristas modernos, de que o accordo das vontades, acima de todas as formalidades symbolicas ou solemnes, basta para criar entre as partes um laço plenamente obrigatorio; o pretor contribuiu bastante para esta evolução e acabou, no ultimo estado do direito, por dar uma sancção a todo o pacto livremente contrahido. A estes verdadeiros contratos, porém, era recusado o nome de contratos, ciosamente reservado ás convenções reconhecidas e sanccionadas pelo antigo direito civil: platonica homenagem á legislação primitiva!

3 — Nenhum direito, mais que o romano, deu o exemplo de uma legislação perpetuamente constrangida, por necessidade prática, a illudir os seus proprios principios para não ter de os renegar; sem duvida, acabados os rodeios, uma regra nova nascia, e embora privada de estado

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

civil, substituia-se ao principio legitimo, mas sem o dizer, sem o confessar.

Assim, para quebrar o testamento de um pai que havia desherdado os filhos, conforme o velho direito, mas contrariamente aos novos costumes, era o testador considerado demente, mesmo que estivesse perfeitamente são d'espirito. Ficção.

Para permitir, a uma criancinha, ainda de mama, recolher uma herança por um acto pessoal de vontade, faziam-lhe partir um pequenino ramo de arvore: conformavam-se assim com o principio, segundo o qual ninguem podia fazer-se representar nos actos juridicos, e que, por conseguinte, não permitia ao tutor outorgar em nome do seu pupillo. Ficção.

Para fugir á necessidade das solemnidades legaes da estipulação, modo normal de qualquer se obrigar em direito romano, declarava-se o seu cumprimento imaginario num escripto; e este escripto ligava as partes pela communidade da mentira. Ficção. E ficção tão enraizada no espirito dos juristas que os escribas da idade-média, em França, nas provincias que viviam sob a legislação romana, continuavam por habito a accrescentar nos contratos a fórmula declaratoria de uma estipulação solemne, puramente vã.

Quer isto dizer que a simulação foi em Roma um instrumento precioso de progresso juridico.

Para extender além do seu alcance primitivo certas regras muito estreitas ou para subtrahir certos casos á sua applicação, as partes suppunham voluntariamente como realizado um facto que o não fôra realmente, e como existente uma situação que nunca existira.

E a prática judicial vinha dar a consagração dos poderes publicos á iniciativa illegal dos interessados.

Como é que os particulares, de resto, sem recorrerem a ficção, podiam conciliar a evolução dos costumes com a fixidez da lei?

Não querendo transformar o direito, os romanos eram fatalmente levados, por utilidade social, a desnaturar os factos, e, como o direito recusava amoldar-se rapida e exactamente aos costumes, os costumes deviam naturalmente, com a collaboração da prática judicial adquirir preponderancia.

4 — Houve, porém, em Roma, uma epoca em que o Estado se esforçou por exgotar definitivamente todas as fontes espontaneas do direito, a fim de assegurar no futuro a permanencia de uma legislação considerada como perfeita e que já não podia ser modificada senão pela vontade livre e arbitraria do proprio legislador: as clausulas de anno para anno elaboradas pelo pretor, foram condensadas em um texto unico e perpetuo; limitou-se a influencia moral e scientifica dos jurisconsultos, submetendo a prática judicial á autoridade absoluta de interpretes especialmente admitidos, ao respeito formal dos commentarios só officialmente reconhecidos.

Numa palavra, a vontade soberana do Imperador devia ser a unica fonte do direito.

Foi então que o direito romano, emigrando para Bysancio com os Imperadores, começou a falar grego; foi então que a codificação, emprehendida e levada a cabo por Justiniano, veiu acabar-lhe a fixação.

Esta fixação produz, porém, uma verdadeira ankylose das instituições jurídicas: a sciencia dos jurisconsultos e a prática judicial, simultaneamente feridas de esterilidade, já não realizam a sua obra de adaptação e de expansão do direito.

E' a decadencia romana: toda a sociedade absorvida no Estado, todo o direito encerrado na lei, e o direito cessando de evolutir, porque a sociedade cessa de viver.

5 — Os progressos da erudição moderna téem-nos mostrado o verdadeiro caracter das instituições juridicas de Roma: estas, como já se disse, são um puro producto da historia e é com os elementos fornecidos pela historia que a especulação racional, por uma questão de fórma, que não deve de maneira alguma produzir illusão sobre o fundo, edificou o monumento geometrico de que Leibnitz poude dizer que fôra construido segundo o rigor dos principios mathematicos.

Muito melhor se podia comparar o direito romano a uma arvore rustica, criada no solo pedregoso e ingrato da Roma primitiva, e da qual os magistrados e os jurisconsultos, applicando-se, como habeis jardineiros, a cortar os ramos seccos e a fazer brotar, por enxertos apropriados, folhagens novas, não chegaram todavia a disfarçar aos olhos do historiador avisado, as nodosidades, as cicatrizes, as irregularidades que revelam a sua vida accidentada, o seu desinvolmento frouxo, penoso, e como que *instinctivo.*

Na segunda parte d'esta obra, procuraremos explicar como o direito nacional d'uma sociedade morta poude ser considerado por tanto tempo, como prototypo d'uma legislação universal e immortal. Aqui devemos notar o singular paradoxo em virtude do qual, até mesmo nos países onde se admite da maneira mais absoluta a separação do poder legislativo e do poder judicial, e a intima subordinação d'este áquelle, é o ensino do direito romano que serve para aguçar o espirito juridico dos futuros magistrados, com risco de lhes ensinar, pelo exemplo do pretor, que respeitar profundamente a lei nem sempre quer dizer applicá-la rigorosamente; pois o pretor, pela audacia e o exito das suas innovações, ficou sendo *o typo do magistrado legislador*, e todo o direito elaborado

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pela jurisprudencia vê-se ainda attribuir, em memoria da sua obra, o nome de direito pretoriano.

§ II

0 Alcorão e as transformações clandestinas do direito muçulmano

Theoricamente, todas as regras applicadas aos pleiteantes, pelos cadis muçulmanos, derivam, por uma filiação directa ou indirecta, dos textos sagrados do Alcorão, ou, pelo menos, não devem ser, em caso algum, contrarias ás suas disposições: o mundo muçulmano está d'accordo em ver na lei do propheta a fonte veneravel e suprema do direito.

O direito muçulmano, porém, que devia estar todo no Alcorão, está, na realidade, quasi todo fóra; as sociedades muçulmanas, por lenta e insensivel que nellas seja a evolução economica e intellectual, não téem podido viver sob o imperio d'um direito immutavel. Aos juristas muçulmanos, como aos juristas romanos, o mesmo problema se apresentou, quasi nos mesmos termos: conciliar com a permanencia dum direito escripto as exigencias variaveis da vida social; como os juristas romanos, os muçulmanos encontraram a solução aproximada na propria interpretação dos textos do direito consagrado: interpretação extensiva e criadora nos seus effeitos reaes, embora litteral e deductiva no seu principio declarado.

Esta adaptação da lei aos costumes era ao mesmo tempo tanto mais difficil e tanto mais necessaria que nenhuma autoridade humana tinha qualidade para introduzir no livro de Allah modificações expressas, e que as regras do direito muçulmano, pela sua origem sobrenatural, tinham, aos olhos dos fieis, o valor absoluto e definitivo de dogmas revelados.

1 — O pensamento juridico de Mahomet legislador, exprimindo-se em versiculos piedosamente recolhidos pelos seus

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

companheiros, soffreu uma primeira serie de deformações com as copias successivas que, para serem espalhadas através do Islam, foram tiradas do texto primitivo do Alcorão, redigido após a morte do propheta.

Estas deformações, indo do erro material ou do contrasenso involuntario até á falsidade sistematica, não tardaram a comprometer a unidade da lei islamica: para a restabelecer, tornou-se urgente proceder sem demora a uma nova redacção dos textos, segunda versão ainda admitida da palavra inspirada de Mahomet.

Mas a falsificação dos textos, por correcções tendenciosas ou habeis interpolações, continuou sendo um dos meios favoritos de que usaram os jurisconsultos tradicionalistas para se subtrahirem a uma lei intangivel, e fazerem penetrar nella, por uma fissura imperceptivel, o minimo das innovações necessarias.

Assim foi que piedosos compiladores da nossa Idade-Média, por uma mystificação plenamente coroada de exito, trabalharam em corrigir não só o direito canonico, por falsas “decretaes” attribuidas aos papas, como tambem o direito laico, por falsas “capitulares” imputadas aos monarchas francos.

Viu-se muita vez na historia o direito evolutir pela falsificação, assim como pela ficção, quando não lhe era permitido transformar-se ás claras, sem disfarce.

2 — Não podendo, como o propheta, pedir ao proprio Allah que completasse ou modificasse por novos oraculos as primeiras disposições da lei sagrada, os jurisconsultos muçulmanos forçaram suavemente o pensamento de Mahomet; pela obscuridade pomposa, cheia de imagens, do seu estylo, pelo caracter fragmentario, incoherente e ás vezes contradictorio das suas disposições, o Alcorão prestava-se largamente ás habilidades d'uma dialectica utilitaria. Attribuia-se a este ou áquelle versiculo um valor puramente moral e religioso, a fim de lhe negar

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

a sancção judicial; punham-se em opposição dois versiculos, com o fim de annullar ou emendar um pelo outro, ou então, segundo uma tactica imitada dos jurisconsultos israelitas, ia-se até suppôr no texto sagrado um principio que lá não estava, afim de abalar a autoridade d'um principio que lá se encontrava sem duvida alguma; numa palavra, para fazer entrar na lei a corrente do direito espontaneo, combatia-se a lei com a propria lei.

Ainda mais, se Mahomet nada tinha dito, os jurisconsultos, inspiradores dos cadis, esforçavam-se por adivinhar o que elle havia subintendido; de cada acto de Mahomet deduziam-se ensinamentos juridicos, presumia-se a sua approvação tacita aos actos e ás palavras dos seus companheiros, quando não as tinha explicitamente condemnado, e o silencio do propheta tornava-se em certo modo uma fonte de direito... Esta moeda falsa juridica, na qual se gravava a figura de Mahomet, tinha um curso tanto mais facil e tanto mais rapido, quanto correspondia a uma necessidade profunda das sociedades muçulmanas.

Assim se sobrepôs ao Alcorão, sob o nome de “Sunna”, uma segunda camada de instituições juridicas, muito modernas no fundo, apesar da sua apparente filiação tradicional, porque a tradição oral autorizára a recordação infiel e o olvido intelligente.

Toda a regra tinha por certo no passado os seus defensores qualificados; mas algumas vezes inventaram-nos.

3 — A “Sunna”, que permitira eliminar em certo modo o peso morto das regras caducas, tornou-se, quando foi d'alguma fórma condensada nas obras dos jurisconsultos, um novo obstaculo ao progresso juridico.

Pensou-se então em rehabilitar o costume, suppondo que a propria prática da sociedade islamica tinha, na ausencia de todo o texto ou de toda a tradição oral, perpetuado nos factos a vontade esquecida do

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

propheta: era, por uma ficção ousada, restabelecer clandestinamente o direito dos costumes contra o direito do legislador.

Esta terceira camada de instituições juridicas, mais estranha ainda ao direito de Mahomet, veiu, como a "Sunna", a inscrever-se em fórmulas nos tratados dos jurisconsultos; e é nesses tratados, não no proprio Alcorão, que cadis e muftis procuram encontrar hoje os elementos das suas decisões judiciaes.

Muito mais que o direito do pretor romano, o direito do cadi muçulmano não é, pois, a pura e simples transcripção das regras do direito consagrado.

Não é interessante notar que o maior jurisconsulto muçulmano, Abu-Hânifa, é aquelle cujos commentarios interpretam menos rigorosamente as prescripções juridicas do Alcorão ? No entanto, o Codigo civil ottomano não é o proprio Alcorão, na sua letra ou no seu espirito, é a doutrina, em forma legislativa, de Abu-Hânifa e seus discipulos.

4 — Por isso o governo geral da Argélia, tendo procedido a um inquérito para uma codificação das leis mulçumanas, notou que existiam, na realidade, não um, mas muitos direitos mulçumanos.

Do tronco único do Alcorão destacam-se ramos sensilvelmente divergentes, legislações secundarias, localizadas nas diversas partes do Islam, e, para esclarecer a consciência dos cadis sobre o sentido dos textos sagrados, não existem menos de *quatro* interpretações orthodoxas...

Apesar do respeito supersticioso que professam os juizes mulçumanos pelas obras dos jurisconsultos autorizados, a fecundidade da prática judicial, se se moderou, não desappareceu inteiramente; na Argélia, na Tunísia, no Egypto, onde quer que os mulçumanos soffram

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

ininfluencia da civilização, formam-se usos judiciaes em substituição de certas disposições do direito consagrado, tornadas letra mortas.

Assim, nem o espirito conservador, das sociedades mulçumanas, impondo aos jurisconsultos pela força do preconceito secular a ligação artificial dos costumes novos á lei sagrada, nem a timidez dos cadis, aos quaes a tradição recusava o direito de julgar por inducção, mesmo com o risco de se declararem incompetentes, bastaram para previnir a desnaturação do direito legal pelo direito judicial , necessário para adaptar a uma sociedade que mudava pouco uma lei que não mudava nada.

Graças a esta evolução, o crente contemporaneo, na plena segurança da sua consciencia religiosa, pode fundar uma sociedade commercial em commandita sob a inspiração de Mahomet.

§ III

0 juiz legislador na Inglaterra e o tradicionalismo evolutivo do direito inglês

E' um facto incontestavel e incontestado que, numa larga parte, e sem duvida na melhor, o direito inglês é um direito elaborado pelo juiz: a *judge-made law.*

D'este facto, porém, não se pode de maneira alguma induzir que a acção dos tribunaes sobre a evolução do direito, aliás tortuosa e subterranea, se tenha exercido na Inglaterra com a franqueza d'uma collaboração regular. Porque, segundo as proprias expressões d'um autor britannico, “a funcção d'um tribunal, na Inglaterra, é essencialmente julgar, conforme os princípios legaes, as especies particulares...: o tribunal interpreta a lei, não a faz.”

Como poude então nascer e desinvolver-se, na Inglaterra, “a lei feita pelo juiz”?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1 — O fundo tradicional do direito inglês não é a lei escripta, é o costume immemorial, e é ao costume que o juiz inglês, na ausencia de texto votado pelas assembleias parlamentares, deve ir procurar a regra applicavel aos factos da causa. Esta regra existe algures; assim está admitido ou suppõe-se. Portanto, se fôr procurada, como não ha de ser encontrada ? E' uma questão de sciencia ou de paciencia.

Mas, na verdade, segundo as expressões do celebre jurisconsulto Summer-Maine, o corpo do direito consuetudinario inglês, tomado no seu conjunto, nunca existiu senão “nas nuvens” ou “no seio” dos magistrados; para os profanos, não cessou de ser desconhecido e desconhecivel.

Assim, o costume immemorial, exprimindo-se pelo orgão de magistrados pessoalmente falliveis, dá ás suas decisões o obscuro poder do mysterio; o juiz inglês, disse Blackstone, é o vivo oraculo do costume, de que a sua decisão basta para provar, de maneira authentica, a existencia e o conteúdo.

2 — Não é isto deixar aos tribunaes a liberdade de consagrar nos seus julgamentos os elementos duma prática social em incessante *devenir*, isto é de fazer e desfazer dia a dia as regras do direito, segundo os proprios movimentos da vida e da opinião?

Nada d'isso. Porque o juiz, desde que julgou, está ligado para o futuro e condemna-se por assim dizer *por toda a vida* á observação rigorosa, em todos os casos similhantes ou analogos, da regra uma vez revelada.

O respeito dos precedentes judiciarios não é na Inglaterra um simples sentimento, é um principio expressamente reconhecido e de resto unicamente formulado pelo proprio juiz. Afim de não terem um direito fluido a ponto de ser imperceptivel, os ingleses foram levados a admitir por uma verdadeira negação da evolução social, a immutabilidade

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

indefinida do costume, e em consequencia, a praticar de maneira sistematica o culto supersticioso dos precedentes judiciarios; mesmo absurdo, mesmo injusto, o precedente faz lei, porque o precedente exprime o costume e o costume não podia o juiz mudá-lo.

Este mecanismo juridico parece excluir toda a ideia de transformação, e entretanto o direito inglês evolutiu; elle tem, pode-se dizer, sem cessar de negar o movimento, caminhado a passo lento mas continuo, e se é na fórma muito archaico, é no fundo muito mais moderno.

3 — O direito commum ou *common law*, cujas prescripções o juiz inglês deve respeitar, onde está? Em parte alguma, se não está na jurisprudencia: é por assim dizer um pó de legislação disseminado nas decisões de justiça.

O direito consuetudinario inglês precisou-se e fixou-se na prática judicial, na idade-média, sob a fórma de regras fragmentarias, correspondendo ás ideias e ás necessidades do meio feudal, e é este corpo perpetuo de regras costumarias, judicialmente constatadas, que rege ainda officialmente a Inglaterra contemporanea.

Mas a sociedade feudal, profundamente transformada pela evolução economica, não podia sobreviver indefinidamente nas suas fórmulas juridicas; o meio social devia reagir contra o amalgama, na apparencia solidificado, conhecido pelo nome de *common law*.

O Chanceller, que presidia á administração da justiça, esforçou-se por temperar os rigores do direito stricto, e os juizos d'*equity*, desinvolvendo-se ao lado dos tribunaes de *common law*, foram os orgãos activissimos d'essa necessidade nova.

Fóra de duvida, conforme um methodo que parece ser o proprio methodo do progresso na Inglaterra, não houve *substituição*

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

radical, mas somente *superposição progressiva* da jurisprudencia dos Juizos de equidade á jurisprudencia dos Tribunaes de direito commum; se a "equidade", segunda estratificação jurisprudencial, marcando um novo estadio da evolução social na Inglaterra, acabou por supplantar o velho direito consuetudinario, foi sempre a pretexto de o seguir e de o completar

Não convinha evitar, com effeito, bater em brecha ostensivamente o principio essencial segundo o qual o juiz, se constata soberanamente o costume, não tem o poder de o reformar?

De facto, a jurisprudencia não tem menos largamente supprido, como instrumento de progresso juridico, a inercia legislativa do Parlamento. E' assim que os Juizos de equidade chegaram a illudir as regras caducas que attribuiam aos maridos a propriedade absoluta ou a administração discricionaria dos bens levados para o casal pela mulher. Quantas vezes não tem o legislador inglês reconhecido a utilidade das innovações jurisprudenciaes, dando-lhes a consagração de um estatuto votado pelo Parlamento.

4 — A participação do juiz inglês na evolução do direito parece hoje menos necessaria, em razão da actividade crescente do legislador, succedendo á sua preguiça tradicional. No entanto, ainda falta muito para que o esforço secular da jurisprudencia esteja no momento de terminar.

Equity e *common law* tendo, pela superstição dos precedentes judiciarios, adquirido a fixidez d'um verdadeiro *direito escripto*, parecem constituir um bloco intangivel para o juiz contemporaneo, senão para o legislador. Os precedentes judiciarios, porém, são muito numerosos, muito especiaes, quasi sempre obscuros e por vezes contradictorios; ha-os até incomprehensiveis em razão da sua antiguidade. Como se tem dito em termos espirituosos, as collecções de decisões e julgamentos são uma caixa de Pandora, d'onde pode subitamente saltar, como um diabo vindo dar victoria á má fé, um precedente ou esquecido ou a principio

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

despercebido. Se não existe um accordão do Tribunal supremo, proferido sobre um caso concreto exactamente similhante á especie nova, é difficil prever com certeza scientifica a decisão do juiz contemporaneo. Ora, ha porventura duas especies identicas ?

Se é verdade que o direito inglês se tornou pela multiplicidade das suas origens uma especie de enigma, é permittido crer que o juiz inglês, cujo senso prático é conhecido, pede a sua solução ás inspirações da sociedade moderna, sem evocar do fundo das idades a memoria honrosa dos seus predecessores desapparecidos.

Summer-Maine havia-o notado: se o costume inglês é legalmente immutavel, é tão vago que o direito pode evolutir *em torno* dos accordãos que o consagraram.

Por outro lado, mesmo a respeito dos estatutos votados pelas Camaras, a jurisprudencia inglesa não ficou inactiva; as leis parlamentares, observa o jurisconsulto contemporaneo Dicey, téem algumas vezes recebido d'ella *ametade* da sua significação... A lei applica-se *through judges and lawyers*, através dos juizes e dos jurisconsultos.

“A historia da nossa legislação immobiliaria, escreve F. Pollock na sua obra sobre o *Direito da Terra*, é a historia das ficções e subterfugios juridicos contra os quaes o legislador em vão se esforçou por lutar, até que os seus resultados bem ou mal tenham acabado por ser acceitos como um elemento estavel da propria lei”.

Em resumo, o juiz inglês é ao mesmo tempo prisioneiro dos precedentes judiciarios e dos textos legislativos: *dupla negação* da vida espontanea do direito; mas tem impedido o direito de viver, pela acção do proprio juiz?

CAPITULO II

A acção innovadora da jurisprudencia francesa

§ I — **A logica judiciaria e a Interpretação automatica dos textos.** — 1. Hostilidade tradicional contra o juiz legislador. — 2. Concepção mathematica da interpretação das leis.

§ II **— A casuistica Judiciaria e o sentido evolutivo das leis.** — 1. A illusão de tirar todo o direito da lei. — 2. O duplo sentido dos textos: sentido historico e sentido logico. — 3. A combinação dos artigos. —,4. O jogo dos principios. — 5. O juiz, legislador á força.

§ III — **A jurisprudencia iniciadora do direito novo: exemplos tirados da evolução do direito francês.**

Em Roma, nas sociedades muçulmanas ou na Inglaterra, a participação da jurisprudencia na elaboração do direito parece inteiramente legitima, porque era necessaria.

Mas, se ha país em que á primeira vista a acção innovadora dos tribunaes se apresente a um tempo como theoricamente condemnavel e praticamente inutil, esse país é a França contemporanea: theoricamente condemnavel, porque ha em França um legislador para legislar; praticamente inutil, porque o legislador francês, na rapida successão dos regimens politicos, tem sempre dado prova duma actividade crescente.

Ora, se estudarmos a historia do direito francês, não no *Bulletin officiel des Lois*, mas nos *Recueils périodiques d'arrêts*, podemos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

verificar que essa acção, longe de ser nulla ou indifferente, tem sido e continua a ser muito evidente e muito importante.

Era França, patria electiva da lei clara e progressiva, a jurisprudencia, fonte antiga e natural do direito, continúa a correr sem ruido, e se a legislação tem evolutido, é as mais das vezes seguindo atrás da jurisprudencia no caminho traçado pouco a pouco pela serie concordante das decisões judiciaes.

A obra da jurisprudencia francesa acaba assim de demonstrar que a acção innovadora da prática judicial nem só é um remedio feliz para um estado por assim dizer pathologico do direito consagrado, mas na realidade constitue para o legislador uma collaboração util, aliás inevitavel, resultante das exigencias da evolução juridica nas suas relações com a evolução social.

§ I

A logica judiciaria e a interpretação automatica dos textos

1 — O receio de ver o juiz invadir as attribuições do legislador, e contradizer a lei sob pretexto de a interpretar, chegou em França a uma verdadeira obsessão.

Contra uma magistratura independente pela venalidade dos cargos, a realeza procurára guardar para si o direito exclusivo de esclarecer em caso de duvida o sentido das suas ordenanças.

Contra a magistratura reorganizada, a Revolução francesa, persistindo numa mesma inquietação, estabeleceu nitidamente o principio de que só ao legislador pertencia dar ás dificuldades levantadas pela interpretação dos textos legislativos, uma solução definitiva. E o Tribunal de Cassação foi criado, ao lado da Assembleia Legislativa e sob a sua inspecção, não só para assegurar a unidade nacional da jurisprudencia, mas ainda para defender strictamente a integridade da lei contra as

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

desvirtuações possiveis d'uma prática judicial muito aproximada dos factos para não se afastar insensivelmente do direito.

"Num Estado que tem uma legislação, exclamava Robespierre, a jurisprudencia dos Tribunaes é a lei, não é outra coisa".

Se o legislador francês consentiu finalmente em reconhecer o caracter soberano da interpretação judicial, é que a experiencia demonstrára a incapacidade de qualquer outra autoridade para desinvolver o sentido das leis na sua applicação ás questões particulares; assim a força das coisas mais que a vontade deliberada do legislador subtrahiu o Tribunal supremo á tutela interpretativa das Assembleias parlamentares, depois do Conselho d'Estado, orgão governamental.

2 — O juiz francês, tradicionalmente exposto á desconfiança dos poderes publicos, não devia naturalmente esforçar-se por limitar a sua missão á exegese prudente dos textos legislativos?

Um logico eminente, o sr. Liard, diz: — "O direito é a lei escripta... Os artigos do Codigo são outros tantos theoremas de que se trata de demonstrar a ligação e de tirar as consequencias. O jurista puro é um geometra; a educação puramente juridica é puramente dialectica. O grande trabalho do "magistrado ou do advogado é desembrulhar os fios dos pleito é ligar os seus elementos a tal ou tal das regras estabelecidas pelas leis. E' a resolução d'um problema".

Esta concepção mathematica da interpretação das leis, infinitamente seductora pela simplicidade apparente do seu mecanismo e pelo caracter logicamente infallivel das suas soluções, permite ao juiz sumir-se inteiramente atrás da vontade do legislador. Corresponde assim a uma preoccupação essencial do regimen democratico; Montesquieu escrevera no livro vi do *Espirito das Leis*: — "No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juizes sigam a letra da lei".

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Mas este methodo puramente deductivo, por mais perfeito que seja no ponto de vista racional, como no ponto de vista politico, não tem sido rigorosamente applicado, porque não era rigorosamente applicavel: é uma bella fachada por detrás da qual se desinvolveu em França, como na Inglaterra, "uma lei feita pelo juiz".

§ II

A casuistica judiciaria e o sentido evolutivo das leis

Os dogmas religiosos são por definição estabelecidos para a eternidade, mas em toda a religião se nota um esforço para accommodar ao nivel medio das consciencias os preceitos irrealizaveis dos livros sagrados: é a *casuistica*, indispensavel expediente que permite amaciar a lei pela consideração subtil das especies...

Se a casuistica, fóra da religião, não foi abertamente organizada, tem sido em todos os tempos praticada pelos juristas: não foi, na verdade, pela casuística que a lei das XII Taboas em Roma, a lei do Propheta entre os muçulmanos, a lei de Moysés entre os israelistas, por tanto tempo conservaram uma vitalidade artificial?

A casuistica judiciaria, pois, é filha da casuistica religiosa, porque o direito em toda a parte começou por ser um retalho da religião: esta origem commum explicaria em certo modo a similhança tão notavel dos seus processos, se de resto theologos e jurisconsultos, tendo fins similhantes em condições analogas, não devessem naturalmente encontrar-se na escolha dos meios.

1 — A illusão do legislador é criar todo o direito: esta illusão produz a illusão do juiz que quer tirar todo o direito da lei.

Numa paraphrase do artigo 4 do Codigo civil, o illustre jurisconsulto Proudhon escrevia em 1810: — "Não é permitido ao juiz

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

calumniar a lei, recusando-se a julgar sob pretexto de que ella é silenciosa, obscura ou insufficiente".

Mas, para não calumniar a lei, o juiz é obrigado a forçar os textos: porque só a menor parte das especies que se apresentara na prática foi *realmente* prevista pelo legislador.

Eis porque a logica da jurisprudencia francesa se encontrou constrangida a fazer-se casuistica: unico meio de fazer saír dos textos, por uma especie de "prestidigitação", na expressão do professor Lambert, regras adequadas ás hypotheses as mais variadas, principios apropriados ás especies as mais inesperadas.

2 — Pode-se até dizer que todo o texto tem dois sentidos, porque ha sempre duas maneiras de o comprehender.

Tem primeiro um *sentido historico*: aquelle que o legislador, na sua data, intendeu dar-lhe, sentido aliás muitissimas vezes incomprehensivel, porque os trabalhos preparatorios, relatorios ou discursos, longe de esclarecerem o pensamento intimo do legislador, téem por effeito ordinario lançar obscuridade sobre a letra dos textos; acontece mesmo á lei mal redigida diser o contrario do que o legislador queria dizer! Mar nem por isso o sentido historico deixa de ser o sentido verdadeiro da lei; *por si mesma*, ella não tem outro verdadeiro sentido.

Sómente acaba sempre por perde-lo; é simplesmente uma questão de tempo. Isolada das condições em que foi formulada, a lei começa por assim diser a viver uma vida independente da vontade propria do legislador: torna-se pouco a pouco, segundo a expressão pittoresca do sr. Gény, como que "uma especie de odre vasio que cada um enche a seu gosto". Assim é, sobretudo quando a exegese mais imparcial não chega a apurar com certeza a significação exacta do texto legislativo: como havia de dar o juiz uma interpretação verdadeira d'um texto que não admite nenhuma?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Uma lei, pois, não pode conservar indefinidamente o seu alcance primitivo, quando tudo muda ao redor d'ella: os homens, as coisas, o juiz e o proprio legislador. Novas questões se apresentam, velhas questões não se apresentam já da mesma maneira, e um dia chega em que a applicação do texto antigo, no seu sentido primitivo, apparece racionalmente como uma verdadeira impossibilidade.

Uma lei inalteravel só pode conceber-se numa sociedade immutavel.

Explica-se assim como o progresso da jurisprudencia tem muitas vezes consistido em esquecer o sentido historico dum texto para lhe reconhecer um sentido proprio e evolutivo.

Não é isto dizer que o juiz, deixando o terreno muito acanhado das soluções e effectivamente pretendidas pelo legislador, se reconheça o poder de fazer com o mesmo texto, uma lei nova e differente? De modo algum; se o juiz legisla, livra-se de legislar *em seu nome*.

Num eloquente discurso pronunciado por occasião do Centenario do Codigo civil, o presidente do Tribunal de cassação exclamou: — “O juiz não deve dedicar-se obstinadamente a investigar qual foi, ha cem annos, o pensamento dos autores do Código,... deve tratar de ver o que seria esse pensamento se o mesmo artigo fosse hoje redigido por elles”.

Assim o juiz evoca, como uma sombra familiar, o *Espirito do Legislador*, e o Legislador, essa “personalidade imaginaria, mythica e permanente”, de que fala o professor Saleilles, vem docilmente, em 1907, rectificar as prescripções já fóra da moda que editára mais d'um seculo antes.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Metaphora engenhosa que legitima, disfarçando-a, a arrojada iniciativa da jurisprudência! Util ficção que lhe permitte, sem remorso e sem perigo, substituir a debil iniciativa do legislador contemporaneo.

3 — Se tal ou tal artigo de lei, mesmo interpretado da maneira a mais liberal e a mais moderna, parece constituir ainda um obstaculo irreductivel a uma evolução desejavel da jurisprudencia, deve ser abandonada toda a esperança de progresso ?

De maneira alguma, porque é ás vezes possivel, pela sabia combinação de artigos separados uns dos outros, corrigir, senão lazer inteiramente desapparecer, as consequencias demasiado rigorosas de um d'entre elles: processo corrente da prática judicial.

Tal ou tal acto, na apparencia prohibido, acha-se salvo da nullidade se puder ser decomposto em uma serie de actos validos; tal ou tal instituição, olvidada ou desconhecida pela lei, renasce sob outro nome, e recebe, ao abrigo d'outros textos, desinvolvimentos inesperados.

Toda a disposição inedita, introduzida na lei, pode tornar-se, pela sua repercussão jurisprudencial sobre a interpretação dos textos anteriores, uma fonte de rejuvenescimento para o conjunto do direito: votar um texto novo, é reformar um pouco toda a legislação. Um corpo de direito possue uma especie de logica interna: quando muitos principios contradictorios coexistem nelle, estabelece-se entre estes uma luta que termina por uma conciliação, se a conciliação é possivel, quando não pela eliminação dos principios heterogeneos.

Pouco depois, nota-se em toda a legislação moderna um tão grande numero de prescripções diversas pela sua origem, inspiração ou fim, que é relativamente facil encontrar entre ellas o “passaporte” d'uma innovação jurídica, sem recorrer, como se tem dito, a prodígios de “acrobatismo” dialectico, a artificios grosseiramente visiveis de interpretação.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A incoherencia das leis produz em grande parte a liberdade do juiz...

4 — Quando a jurisprudencia não pode invocar texto algum em apoio das suas soluções, procura uma direcção na vontade *hypotethtica* do legislador.

O raciocinio por analogia e o raciocinio a contrario constituem tentativas para procurar adivinhar uma vontade que o legislador desdenhou exprimir: suppõe-se que se o seu pensamento se houvesse voltado para tal ou tal questão, lhe teria logicamente dado tal ou tal solução.

Assim mesmo quando a lei é omissa, é ainda ella que parece julgar: ficção trasida a lume pelos sabios trabalhos dos Gény, dos Lambert, dos Saleilles.

Porque o facto é que o legislador não pensou em nada e portanto nada quis...

Tirar d'um principio consagrado consequencias muito longinquas, é expôr-se já a ultrapassar a intenção do legislador. Fazer saír d'uma disposição particular, unicamente justificada as mais das vezes por motivos puramente concretos, um principio geral e abstracto applicavel a uma serie illimitada de especies novas, não é correr o risco de desconhecer essa intenção?

E', pode-se dizer, muita logica, porque, segundo uma fina observação de Tarde, o problema da evolução para um corpo de direito não é sómente estar d'accordo comsigo mesmo, senão ainda adaptar-se a uma sociedade que nem sempre está muito bem d'accordo comsigo propria.

E' verdade que a logica judiciaria, exercendo-se sobre textos vagos, multiplos e de alcance incerto, deixa-se orientar sem difficuldade por altas considerações de equidade ou de utilidade social.

Conta-se que os romanos, amigos das pias fraudes como das mentiras juridicas, sabiam por habeis manobras obter das aves sagradas auspicios favoraveis: não houve quem dissesse que os "principios" e as "theorias" eram as aves sagradas do magistrado moderno? Não sem alguma exageração. Mas emfim, é evidente que a personalidade do interprete pode manifestar-se mais livremente na discussão ampla dos principios do que na applicação terra a terra de artigos determinados. Pode-se fazer passar mais d'uma curva por tres pontos dados; pode-se fazer concordar mais d'uma theoria com os artigos do Codigo.

A verdade é que as theorias, apesar das suas pretensões ao absoluto, são no direito a parte mais relativa e mais passageira: quando se estuda a sua genese, vê-se que foram formadas com um fim prático e se justificam principalmente pelas suas applicações: a prova é que se desvanecem bem depressa, desde que se deixa de ter necessidade d'ellas.

5 — Um jurisconsulto eminente, o sr. Crèpon, escrevia: — "*Nada* se deve deixar ao arbitrio do juiz, que *nunca* pode julgar senão em virtude d'uma disposição *formal* da lei".

Esta fórmula seria acceitavel num Estado organizado segundo o typo ideal, isto é em que o orgão legislativo fosse apto para fazer leis absolutamente claras, absolutamente precisas, absolutamente completas, em que a "geometria" legal contivesse virtualmente em seus theoremas a solução mathematicamente exacta de todos os casos particulares, em que o legislador emfim, por um trabalho de retoque incessantemente renovado sobre todas as partes do direito consagrado, assegurasse a applicação immediata dos textos aos factos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

... Mas como o orgão legislativo não preenche nunca, e não pode preencher na integridade perfeita da sua definição theorica, da sua concepção racional, a funcção de criar as regras do direito, e esta funcção deve ser entretanto preenchida, o juiz intervem como uma especie de *legislador supplente*, e intervem por assim dizer á força, porque lhe é impossivel não intervir!

Em resumo, o poder de criação ou de renovação juridica que pertence ao juiz provém d'este duplo facto:

1º Que o legislador não tem regulamentado todas as relações sociaes podendo dar logar a debate judicial;

2º Que a lei deve ser interpretada como funcção da sociedade e que toda a transformação no meio social reage necessariamente sobre o sentido e o alcance das regras do direito consagrado.

A lei, numa palavra, é feita para a sociedade e não a sociedade para a lei.

§ III

A jurisprudencia iniciadora do direito novo: exemplos tirados da evolução do direito francês

Traçar fielmente a obra da jurisprudencia francesa depois do Codigo civil, seria quasi escrever toda a historia do direito francês. Seria difficil, com effeito, encontrar no Codigo um artigo importante cujo sentido não tenha sido em qualquer grau enriquecido ou empobrecido pela interpretação judicial, ou na legislação nova um unico texto capital cujas disposições não tenham sido annunciadas por um movimento da jurisprudencia.

Num interessante estudo publicado pela *Révue de Métaphysique et de Morale*, o sr. Winter tentou a applicação da *Algebra logica* á controversia judiciaria e negou por conseguinte o papel da

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

experiencia nos raciocinios dos jurisconsultos. Por nossa parte, recusamos admitir que a algebra possa ser para a jurisprudencia o methodo do futuro: é certamente muito satisfactorio para os progressos do direito francês que não tenha sido o do passado.

Sabem como Portalis, cujo espirito anima todo Codigo civil, definia o seguro de vida? Um pacto odioso em que a cupidez que especula sobre os dias do cidadão é vizinha do crime que pode abreviá-los. A lei não podia por certo pensar em favorecer o desinvolvimento d'uma tal convenção; ainda mais, estrictamente interpretada, podia impedi-lo. Quando um marido contrata um seguro no caso de decesso em proveito de sua mulher, qual é a natureza d'esta operação juridica? Uma estipulação a favor de terceiro; ora a estipulação a favor de terceiro, é, em principio, prohibida pelo Codigo francês. Entretanto, no decurso do seculo XIX, o seguro de vida, acto legitimo de previdencia, tornou-se um contracto usual, submetido a um conjunto de regras juridicas correntemente praticadas. Estas regras porém haviam sido progressivamente estabelecidas pela jurisprudência. O legislador interveiu, um seculo depois do Codigo, para dar ao seguro de vida uma regulamentação adequada: tomou á jurisprudencia o seu sistema. A prohibição de estipular a favor de terceiro é hoje uma fórmula vazia de sentido: exprime, muito exactamente, o contrario da verdade prática.

Os redactores do Codigo civil tinham para ignorar a classe operaria uma razão excellente, e é que a classe operaria, nascida da grande industria, não existia em 1804. Nem o trabalho servil em Roma, nem o trabalho corporativo sob o antigo regime, podiam legar ao trabalho livre uma carta juridica. Peça por peça, a jurisprudencia constituiu o direito do trabalho moderno, e no Codigo operario francês poucas são as disposições que não conservam o cunho das soluções judiciaes, de que directa ou indirectamente saíram. Da comparação dos accordãos emanára, antes de toda a intervenção parlamentar, uma verdadeira regulamentação do trabalho. Todas as grandes leis, que parece terem

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

trasido ao direito francês innovações revolucionarias, são apenas a codificação de necessidades sociaes, nitidamente conhecidas e juridicamente sanccionadas pelos tribunaes: lei sobre a indemnização devida por motivo da resilição subita ou intempestiva do contracto de trabalho; lei sobre a impossibilidade de penhorar os pequenos salarios; lei sobre os accidentes do trabalho.

Antes da lei de 1901, as associações reconhecidas de utilidade publica só tinham, em virtude dos textos, o direito de possuir, o direito de contratar, o direito de estar em juizo, numa palavra a personalidade civil. Havia, porém, grande numero de associações, que, na falta de reconhecimento de utilidade publica, por decreto em Conselho d'Estado, gosavam d'uma simples autorização policial. Recusar a estas associações, que na maior parte visavam um fim de interesse geral, a individualidade juridica, não era prohibir-lhes toda a acção util? Reconheceu-se um dia, folheando as collecções de accordãos, que a jurisprudencia acabára por lh'a conceder.

O desinvolvimento rapido dos valores mobiliarios não fôra previsto pelo Codigo Napoleão. Um tutor, que não podia alienar a mais pequena parcella d'uma propriedade immobiliaria, sem autorização do conselho de familia e homologação do tribunal, dispunha, sem fiscalização, da carteira opulenta do seu pupillo. Uma solução muito simples se offerecia, era tornar extensiva aos valores mobiliarios a necessidade de autorização dada pelo conselho de familia; mas a jurisprudencia, depois de a ter adoptado pelas suas vantagens práticas, curvou-se ante o Codigo, e o legislador viu-se obrigado a intervir para repressão d'esse excesso de legalidade. A jurisprudencia foi menos timida no dominio matrimonial, pois que intelligentemente adaptou ao dote mobiliario a inalienabilidade instituida pela lei, afim de garantir contra o marido os immoveis da mulher.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A jurisprudencia civil, dia a dia, tem tido de resolver, além d'estas grandes questões, mil pequenos problemas, divertidos ou dolorosos, nascidos da imperfeição das leis.

Sem a jurisprudencia, a mulher d'um marinheiro desapparecido num longinquo naufragio estaria condemnada, antes da lei de 1803, a eterna viuvez, por não poder apresentar assento regular do obito do marido, e estaria sob a ameaça de incorrer, em caso de segundo casamento, nas penas severas da bigamia.

Sem a jurisprudencia, antes de uma lei recente, o tio e a sobrinha, a tia e o sobrinho, o cunhado e a cunhada, casando-se, em virtude de dispensa legalmente obtida, não poderiam legitimar os filhos, irremediavelmente “incestuosos”, na letra dos textos.

Sem a jurisprudencia, as pessoas, que de boa fé houvessem tratado com o herdeiro apparente d'uma successão, seriam repentinamente obrigadas contra toda a equidade, ás mais onerosas restituições ao herdeiro real, tardiamente, descoberto.

Em todas as decisões judiciaes, que mal ou bem téem obtemperado ás situações paradoxaes involuntariamente criadas pelo legislador, os amigos da pura logica vêem apenas o producto aleatorio de factores incoherentes; mas, de facto, mesmo quando os calculos são falsos, convem reconhecer que as soluções são geralmente exactas.

“Alguns tribunaes de commercio, escrevia em 1888, o sr. Arthur Desjardin, num artigo sobre a lei das fallencias, imaginaram substituir, de tempos a tempos, o processo legal por uma especie de fallencia inoffensiva em que tudo se negocia pela calada, e que subtrahe o devedor insolvente a todas as interdicções proferidas pela lei”. Era, numa palavra, uma “regulamentação costumaria da fallencia”. Como acabou esta evolução da jurisprudencia commercial? Por uma lei sobre a liquidação judicial, e a liquidação judicial, é precisamente uma fallencia

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

inoffensiva, organizada em attenção aos commerciantes infelizes, mas de boa fé, victimas de uma injusta fatalidade.

Em materia penal, o juiz está manietado pelo principio da interpretação estricta; mas a maneira suave ou severa de applicar a lei vale mais que a propria lei. Convem accrescentar que, perante a justiça repressiva, uma questão de direito apresenta-se quasi sempre sob a fórma d'uma questão de facto, e a interpretação d'um facto varia segundo a consciencia ou a mentalidade do juiz.

Tal ou tal artigo, por exemplo o artigo 419 do Codigo penal francês contra o assambarcamento, nunca, por assim dizer, é applicado, porque se torna quasi impossivel fazer a prova do delicto: o celebre syndicato dos cobres, fundado por Secrétan, escapou a toda a repressão.

“Um certo facto,— disse o illustre jurisconsulto Valette,— declarado não punivel por onze accordãos do Tribunal de cassação, dos quaes tres proferidos em tribunal pleno, passou inopidamente, sem que uma palavra fosse mudada no texto da lei, a estar incurso na pena de morte ou na de trabalhos forçados por toda a vida”. Matar um adversario em duello, é commeter, em verdade, um homicidio com premeditação, um assassinato. Mas se o ministerio publico procede, o tribunal em audiencia geral absolve. Para um jury, o Codigo penal é a consciencia dos jurados.

Ha jurys para os quaes o aborto, o infanticidio, o assassinio passional não são actos puniveis; e que jury não se attribue, pelo jogo sistematico das circumstancias attenuantes, o poder illegal de abaixar indirectamente o grau da pena? Basta aos jurados uma mentira, hoje tradicional, para se collocarem acima das leis. Nisso estaria, segundo os seus partidarios, a superioridade da justiça popular: respeitando pouco os textos, exprimiria melhor os costumes, e, á força de desconhecer a lei, obrigál-a-ia a modificar-se, sob pena de desapparecer. Pelo menos, se não querem mudar a lei, convem transformar o jury; porque uma illegalidade prova sempre alguma coisa.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A historia do direito administrativo, em França, é talvez o exemplo mais notavel da formação espontanea das regras juridicas, sob a dupla influencia do costume e da jurisprudencia. No ponto de partida da evolução, não havia em França nem jurisdicção administrativa, nem direito administrativo: o costume criou uma, a jurisprudencia criou o outro.

O Conselho d'Estado é hoje o Tribunal supremo em materia administrativa, e, como é neste dominio especial a um tempo juiz de direito commum, juiz d'appellação e juiz de cassação, pode-se dizer que a jurisprudencia administrativa é a jurisprudencia do Conselho d'Estado.

Como é que o Conselho d'Estado, na origem simples peça da machina administrativa, se tornou uma *jurisdicção* temida pela propria administração?

"Se ha, diziamos nós no nosso *E'tude juridique de l'Arbitraire administratif,*um orgão de que se possa dizer que em certo modo foi criado pela funcção cujo exercicio tem a missão de assegurar, é bem a jurisdicção administrativa. A organização *costumaria* da justiça administrativa sempre foi superior á sua organização legal."

Antes de 1872, um accordão proferido pelo Conselho d'Estado, decidindo no contencioso, só era valido com a referenda do chefe do Estado; mas o chefe do Estado, na prática, nunca por assim dizer recusava a sua assignatura.

Hoje ainda, o facto antecipa-se ao direito: o conselheiro d'Estado que não tem a inamovibilidade legal é praticamente inamovivel, e, por outro lado, o ministro da Justiça e os prefeitos, que são legalmente investidos, o primeiro da presidencia do Tribunal dos conflictos, os segundos da presidencia dos Conselhos de prefeitura, abstéem-se ordinariamente de a exercer de maneira effectiva para não darem caracter politico a uma obra essencialmente judicial.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Se o Conselho d'Estado se tivesse aferrado á ideia de que o juiz não pode julgar sem uma disposição formal da lei, ainda não haveria em França, *direito* administrativo. Porque a administração, na epoca em que escapava a toda a inspecção jurisdiccional, fazia prevalecer o duplo principio de que a lei commum não lhe era applicavel, e de que, afinal, ácerca das leis especiaes, só ella era senhora de determinar se a sua violação devia produzir annullação, reformação ou reparação dos actos incriminados.

Foi o Conselho d'Estado que retirou a França do "abismo" do arbitrio administrativo, segundo a expressão d'um velho jurisconsulto, submetendo a autoridade executiva ao respeito absoluto das leis, das convenções e dos principios geraes do direito. Obra capital, embora muito ignorada do grosso do publico chamado a tirar d'ella proveito.

Acabamos assim, num rapido esboço, de fazer sentir em toda a extensão dos seus resultados a acção innovadora da jurisprudencia: é certo que, em todos os ramos do direito, tem legislado o juiz francês.

"O meu Codigo está perdido!" exclamou Napoleão ao ler o primeiro sabio commentario das suas leis. A jurisprudencia é um perpetuo commentario, que se afasta dos textos ainda mais porque é, a pesar seu, atrahida pela vida.

CAPITULO III

O valor da Jurisprudencia

§ I. **0 ponto da vista concreto do Juiz e o ponto de vista abstracto do legislador: caracter experimental da legislação judiciaria.**

§ II. **O arbitrio do juiz e a disciplina dos textos; utilidade prática do preconceito**

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

da lei. — 1. Perigo d'uma sophisticação consciente do direito consagrado. — 2. A lei, imperativo categorico da consciencia social,

§ III. **Ossificação final do direito jurisprudencial; a rotina judiciaria.**

"E' necessario que o legislador vigie a jurisprudencia... mas tambem é necessario que tenha uma."

PORTALIS.

Se a acção da jurisprudencia se impõe com a necessidade d'um phenomeno natural, porque não se ha de dar-lhe o caracter d'uma collaboração franca, reconhecida e organizada pela propria lei? A razão ficaria satisfeita e a evolução nada perderia.

Trata-se, porém, de saber se o valor proprio da prática judicial, como fonte de regras jurídicas, não provém precisamente da natureza original dos seus processos tradicionaes.

§ I

0 ponto de vista concreto do juiz e o ponto de vista abstracto do legislador: caracter experimental da legislação judiciaria

O juiz está em contacto quotidiano com a vida juridica nas suas manifestações mais especiaes, mais excepcionaes; a sua preoccupação essencial, directamente opposta á do legislador, é, por assim dizer, *individualizar* o direito procurando combinar as suas linhas geraes com os traços caracteristicos de cada um dos casos particulares de que successivamente se occupa.

Vê em summa a lei *através da especie* e o seu espirito, por um movimento natural, vai da questão de facto á questão de direito, do complexo ao simples, do concreto ao abstracto.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Por outro lado, nos paises como a França, uma só decisão judicial não faz “uma jurisprudência”; os neologismos do direito, assim como os neologismos da lingua, não são de ordinario acceitos á primeira, e o accordo constante e unanime dos tribunaes é em geral precedido de um periodo de indecisões, de reviramentos, de contradições e, em certo modo, de *concorrencia* juridica.

Não ha nisto como que uma especie de experiencia ou de prova da regra nova, garantia séria do valor prático e da equidade das innovações jurisprudenciaes?

De processo em processo, a jurisprudencia versa as questões a que o legislador não consagrou muitas vezes senão uma vista unilateral e superficial; e dado que se desvie numa falsa direcção não deixa de ser livre de reconhecer depois o seu erro, voltando atrás.

E' por isto que a “lei feita pelo juiz”, segundo a expressão inglesa, apresenta um caracter eminentemente scientifico: uma compilação de arestos é uma collecção de experiencias juridicas, sem cessar renovadas, em que se pode colher ao vivo á reacção dos factos sobre as leis.

Explica-se assim que a acção innovadora da jurisprudencia comece sempre a fazer-se sentir nos tribunaes inferiores: vêem estes de mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem á justiça; uma jurisdicção demasiado elevada não é apta a perceber rapida e nitidamente a corrente das realidades sociaes.

A lei vem de cima; as boas jurisprudencias fazem-se em baixo.

Se agora se dá conta de que as regras elaboradas á força de sentenças e accordãos, vencem unicamente pelo seu valor altamente experimental as regras improvisadas no Parlamento, concebe-se quão

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

absurdo seria conferir aos tribunaes o poder de completar as leis ou de precisar-lhes o sentido por via de disposições geraes ditadas para o futuro.

Legislando *como* o legislador, o juiz não teria razão alguma de legislar melhor; como elle, e mais do que elle sem duvida, seria tentado disfarçar em principio abstracto tal ou tal solução de pura circumstancia; como elle, e tanto como elle talvez, arriscar-se-ia, depois de ter minuciosamente resolvido os problemas imaginarios destinados a nunca se apresentarem effectivamente, a passar, sem as vêr ao lado de grossas difficuldades, cuja existencia logo viria a prática revelar-lhe brutalmente.

A lei feita pelo juiz pode hoje corrigir felizmente a lei feita pelo Parlamento, porque uma differe profundamente da outra pelo seu fim e pelo seu *methodo.*

Senão, teria por unico resultado aggravar-lhe singularmente a rigidez, e o juiz, sem estar seguro de dar um bom legislador, expôr-se-ia muito simplesmente a ser um mau juiz.

§ II

0 arbitrio do juiz e a disciplina dos textos: utilidade prática do preconceito da lei

A deformação progressiva do direito legal pela prática judicial é *um facto*. Deve tornar-se *um sistema*? Não, porque esse sistema levaria afinal, pela attenuação excessiva das leis, a diminuir numa larga medida o valor da propria jurisprudencia.

Não ha nesta affirmação paradoxo algum.

1 — Se a lei, assediada de todos os lados pelos interesses egoistas dos particulares, fosse tambem desmantelada pelos seus defensores tradicionaes, os magistrados, que podia restar d'ella a breve passo? Quasi nada.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A jurisprudencia tomou por ponto de partida o que o sr. Gény chama o postulado da omnipotencia legislativa, e por divisa a expressão celebre do velho Demolombe no prefacio do seu curso do Codigo Napoleão: *os textos acima de tudo*. E entretanto nós pudemos assignalar o papel preponderante da jurisprudencia na evolução do direito francês. A importancia dos resultados faz até um notavel constraste com a modestia dos processos.

Que succederia se os tribunaes usassem por uma fórma indirecta do "direito de interpretar a lei, *isto é de a violar mais ou menos abertamente*", segundo uma definição dada pelo sr. Mornet, num estudo sobre "o Papel e os direitos da jurisprudencia em materia civil"!

O celebre jurisconsulto Merlin fez applicar aos emigrados as medidas tomadas contra os protestantes após a revogação do Edito de Nantes; durante muito tempo o Tribunal supremo, a fim de prestar á Egreja catholica o apoio do braço secular soube encontrar nos textos o meio de criar obstaculos insuperaveis ao casamento dos padres: duplo e curioso exemplo d'uma interpretação extensiva da lei.

Sob o nome de socialismo juridico, a sophisticação consciente do direito consagrado foi apresentada aos juizes animados do espirito collectivista, como um excellente methodo para fazer penetrar no quadro das leis civis francesas o germen fecundo das instituições novas. Com o artigo 1382 do Codigo civil, escrevia não ha muito tempo um professor da Faculdade de Direito de Lyão, *pode-se fazer a revolução social.*

D'um modo geral, por uma desvirtuação sistematica das leis, podia-se chegar, com alguma habilidade, a justificar não importa que decisão em não importa que sentido.

A *fortiori*, adivinha-se a que consequencias levaria a concepção tão seductora segundo a qual a jurisprudencia, em vez de ligar as suas innovações á legalidade existente, se reconheceria autorizada a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

cortar com plena liberdade todas as questões escapas ao imperio directo, certo d'um determinado artigo; a prática judicial, que até aqui fez viver por addições ou correcções intelligentes tantas leis difficilmente viaveis, procuraria as fissuras das melhores leis a fim de abalar-lhes a autoridade e substituir o pensamento expresso, ou provavel, do legislador, pelas proprias inspirações.

Que ha a dizer senão que o arbitrio do juiz escaparia á disciplina dos textos?

Ora esta disciplina é fecunda.

2 — O juiz não tem de impôr-nos "o seu" direito, tal como pode concebê-lo de uma maneira ideal, isto é mais ou menos subjectiva, mas tem de executar "o nosso direito", o direito que a sociedade pede e espera, o direito necessario á apparição d'um contracto novo, ao desinvolvimento d'um modo de producção industrial, á propagação d'uma descoberta scientifica, á transformação dos laços do casamento ou da familia.

Por outras palavras, o magistrado não tem de fazer-se officiosamente o director da consciencia juridica da nação; deve ser tão sómente o servidor impessoal da utilidade social, apreciada d'um modo objectivo.

Sob este ponto de vista, que aos nossos olhos é capital, o respeito das leis e dos principios legaes tem por effeito eminentemente util reter o juiz no declive d'uma ideologia juridica muito pessoal. Aos seus olhos a lei exprime o que se poderia chamar o *imperativo categorico da consciencia social.*

Se a lei cessou de exprimir as necessidades e as ideias do meio social, o juiz não deixa de o levar em conta nos seus julgamentos, mas só quer tocar nos textos com mão leve, timida e circumspecta.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E assim é que, sem o saber principalmente sem o dizer, elle tem sido um agente de evolução historica; mas soffrendo a pressão dos factos, não rivalizando com o legislador no designio de amoldar ao sabor dos seus desejos a materia prima do direito, isto é o homem tal como é na sua psychologia individual e collectiva.

A lentidão da jurisprudencia manifesta o seu cuidado de não ultrapassar os costumes e os usos e de não comprometer por um salto brusco a estabilidade, a segurança dos interesses privados.

A sua inconsciencia dos resultados longinquos da sua propria acção resulta do caracter fragmentario das suas soluções, tomadas dia a dia e precisadas de especie para especie; ha na jurisprudencia uma finalidade que se ignora, mas essa finalidade, como a dos organismos naturaes, não é simplesmente uma adaptação ás condições do ambiente vital?

O tribunal de districto de Château-Thierry, celebre pela audacia do seu primeiro presidente, proferiu julgamentos em que a injustiça e a estreiteza das leis eram deliberadamente atacadas em considerandos lapidares. Mas estas decisões de justiça, na medida em que o seu conteudo não era conciliavel com uma interpretação extensiva e equitativa dos textos, não constituiram mais que uma manifestação retumbante de ideologia pessoal, e se assim o querem, neste ponto de vista, segundo a expressão d'um autor italiano, um “phenomeno” interessante.

E' evidente, porém, que se tal juiz em França autoriza o divorcio pela vontade d'um só dos conjuges, isto é o repudio, tal outro, em virtude d'um ideal contrario, pretenderá recusar o divorcio a todo o mundo. Nem uma nem outra destas soluções corresponde ao estado d'espirito *actual* da sociedade; e comprehende-se que no seu conjunto a jurisprudencia francesa, estatuindo sob a impressão viva de situações individuaes que reclamam remedio urgente, se tenha contentado, por uma

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

interpretação talvez um pouco elastica, em alargar o alcance das causas legalmente determinantes do divorcio, sem querer entretanto parecer multiplicar-lhe o numero.

Querendo bater o *record* do progresso, os tribunaes attingiriam muito simplesmente os limites extremos da confusão, e ninguem mais saberia, pela incerteza, pela instabilidade da jurisprudencia, se tem o direito pro ou contra; a legislação seria apenas um vasto campo de illusões, e da massa esmagadora das sentenças e accordãos tornar-se-ia impossivel tirar para a vida corrente regras de conducta commummente praticadas.

E não falamos das questões "pro amigo", como disse Montaigne, isto é dos casos em que a ausencia d'uma regra permita á justiça ceder mui facilmente ás suas sympathias pelas pessoas. Deus nos livre da equidade dos Parlamentos, dizia-se no antigo regime. Era na epoca em que um tribunal, para cobrir com um véu juridico a virtude d'uma mulher de boa familia, declarava muito legitimo um filho nascido dezoito mezes depois da morte do marido.

Finalmente a necessidade para o juiz, de confrontar os textos e a especie, afim de os pôr de harmonia, obriga-o a uma analyse mais profunda dos phenomenos da vida juridica. Em tal ou tal contracto, á primeira vista sem precedente, ha elementos já conhecidos, e o juiz não tem necessidade de inventar uma therapeutica nova naquillo em que existe um remedio experimentado.

Sem deter o progresso, os textos limitam e dirigem o arbítrio do juiz.

Repetimos pois, d'accordo com Boutmy, que o juiz deixaria de crer bastante na autoridade das leis, no dia em que deixasse de nella crer de mais; elle deve ser o ultimo a perder o preconceito do direito escripto, e se legisla, não é mau que continue a fazê-lo de *Codigo na mão.*

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ III

Ossificação final do direito jurisprudencial A rotina judiciaria

Quando sobre um ponto de direito existe uma jurisprudencia constante e uniforme, ella acaba por adquirir uma fixidez quasi comparavel á da propria lei; nesse momento, o direito do juiz passa a ser; como o direito do legislador, um verdadeiro *direito escripto*, mas escripto diversamente. Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes, mas de pesá-los não se cuida. A jurisprudencia é respeitada porque é a jurisprudencia, e é respeitada a ponto dos advogados, para ganharem as suas questões, se absterem de a atacar de frente e preferirem mais habilmente illudi-la, mostrando como não é exactamente applicavel aos factos da causa. E' preciso então que a jurisprudencia, tendo evolutido contra a lei, continue a evolutir contra si mesma: evolução muito mais difficil e lenta, porque todo o corpo de direito, por si mesmo, tende, segundo observa Tarde, não a evolutir, mas a consolidar-se.

A fortiori, a jurisprudencia exgota bastante rapidamente o seu poder de criação e de adaptação, quando encontra diante o nucleo irre-ductivel d'um texto legal, claro e preciso. A prática judicial em França soube imaginar combinações subtis para combater o principio segundo o qual as rendas sobre o Estado *não podem ser penhoradas*, mas é facil conceber casos em que estas combinações podem falhar e em que o devedor, vivendo largamente dos seus rendimentos, não deixaria de fazer partida ao credor mais digno de interesse, invocando o beneficio da lei do anno VII.

O jurisconsulto inglês Summer-Maine, que tanto contribuiu para dar aos estudos juridicos um caracter positivo e scientifico, verificou que por toda a parte a jurisprudencia de equidade precedeu a acção do legislador na via das reformas. Observação muito exacta, mas com este correctivo: que se a jurisprudencia começou todas as reformas, não acabou nenhuma.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Assim, depois de ter mostrado que a jurisprudencia assegura o progresso do direito fóra da lei ou contra ella, devemos concluir que ha logar ás vezes de procurar os meios de transformar o direito fóra da jurisprudencia e contra ella.

E pois que não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o livre vôo.

Muita anarchia é a desordem, mas um pouco anarchia é o progresso.

LIVRO SEGUNDO

0 direito dos costumes e o direito do Estado

———————

"A lei reformada não criou o direito, mas o reconhecimento do direito criou a lei reformada."

H. SPENCER.

O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma *popular*, outra *technica*: como as palavras da lingua vulgar téem um certo estagio antes de entrarem no diccionario da Academia, as regras do direito espontaneo devem fazer-se acceitar pelo costume antes de terem accesso nos Codigos.

Se tomarmos um após outro, num rapido esboço, todos os elementos caracteristicos da sociedade contemporanea, no ponto de vista politico, administrativo, familiar, sexual ou economico, facil é verificar, por mil exemplos concretos, que a evolução do direito se faz por um infatigavel embate das necessidades sociaes transformadas contra as sabias formulas inscriptas nos livros do Estado legislador.

Tendo encontrado a jurisprudencia sob a lei, procuremos agora os costumes sob os textos.

CAPITULO I

Os costumes politicos contra as leis constitucionaes

§ **I. Uma nação constitucional sem constituição: a Inglaterra.**

§ II. A revisão das Constituições escriptas, selos costumes políticos. — 1. Deformação da Constituição dos Estados Unidos — 2. Deformação das Constituições

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

francesas; impossibilidade de encontrar na historia da França uma Constituição applicada.

§ III. Theoria juridica das revoluções e dos golpes d'Estado. — 1. A tradição francesa: a Revolução como modo normal de abrogação das Constituições escriptas. — 2. A fragilidade das Constituições escriptas e suas causas; conflicto das forças constitucionaes e das fórmas politicas.

A symetria das fórmas constitucionaes dissimula muitas vezes, mais do que revela, o equilibrio real das forças politicas; e para conhecer o regime constitucional d'um país, não basta ler a sua Constituição.

Os textos, com effeito, nunca formam uma rede bastante cerrada, nem bastante firme para impedir os costumes parlamentares e governamentaes de fazerem prevalecer tacitamente contra a Constituição regular uma Constituição occulta que a excede e pode desnaturá-la: quer dizer que todos os países téem uma Constituição costumaria, mesmo aquelles que parecem viver sob o regime d'uma Constituição escripta.

§ I

Uma nação constitucional sem Constituição: a Inglaterra

Sabe-se que a Inglaterra, embora seja ainda o typo das nações constitucionaes, não tem Constituição, no sentido francês da palavra.

Sem duvida, na Inglaterra ha um pequeno numero de textos, dos quaes cada disposição tinha, ao formular-se, o fim extremamente util de obstar a um inconveniente preciso posto em foco, na ordem politica, por uma experiencia recente.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Não é porém nesses textos, singularmente dispersos e incoherentes, que se deve ir procurar o direito constitucional da Inglaterra moderna.

Não foi um texto que subitamente concedeu aos representantes da nação o direito primordial de votar as leis: souberam elles conquistá-lo gradualmente á prerogativa do Rei pela habilidade perseverante d'uma tactica que consistia essencialmente em fazer da acceitação pura e simples das suas proposições legislativas a condição *sine qua non* de todo o auxilio financeiro ou militar.

Não foi um texto que promulgou sob uma fórma geral, a maxima segundo a qual o Rei nada pode fazer só, isto é sem a assistencia d'um ministro: a apposição d'um “sello” destinado a conferir aos actos da vontade real o caracter juridicamente obrigatorio, permittiu á responsabilidade dos ministros substituir-se progressivamente á responsabilidade do rei, e d'uma simples formalidade material, successivamente ampliada e interpretada num espirito novo, nasceu na Inglaterra, um principio fundamental do regime parlamentar.

Não foi um texto que criou o Gabinete e entregou assim “a alguns sujeitos reunidos de tempos a tempos em Downing Street”, na phrase de Jenks, o exercicio effectivo do poder governamental; a letra das leis inglesas ignora os ministros, não conhece senão os “servidores do rei”. Onde se reuniu o primeiro conselho de ministros? Á mesa do banquete em que o homem de Estado mais influente reunira, os seus collegas!

Não foi um texto que instituiu, na Inglaterra, o sistema das duas camaras legislativas: é impossivel saber exactamente em que data o Parlamento inglês, a principio unico, se scindiu em dois ramos, um popular, outro aristocratico. Incidente historico, que, depois de ter dado a volta ao mundo sob modalidades diversas, acabou por adquirir a majestade d'um principio universal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Se, após longos annos, a Inglaterra conserva a mesma machina constitucional, é visivel que esta não funcciona no mesmo sentido ou, mais exactamente, que a força motriz que a anima já não se exerce sobre os mesmos pontos.

A Camara dos communs, que, pelas suas origens eleitoraes, canaliza a força moderna da opinião publica, foi-se pouco a pouco impregnando da soberania politica, e, em virtude d'um axioma forjado pela tradição, possue hoje o direito exclusivo de abreviar, pelo seu voto, a vida dos ministerios.

A Camara dos *lords*, perdendo por effeito do progresso industrial e commercial, o beneficio do seu poder territorial, não tentou resistir com uma vã brutalidade ao desinvolvimento normal do jacto democratico, — do *facto*, note-se, e não da ideia; com uma resignação ás vezes dolorosa, inclinou-se ante os resultados politicos das eleições geraes, vindo, após uma dissolução da Camara dos communs, a exprimir, por uma especie de *referendum*, o voto unanime e profundo da nação britannica.

Bastou-lhe ser, em certos casos, um dique intelligente a iniciativas prematuras.

Emfim, o rei, fazendo á paz interior o sacrificio prudente do seu poder pessoal, soube tornar-se, sem desprestigio moral, o presidente muito influente d'uma Republica muito parlamentar.

Se a Camara dos communs, depois de ter eleito o seu *speaker*, ainda vem “submeter-se com toda a humildade á graciosa approvação de Sua Majestade”, este signal profundo de subordinação já não apresenta hoje senão o caracter d'um acto respeitoso, “sobrevivencia d'uma figuração tradicional, amorosamente conservada pelo costume”.

Numa palavra, cada uma das instituições politicas, sem perder a integridade da sua autoridade nominal, restringiu-lhe o exercicio na medida exacta da sua autoridade real.

Mas esses antigos privilegios que ellas se abstéem de usar, uma necessidade nacional podia de improviso resuscitá-los. Depois de ter dissolvido o seu Parlamento, o soberano podia nunca mais o convocar.

Os direitos do Parlamento são menos inviolaveis do que se os tivesse formalmente por uma Constituição? De maneira alguma: são tanto mais estaveis quanto não houve necessidade d'um texto para os conquistar.

D'este modo, como muito bem expôs Boutmy, em paginas classicas na propria Inglaterra, a nação inglesa logrou a revolução, absorvendo-a na tradição: os juristas, esquadrinhando os archivos, tiveram a arte singular de encontrar em toda a innovação, em todo o progresso, um precedente pelo menos centenario.

E quem poderia então, hoje, sob a persistencia das fórmas monarchicas e do vocabulario feudal, desconhecer o fundo liberal e popular da “Constituição” inglesa?

§ II

A revisão das constituições escriptas, pelos costumes politicos

Procedente do costume e por elle modificada, a Constituição inglesa tem sido estavel á força de fragilidade e quasi de inconsistencia; as Constituições escriptas, pelo contrario, pretendem assegurar a sua permanencia á força de rigidez: se nem sempre chegam a proclamar-se intangiveis, não mostram tendencia alguma para facilitar a sua revisão, valvula de segurança reservada para os casos extremos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Demasiado solemne no seu processo, muito rara no seu emprego, a revisão constitucional toma assim, apesar do seu caracter regular, o aspecto e a gravidade d'uma crise politica.

Ha, porém, outra especie de revisão, invisivel e poderosa, é a que resulta da acção continua dos costumes politicos: uma Constituição revê-se cada dia pela sua propria applicação, porque as instituições que ella estabeleceu téem por elementos, sem cessar renovados, homens que pensam e que actuam em face d'uma realidade mutavel.

Em summa, que quer fazer uma assembleia constituinte? Um mecanismo. Mas que faz? Um organismo.

1 — Ha na historia uma Constituição cujo fim era criar um Estado inteiramente novo sobre um terreno virgem; é a Constituição dos Estados-Unidos. Mas essa Constituição não instituiu no entanto um mecanismo assás bem regulado para bastar por si mesmo: não funcciona senão por uma especie de milagre cujo segredo é que ella recebeu dos usos os complementos e os temperamentos indispensaveis.

A verdadeira Constituição dos Estados-Unidos, o que ha nella de original e de essencial, não está nos textos constitucionaes.

Nos Estados-Unidos, os ministros são os collaboradores immediatos do presidente: escolhidos fóra das assembleias eleitas, são responsaveis perante o presidente, senhor de os destituir. Mas, por uma singular contradição, segundo os textos constitucionaes, a nomeação dos ministros deve ser ratificada pela maioria do Senado. D'esta disposição podia saír a desordem governamental e administrativa: concebe-se um presidente mal servido pelos seus agentes mais directos? *De facto*, o Senado tomou o habito de acceitar a olhos fechados a lista do presidente: os costumes, téem sido, neste ponto, mais logicos que a Constituição.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A Constituição dos Estados-Unidos quís dar um caracter absoluto á separação do poder executivo e do poder legislativo: poderes, segundo ella, parallelos e impenetraveis; porque o presidente, d'accordo com os seus ministros, podia governar, em toda a duração do seu mandato, contra o voto do Congresso, ao passo que o Congresso, tendo elle só a iniciativa das leis, seria livre de legislar contra o voto do presidente. Não era organizar d'uma fórma quasi infallivel o conflicto permanente dos dois poderes? Seguramente. Ha, porém, nos Estados-Unidos, entre o Congresso e os ministros, um elemento intermedio, hoje preponderante no funccionamento da machina publica: os *comités* permanentes do Senado e da Camara dos representantes. E' por estes *comités*, eleitos pela assembleia ou nomeados pelo *speaker*, que se exerce a inspecção incessante, minuciosa do Congresso sobre a acção governamental e administrativa; é com estes *comités*, de que as Camaras registam apenas as decisões, que os ministros negociam o voto das medidas novas de ordem legislativa ou financeira. Já não é portanto a separação absoluta, é o contacto intimo dos poderes e quasi a sua confusão: o presidente d um *comité* influente, é uma especie de ministro *de fóra*. Trata-se d'estes *comités* na Constituição? Em parte alguma: são contrarios tanto á sua letra como ao seu espirito. Mas como poderia a Constituição impedir o direito, d'alguma fórma natural, das Camaras legislativas de os preferirem indirectamente ao direito legal da autoridade executiva? O poder dos *comités* é um elemento fundamental *do governo á americana*; os textos condemnam sómente a inspecção parlamentar a exercer-se á porta fechada, na sombra das commissões.

Os americanos téem uma admiração muito viva e muito legitima pelo Tribunal supremo dos Estados-Unidos, jurisdicção federal ante a qual está aberto aos particulares um recurso contra os actos do poder legislativo contrarios á Constituição. A acreditar o sr. Ch. Benoist, o Tribunal supremo seria “uma especie de Mecca para que estão voltadas as faces dos crentes...”. Eis finalmente no regime constitucional dos Estados-

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Unidos uma instituição prevista e organizada pela Constituição. Mas, na realidade, foi edificada em bases tão frageis, por um texto tão vago, que não teria vingado e não se haveria desinvolvido se a collaboração d'um sentimento universal não tivesse feito fructificar o germen incerto deposto na lei constitucional. Como disse J. Bryce, ter-se-ia desvanecido como a bruma da manhã, perante a hostilidade sistematica dos costumes politicos; não bastava simplesmente ao presidente, d'accordo com o Senado, escolher os juizes supremos entre os homens de partido? Prestou-se homenagem ao Tribunal supremo por ter posto obstaculo em nome das liberdades constitucionaes, ao rapido desinvolvimento das leis operarias, mas se os juizes resistiram ao socialismo nascente, é que, como a propria nação, ainda não eram socialistas. O Congresso, de resto, não está privado dos meios efficazes de quebrar, occorrendo o caso, a resistencia da magistratura federal: já tem usado d'elles. Numa palavra, a autoridade do Tribunal assenta sobre factores moraes e politicos, tanto ou mais que sobre factores juridicos. Um texto não é uma alma, escreveu algures o sr. Faguet: a alma do Tribunal supremo não está no artigo 3 da Constituição dos Estados-Unidos.

Quantos exemplos ainda se podiam citar d'uma revisão da Constituição americana pelos costumes?

Conforme os textos, o presidente é eleito no segundo grau, mas ninguem ignora que os eleitores do segundo grau recebem um mandato nominal e imperativo: o presidente é portanto o eleito do suffragio universal.

Conforme os textos, o presidente é indefinidamente reelegivel, mas sabe-se que, conforme o uso constante, não pode ser mais de duas vezes candidato...

Já dissemos, porém, o sufficiente para demonstrar que os americanos, na sua evolução constitucional, não téem sido incommodados pelos seus textos muito mais do que os ingleses pelas suas tradições.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2 — Na serie das Constituições francesas, pode-se encontrar uma amostra de todos os regimes políticos: cada um d'elles deixou o plano completo, methodico, explicito, do edifício que julgava construir para a eternidade.

Mas seria um erro julgar que esse plano, mesmo de maneira ephemera, tenha sido executado ponto por ponto.

Disse-se que as Constituições francesas não tinham durado o bastante para se deformarem pelo uso, e que no dia em que caíram, assimilhavam-se ainda a mecanismos saindo da officina de construcção e conformes ao modelo registado; a verdade é que a logica da historia fez desviar o effeito premeditado das combinações as mais engenhosas, dos equilíbrios melhor arranjados, que esses mecanismos complicados nunca funccionaram em todas as suas partes, e que a prática já os tinha destruído quasi todos, no momento em que acabaram de desapparecer na tormenta d'uma revolução ou d'um golpe d'Estado.

Seria diffícil encontrar em todo o passado da França uma Constituição applicada.

A Constituição de 1791? Não impediu a verdadeira direcção dos negocios governamentaes de passar para as mãos dos grandes *comités* das Assembleias revolucionarias, exercendo a dictadura do interesse publico.

A Constituição de 1793? Suspensa, após a sua votação, até á paz, de novo a adoptaram, mas a Convenção, depois de ter tentado torná-la praticavel, decidiu-se a votar... uma Constituição nova.

A Constituição do anno III? Ameaçada duma revisão illegal, antes mesmo de ter realmente funccionado, não cessou de ser combatida pelos antigos convencionaes que intendiam dever manter-se no poder, e

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

gelo general victorioso que queria conquistá-lo; no 18 brumario, não passava de um phantasma.

A Constituição do anno VIII? o Senado conservador recebera a missão de a defender contra os decretos inconstitucionaes do governo: disposição que ficou letra morta. Mas Bonaparte, seguindo para o cesarismo, utilizou o concurso do Senado para destruir a Constituição com apparencia de legalidade: o guardavento eleitoral e representativo foi derribado, e, pelo senatus-consulto do anno XII, o governo da "Re-publica" foi confiado a um "Imperador".

A Carta de 1814? A Carta de 1830? No silencio dos textos, viram nascer e desinvolver- se, pelo costume, a responsabilidade politica dos ministros, o governo parlamentar, e duas vezes a Revolução veiu inutilizar o esforço imprudente da prerogativa real para se subtrahir á dominação da opinião publica.

A Constituição de 1848? Aos que temiam o poder pessoal d'um presidente eleito pelo suffragio universal, respondera o relator: "A Cons-tituição encerra-o num circulo de que elle não pode sair". Mas Thiers nâo esperou o golpe d'Estado para dizer que estava feito o Imperio.

A Constituição de 1852? Num primeiro período, todos os corpos constituídos, que os textos pareciam ter criado como forças exteriores ao governo, tornam-se molas do proprio governo; num segundo período, sob o impulso irresistível d'uma opinião que de novo tomava o gosto da liberdade politica, o Imperio deixou reconstituir-se, peça por peça, o regime parlamentar de que era a negação.

A Constituição de 1875 ? A primeira Constituição duradoura... Mas precisamente ella não queria comprometer o futuro, e sabe-se que a Assembleia nacional, animada de sentimentos monarchicos, fez a Republica a seu pesar: duas vezes repelliu a palavra, antes de acceitar a coisa.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Esse mínimo de Constituição, penosamente negociado entre os partidos, foi respeitado pela historia ? Não o podia ser.

Ao chefe do Estado, a lei constitucional deu armas, não a força de as pôr em acção: o direito de exigir uma nova deliberação das leis votadas pelas duas Camaras, o direito de adiar e prorogar, em certos limites, as sessões do Parlamento, o direito de dissolver a Camara dos deputados sobre parecer conforme do Senado, o direito de tomar *em pessoa* o commando effectivo das forças militares... etc. Mas todos os poderes que a logica do regime parlamentar não comporta, o presidente da Republica perdeu-os pelo desuso, *como o rei de Inglaterra*, e os direitos que conservou tornaram-se mais ou menos os direitos do ministerio: o chefe do Estado nada pode sem os ministros, que nada podem sem as Camaras. O centro de gravidade do regime constitucional francês está no Parlamento, e quasi não se pode comprehender o funccionamento actual das instituições politicas era França se não se escolhem para centro de perspectiva os corredores da Camara dos deputados. A acção do Presidente exerce-se por via de influencia moral, mas é precisamente o genero de influencia que não depende da Constituição e que um homem dEstado pode adquirir sem ella.

O regime parlamentar, de resto, não escapa pela sua propria natureza, a toda a regulamentação-jurídica? O mais illogico, o mais paradoxal dos mecanismos constitucionaes não se deixa definir por um texto, e se é o *melhor dos expedientes práticos*, deve-se reconhecer a difficuldade de o converter em formulas. Sob esse regime, as responsabilidades reaes não coincidem com as responsabilidades legaes, e não é necessario procurar adivinhar o valor dos actos políticos pela sua denominação jurídica. No ponto de vista legal, é o presidente quem nomeia os ministros, mas, no ponto de vista politico, é o Parlamento que os designa: a formação d'um Gabinete é o resultado aleatorio de negociações multiplas, e a vontade do presidente só toma um papel capital se o Parlamento não sabe exactamente o que quer. Acto grave, no

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

entanto, ainda que juridicamente indefinível, pois que mudar de ministerio é um tanto mudar de constituição.

O verdadeiro autor d'um acto governamental ou administrativo não é quem o redige ou executa, mas quem o inspira; onde está a influencia, está o poder. Qual deve ser a acção do Parlamento sobre os negocios administrativos? Fiscalização. Que tende a tornar-se? Direcção. Da fiscalização á direcção, ha uma serie de gradações insensíveis, e a agulha pode dar a volta ao quadrante sem a terem visto sequer mexer: que texto poderia fixar o limite exacto em que a discussão dos creditos orçamentaes ou das interpellações começa a pôr em perigo a independencia da autoridade governamental?

Na Inglaterra, vimos que a deslocação da influencia politica attingira uma verdadeira deslocação da soberania; essa deslocação em França poderia conduzir á transformação do regime parlamentar em regime convencional: assim o Parlamento, que exerce directamente o poder legislativo, exerceria indirectamente o poder governamental, senão o poder judicial. Ha neste sentido uma orientação certa, e, por lenta que seja, uma corrente pode levar muito longe os que a ella se abandonam.

Eis como a vida politica, nas suas manifestações quotidianas, reforma a Constituição que os textos de 1875 deram á França.

§ III

Theorias juridicas das revoluções e dos golpes d'Estado

1 — Qual é o modo normal de abrogação das Constituições escriptas?

Se o direito devesse escutar as lições da historia de França, havia-se de responder: a revolução, sob a fórma de uma insurreição popular ou d'um golpe d'Estado governamental.

Tal é a tradição francesa.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Uma revolução triumphante faz *de plano* cair a Constituição existente: é um principio de direito, e o mais incontestavel dos princípios, pois que assenta sobre uma necessidade de facto. Como poderia uma Constituição sobreviver á suppressão material e radical de todos os órgãos que instituiu?

10 d'agosto de 1792, 18 brumário do anno vai, 24 de fevereiro de 1848, 2 de dezembro de 1851 e 4 de setembro de 1870, são outras tantas datas eloquentes, outros tantos precedentes celebres em apoio da theoria jurídica dás revoluções e dos golpes d'Estado! E' uma bella jurisprudência, e difficilmente se invocaria contra ella a menor interrupção na serie dos precedentes, porque não ha, em França, depois do antigo regime, um só governo legitimo que não tenha tido origens em certo grau inconstitucionaes: em 1814, em 1830, a mudança de regime, ainda que disfarçada sob uma decoração de legalidade, não foi menos revolucionaria.

“De qualquer maneira que uma nação queira, dizia Sieyés, basta que ella queira; todas as formas são boas, e a sua vontade é sempre a lei suprema”.

Basta mesmo que um homem ou uma assembleia tenham o arrojo de querer por ella e de presumir com êxito o seu assentimento ou a sua passividade.

Isto, na verdade, é mais que uma tradição francesa, é uma tradição latina. Veja-se a Espanha, terra clássica dos *pronunciamentos*; Portugal, onde a dictadura surge periodicamente para restabelecer a ordem comprometida pela applicação d'uma Constituição mal adaptada ao temperamento nacional; finalmente as Republicas sul-americanas, onde se podia, em 1894, de dezasete presidentes, contar onze saídos d'uma revolução ou d'um golpe d'Estado.

2 — Um dos princípios da theoria das Constituições escriptas, é que as leis constitucionaes estão, pela sua força obrigatoria, acima das leis ordinarias; mas em geral, não téem sancção, e a historia ensina-nos que são menos respeitadas.

De que provém a fragilidade das Constituições escriptas?

Uma Constituição é promulgada como se no Estado nada existisse antes d'ella: a ideia de soberania suppõe taboa rasa ante a autoridade soberana. Mas os elementos tirados do nada por um texto, estão expostos a morrer por um texto, e se é illegitimo resistir á autoridade soberana, tudo se torna licito a quem se apoderou primeiro da soberania. Acontece, é verdade, ás Constituições criarem orgãos animados de vida propria, capazes de tomar raiz nos costumes, mas então ellas assignam a sua propria abdicação.

Por outro lado, uma Constituição tem a unidade d'uma obra d'arte, e o laço logico entre o todo e as partes é tão estreito que se torna impossível tocar nestas, sem abalar aquelle. Todos os autores de Constituições repetiriam de bom grado, com Bonald, que ha “uma, uma unica” constituição de sociedade politica. Concebida de um só jacto, deve portanto ser levantada de uma só vez.

Numa palavra, a Constituição escripta, se pretende prender o futuro politico e social d'uma nação num labyrinto de prescripções minuciosas e rigorosamente coordenadas, corre simplesmente o risco de levar ao seu ponto critico o conflicto das forças politicas e das fórmas constitucionaes, isto é, em certo modo, o conflicto do vapor e da caldeira.

O que salvou da caducidade a Constituição federal de 1787 e a Constituição francesa de 1875, não foi a sua perfeição, foi a sua plasticidade.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Aos que pedem á sciencia do direito uma Constituição modelo, que pode ella responder?

Que um bom regime constitucional é uma especie de exito historico, de que nem todos os povos são talvez capazes.

Qual é então a utilidade d'uma Constituição escripta?

Expôr o jogo dos orgãos políticos, tal qual resulta do compromisso das forças em presença, e das necessidades da divisão do trabalho legislativo e governamental.

Por outras palavras, uma Constituição tem antes o valor d'uma explicação, que o d'uma regulamentação imperativa: o seu merito essencial consiste em ser sincera. E' de resto uma verdade geral que, pela lei, uma nação pode muito menos reformar-se do que comprehender-se.

“A Constituição, escreveu Tarde, é apenas a politica accumulada, generalizada, sistematizada”.

Se pretende ser outra coisa, não é nada, porque a politica não tarda a desfazê-la. Isto equivale a dizer que, como os Codigos, as boas Constituições se fazem com o tempo: ninguem as faz.

Auguste Comte pensava que um sabio, sufficientemente preparado, faria, melhor que a propria natureza, um organismo animal, e oppunha ás obras rudimentares da natureza as “sublimes construcções politicas”. D'esta observação é permitido induzir que Auguste Comte não estudara de maneira aprofundada o direito constitucional.

Os homens, mesmo sabios, não parecem capazes de encontrar uma Constituição perfeita, nem “uma disposição melhor dos astros...” A um “positivista” é indesculpavel tê-lo desconhecido...

CAPITULO II

O Governo contra a lei: as práticas illegaes da Administração

§ I **A psychologia da funcção administrativa: ordem publica e legalidade.**

§ II. **A autoridade administrativa e o poder de não executar a lei —** 1. O abuso das dispensas. — 2. A inapplicação das leis.

§ III. **Ha uma sancção possível das leis quanto ao governo? Soluções simplesmente aproximativas do problema.**

"O arbitrio, *numa certa medida*, é a liberdade da administração."

Existe um antagonismo inevitavel entre a Administração e a legalidade. Um jurisconsulto exprimiu-o brutalmente numa fórmula celebre: a Administração é impossivel, se tem de conformar-se com as leis.

A razão d'isto é facil de comprehender, é que para todo o homem de acção a legalidade é um entrave; ora o administrador é, no seu genero, um homem de acção: como havia de submeter-se de boa sombra á legalidade?

Theoricamente, a Administração é a força applicada á lei. Mas a applicação das leis, que para o proprio juiz não é uma missão puramente *automatica* ainda menos o é para o administrador.

Não iremos até dizer com um joven e distincto professor de direito publico que "o governo deve, em cada especie, ver se não é

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

preferível ignorar sistematicamente a violação da lei, a persegui-la". Seria erigir uma simples tendencia em theoria geral: é assim de resto que se formam muitas vezes as theorias. Mas devemos notar que a Administração, na sua acção quotidiana, é simultaneamente dominada pelo cuidado duplo e contradictorio de respeitar os textos legislativos e de obedecer entretanto ás necessidades naturaes da sua funcção propria.

Aqui ainda somos obrigados a oppôr, á concepção *mecanica*, a concepção *organica* do direito, e a mostrar como os administradores, pelos seus actos, como os juizes, pelas suas decisões, contribuem para dar ás regras jurídicas uma mobilidade espontanea e progressiva.

§ I

A psychologia da funcção administrativa: ordem publica e legalidade

A funcção administrativa por excellencia é assegurar a ordem publica. Fóra d'esta funcção, Administração não é Administração, no sentido primitivo e irreductivel da palavra.

Por isso, quando está em jogo a ordem publica, vê-se a autoridade administrativa correr em direitura ao firo que lhe é assignado pela natureza da sua missão.

Sem duvida, assegurar a ordem publica consiste geralmente em impôr aos particulares o respeito das leis, mas, nesse mesmo caso, a Administração está visivelmente impaciente com as limitações legaes, que a afrouxam ou detéem na espontaneidade da sua acção.

A processos mais legaes, prefere processos mais economicos, mais rapidos, mais efficazes.

Não queremos dizer que o administrador tem o desprezo sistematico das leis, observamos sómente que o respeito das leis não é e

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

não pode ser o elemento capital, essencial da sua psychologia profissional, e todo o homem, em certo grau, possue a psychologia da sua profissão.

Acção administrativa, regulamentação legislativa: dois pontos de vista differentes e oppostos

Numa discussão no Senado, em 1894, cobre o regime dos costumes, o ministro da justiça exclamou: “Irei até dizer que aqui o direito, está, em certo modo, no arbítrio. O governo julga não dever preferir a legalidade ás ordens da policia”. A Administração, com effeito, receava perder pela lei os direitos coercivos que se havia illegalmente attribuido a respeito das maretrizes. A's penalidades legaes, mínimas para a sancção efficaz das suas prescripções, substituira uma detenção de muitos dias ou de muitos mezes, pronunciada por medida de policia.

Antes da lei de 1838, a autoridade administrativa não tinha o direito de ordenar *de plano* o internato d'um alienado: a “interdicção civil”, judicialmente pronunciada, era legalmente o prefacio necessario de todo o internato. E em 1837, poude-se verificar que na Bicêtre, de 600 internados havia apenas uns 20 interdictos.

Antes da lei de 1898, quando era apresentada queixa contra um pai indigno e os textos, então muito apertados, não permitiam subtrair o filho ao seu poder, a Prefeitura de policia apoderava-se entretanto d'este e metia-o no hospício dos *Enfants assistés*. Se o pai reclamava, exigiam-lhe: I.° um certificado de bom comportamento; 2.0 o reembolso das despesas...

Antes da lei de 1863, certos factos qualificados crimes pelo Codigo penal, em razão de circumstancias aggravantes cuja menção se omitia, eram perseguidos como delictos, porque as penas legaes, em razão da sua propria severidade, já não eram facilmente applicaveis no estado dos costumes. A lei de 1863 consagrou os resultados da *correccionalização* anterior. Mas, depois, a *correccionalisação* continuou,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pelas mesmas razões, a respeito d'outros factos igualmente qualificados crimes. Uma circular do ministro da Justiça veiu sem duvida interromper essa prática irregular, mas esta mesma inteira rupção só serve de confirmar a necessidade de subtrahir o conhecimento de certos actos delictuosos ao jury para o submeter ao Tribunal. Vendo como o jury decide, o legislador comprehenderá o motivo por que o juiz *correccionalizava*.

Antes da lei de 1901, podia-se conceder a assistencia judiciaria aos indigentes para começar a instancia. Mas ganho o processo, como fazer executar a sentença se as vias de execução não são gratuitas? Concedia-se illegal mente a assistencia.

Em todas estas hypotheses, que fazia a autoridade publica? Provia empiricamente á insufficiencia dos textos, para obedecer á logica imperativa da sua missão.

Não tinha razão, sem duvida, de supprir ou de ultrapassar a lei.

Mas d'estas illegalidades, quem era então responsa vel? O proprio legislador.

Por isso elle tem feito quasi sempre mea culpa consagrando pura e simplesmente os resultados da prática.

§ II

A autoridade administrativa e o poder de não executar a lei

1 — Nos regimes de absolutismo monarchico, reconhece-se, d'uma fórma geral, ao soberano o *direito de dispensa*, isto é o direito de subtrahir qualquer pessoa á applicação da lei, por medida individual.

Nos regimes constitucionaes, este *direito de dispensa* não pertence á Administração senão d'uma fórma excepcional e nos casos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

expressamente determinados pela propria lei: é para uma regra muito rigida um meio de se fazer acceitar autorizando um tanto de arbítrio na sua applicação.

Mas se a Administração concede dispensas a todo o mundo, adeus texto legislativo. Ora, não fendo, como aliás já dissemos, a obrigação legal de motivar as dispensas, a Administração não encontra nos textos nenhum ponto de apoio para resistir ás solicitações. Numa democracia, é difficil recusar a um o favor concedido a outro; quando o regime democratico não supprime um privilegio, tende a generalizá-lo.

Quantas prohibiçòes legislativas téem succumbido ao abuso das dispensas?

O Codigo civil prohibe a união do cunhado e da cunhada, salvo dispensa para causas graves. Mas em 1904 uma circular ministerial veiu prescrever que a "concessão das *dispensas*" ficava sendo "*a regra*". Depois d'isto, que pode restar d'uma prohibição legal?

A lei de 2 de novembro de 1892, no seu artigo 8, prohibe empregar crianças de menos de trese annos, como actores ou figurantes, nas explorações theatraes. A liberalidade com que a Administração faz da excepção regra, tem annulla-do, segundo os proprios relatorios dos inspectores do trabalho, todo o effeito util. E viu-se mesmo a Administração, contrariamente á letra do artigo 8, conferir dispensas para as representações nos cafés.

Pequeninos factos, sem duvida, mas significativos, como muitos se hão de citar nesta obra, estabelecida em factos.

Em materia penal, o direito de dispensa encontra-se sob os nomes mais variados, sob as modalidades mais diversas: é o direito de graça, que correspondia, no antigo regime, ás "cartas de prego" ou

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

“cartas de desfavor”, ou é a liberdade condicional dos condemnados por via administrativa.

Os alemães téem ainda melhor, é o “direito de abolição”, de que a autoridade governamental usa para subtrahir “um culpado”, por medida especial, ás perseguições criminaes.

Em resumo, todas as vezes que a Administração é investida do *direito de dispensa*, ella é senhora da vida das leis: a lei desarma-se a si propria dando á Administração o meio de a revogar silenciosamente com uma apparencia de legalidade.

2 — Ja em toda a lei uma ordem do legislador á nação. A nação, porém, só ouve essa ordem *através* da Administração.

Uma lei raramente basta por si mesma. E', d'alguma sorte, uma regulamentação de relance, e pertence á Administração completá-la e precisá-la por uma regulamentação nova determinando o terra-a-terra dasapplicações particulares.

A Inglaterra, temendo o arbítrio administrativo, inscreve nas suas leis singularmente prolixas muitas disposições que a França reserva para os seus decretos, mas, d'um modo geral, não ha país que recuse ao governo o poder regulamentar.

O regulamento é em summa uma interpretação da lei pela Administração, ora uma interpretação mesmo de boa fé, é muitas vezes, assim como a traducção d'um pensamento estrangeiro, uma especie de traição; ainda que o regulamento se cinja bem ao texto legislativo, não deixa de ser, por definição, uma addição, um complemento á lei.

E, no caso frequente em que as disposições legaes não são completas em si mesmas, se o legislador não fixou um praso maximo para a publicação do decreto, a Administração pode retardar indefinidamente, sem illegalidade violenta, a applicação effectiva da lei.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A deformação do direito legal pela interpretação governamental tem-se manifestado d'uma maneira curiosa, na ordem internacional: em 1902, o grande estado-maior alemão publicou uma compilação official intitulada “as Leis da guerra continental” para uso dos oficiaes. Pois bem Difficilmente se vêem mencionados nessa compilação os princípios consagrados pela Conferencia da Haya de 1899, num primeiro ensaio de legislação internacional. O mundo tem um direito escripto da guerra, mas será interessante estudar, no primeiro conflicto, a jurisprudencia das nações, “a jurisprudencia dos grandes salteadores”, affirmava Voltaire.

A lei cria frequentemente instituições, cuja ideia geradora é sempre excellente: com missões, conselhos, juntas... etc. Não lhes dá, porém, nem lhes pode dar uma vitalidade *interna*, uma vontade permanente de acção.

Seria interminavel uma lista das instituições administrativas que, segundo a expressão vulgar, só existem no papel.

Como introducção a um projecto recente sobre a obrigação escolar lêem se estas declarações significativas: — “A's commissões esscolares confiara a lei o encargo de prevenir e reprimir as faltas á obrigação escolar... Quasi em parte alguma, as com missões escolares téem cumprido a sua tarefa. Dificilmente puderam constituir-se em 14.600 communas d'entre 36.000. Onde existem, theoricamente pelo menos, cessaram de facto de funccionar”.

Quanto ás caixas escolares, *legalmente obrigatorias em cada communa*, assim como as commissões escolares, não se constituíram senão em 14..200 communassões d'entre 36.000, conforme um inquerito feito em 1900.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

As commissões obrigatorias de patronato, previstas pela legislação das habitações baratas, só téem funccionado d'uma forma muito excepcional.

Quando uma instituição legal vinga e se desinvolve é que correspondia a uma corrente da opinião e havia sido tentada com exito sob a fórma particular: assim por exemplo, a Caixa economica nacional (*Caísse nationale d'Epargne*).

Mas imitar, amplificando-a, uma instituição já formada, é fazer com pouco custo obra de criador.

A *intensidade* da acção administrativa é um elemento que escapa ao preceito legislativo: é o que é, num momento dado, num dado país, visto que depende unicamente do espirito de iniciativa e de dever do corpo dos funccionarios. A acção administrativa tem necessidade de ser provocada: a Administração applica frouxamente as leis que não lhe pedem que applique. Tem o direito de reclamar indemnização por augmento de valor, aos proprietarios que se aproveitaram d'um trabalho publico; tem o direito de obrigar a certos trabalhos ou de prohibir a habitação em certos locaes, em nome da hygiene e salubridade publicas: de facto, nunca usa ou quasi nunca usa d'esses direitos. O Estado não está, pois, inteiramente seguro de ser obedecido por si mesmo, isto é pelos seus agentes. Porque tambem estes, como os cidadãos, são homens, não machinas.

E' verdade que, de harmonia com os princípios, a inercia administrativa, apesar da sua prolongação, deixa intacta a validade da lei. Mas, desde que se pretende despertar a lei d'um somno prolongado, vê-se que ella se tornou inapplicavel, *á força de não ser applicada.*

Uma tolerancia transforma-se insensivelmente em direito, e é tão difficil abandonar um dia essa tolerancia como abrogar uma lei adoptada pelos costumes.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Continuem os syndicatos de funccionarios, admitindo actualmente a sua illegalidade em direito francês, a viver durante dez annos, e essa illegalidade terá depois força de lei.

Em 1902, o Conselho d'Estado declarou que o decreto de 1806, permitindo á Administração autorizar em determinados logares a abertura de casas de jogo, já não existia havia 70 annos, porque tinha sido revogado pelo Codigo penal. Ia-se de improviso perseguir todos os proprietarios que de boa fé se tinham aproveitado de autorizações illegaes? Evidentemente não. Mas foi preciso uma lei para pôr fim a esta situação, juridicamente muito clara, mas praticamente inextricavel.

Assim a autoridade administrativa, por uma inercia que elimina textos antigos, e por uma actividade que provoca textos novos, participa, tanto como o juiz, da evolução espontanea do direito.

§ III

Ha uma sancção possivel das leis, quanto ao governo?

A autoridade governamental e administrativa é a tal ponto ciosa da sua liberdade que não acceitou, talvez em país algum, estar inteiramente submetida ao regime da legalidade.

Na Prussia e na maior parte dos Estados alemães, a Constituição admite a hypothese de regulamentos *de necessidade* contrarios á lei, se a segurança publica ou a salvação nacional estão em jogo. A Austria adoptou um sistema analogo. Nos Estados-Unidos ha uma theoria dos actos políticos, que permite subtrahir á inspecção da justiça os actos de puro interesse governamental. Em França, os actos chamados “de governo” escapam a todo o recurso perante uma autoridade jurisdiccional. A Inglaterra mesmo, cuja tradição é levar sempre o liberalismo ao seu maximo, não recusa aos ministros o direito de recorrer ao arbítrio e de violar as regras legaes; mas deve mpedír ao Parlamento

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

um *atto de indemnidade*, isto é uma lei tendo por fim legalizar tempo depois a illegalidade commetida.

E não falamos, bem intendido, dos países onde a confusão de todos os poderes nas mãos da autoridade governamental, exclue, por definição, a propria noção de legalidade.

Assim ha casos em que o governo se faz attribuir um verdadeiro direito á illegalidade: é a parte irreductivel da razão d'Estado.

Nos casos, porém, em que está theoricamente submetido á legalidade, os particulares podem sempre obter contra elle a repressão ou a reparação dos actos illegaes?

Por outras palavras, se a Administração execata as leis contra os particulares, ha uma sancção possível das leis contra a Administração?

Consagrámos a esta questão um largo estudo, de que só podemos resumir aqui em breves palavras o espirito e as conclusões. E' um problema de alto interesse prático, “porque, dizíamos, pouco importa que a lei ordene á administração o respeito pelos direitos individuaes e pelos interesses privados, se a administração não fôr obrigada a respeitar effectivamente a lei”.

Ora, d'este problema, só ha soluções simplesmente *aproximativas*.

Em França, o ponto de partida da evolução do direito administrativo foi a independencia da autoridade executiva acerca de toda a justiça e de toda a legalidade. Nenhum acto podia ser annullado senão pela propria administração, juiz e parte; nenhum damno causado aos particulares podia ser reparado senão pela benevolencia do governo, protegido pelo dogma da irresponsabilidade absoluta do Estado contra toda a acção contenciosa. *Era a epoca em que todo o acto se chamava*

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

administrativo, porque era arbitrario, e escapava a todo o recurso, porque era administrativo.

Hoje, o direito administrativo francês attingiu o seu ponto de perfeição. A jurisdicção contenciosa, que tem a sua expressão suprema no Conselho d'Estado, alta consciencia moral da Administração francesa, consagrou-se a submeter a autoridade executiva ao reinado da legalidade, ampliando o recurso por excesso de poder, que tende a permitir a qualquer interessado atacar todo o acto dos poderes publicos, em razão de qualquer especie de illegalidade, e a acção de indemnização graças á qual os particulares podem obter a reparação pecuniaria de todo o prejuízo illegalmente causado pela autoridade administrativa no exercicio das suas funcções. Cremos ter demonstrado, no nosso *E'tude juridique de l'Arbitraire gouvernemental*, que o sistema francês constitue a melhor solução empírica da sancçâo das leis quanto ao governo e á administração, e seria a nosso juizo impossível encontrar no estrangeiro um instrumento mais flexível, mais energico, mais economico e mais commodo para impôr aos poderes publicos a observação rigorosa das leis, do que "o nosso admiravel recurso por excesso de poder".

E este sistema apresenta a vantagem capital de ser supportado com resignação pela Administração activa, que não poderia tolerar da parte da justiça ordinaria uma fiscalização bastante minuciosa, porque não seria exercida por juizes d'uma competencia bastante especial, d'um espirito bastante conhecedor das necessidades proprias das funcções administrativas.

Mas, note-se, qualquer que seja o tribunal investido da missão de assegurar o respeito das leis contra a Administração activa, é sempre, em definitiva, o proprio governo o encarregado de executar as sentenças...

"A autoridade administrativa é senhora das suas iniciativas, da sua actividade. O juiz pode annullar ou reformar os seus actos,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

condemná-la a pagar uma indemnização; não pode obrigá-la a proceder, nem proceder por ella; a autoridade administrativa escapa a toda a coerção, a toda a sancção effectiva[1]".

Ha uma estrategia administrativa para resistir á acção legal e judiciaria dos particulares: silencios sistematicos ou atrasos voluntarios.

E, quando, apesar de tudo, houve um julgamento definitivo contra as pretensões do poder politico, é á Administração que pertence repôr as coisas no estado em que se encontravam antes do acto incriminado: deve fazê-o, mas ás vezes não quer ou não pode. O julgamento que annulla a decisão demitindo um funccionario não annulla o acto que nomeou o seu successor.

Por outras palavras, "emquanto o official de justiça munido d'um mandado-executivo contra o Estado não puder penhorar e fazer vender um quadro do Louvre ou o mobiliario d'uma pre-leitura... a *legalidade* da acção administrativa não terá em ultima analyse outra garantia senão a *moralidade* da administração e dos adminisdores". E penhorar uma propriedade do Estado, seria punir em summa os administrados ainda muito mais que a Administração.

Por isso mesmo a propria lei tem ás vezes o cuidado de preservar o Estado contra toda a penalidade. Se um inspector do trabalho verifica em uma officina particular uma violação dos regulamentos industriaes, levanta um auto de contravenção. Se se trata d'um estabelecimento do Estado, que pode elle fazer? Um relatorio.

D'este modo se o Estado fosse tudo, a lei não seria nada, porque o Estado em ultima analyse só respeita as leis, se bem o quer.

[1] Loc. cit.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' verdade que a responsabilidade do funccionario, individualmente considerada, poderia em França, como na Inglaterra, substituir a responsabilidade anonyma do Estado.

Note-se porém que a solvencia d'um funccionario não está geralmente á medida dos damnos que pode causar pelo exercício do seu cargo; que a responsabilidade d'uma cto administrativo é raramente individual, em razão da multiplicidade dos orgãos que hierarchicamente tomaram parte na sua confecção; e que emfim aquelle que assigna ostensivamente um acto quasi nunca é o seu autor real. E' até uma especie de principio de direito publico francês que a responsabilidade legal não coincide com a responsabilidade material e effectiva. Numa palavra, a responsabilidade do funccionario, fóra dos casos de faltas pesadas e pessoaes, seria a um tempo injusta e inefficaz.

Assim, e para concluir, pela propria naturesa das coisas, a administração é relativamente independente da legalidade: isto, mais ou menos, mas independente em certo modo, por toda a parte e sempre.

CAPITULO III

O direito sexual e familiar na vida e nos textos

§ I. **União legal e união natural dos sexos.** — 1. Como a lei favorece a concubinagem, ignorando-a — 2. O divorcio, estatística judicial dos esposos desunidos.

§ II. **Os ataques modernos ao governo cesariano da familia.** — 1. O enfraquecimento do absolutismo marital. — 2. A limitação do absolutismo paternal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A transformação do direito sexual e familiar foi a consequencia d'uma transformação das condições moraes e materiaes da vida privada: nisto não se revela a iniciativa deliberada do legislador.

Ainda mais, parece até haver perdido confiança no poder de intimidação dos textos legislativos: pode-se com effeito verificar neste campo uma especie de retirada gradual das prohibiçòes jurídicas e da repressão penal.

As leis modernas já não conhecem a regulamentação minuciosa das relações sexuaes, e nomeadamente das relações conjugaes, de que os jurisconsultos muçulmanos conservaram a tradição, nem as penalidades, não só severas, mas ferozes, com que ás sociedades primitivas castigavam o adulterio.

O revés das sancções penaes, ferindo o amor contra a natureza, — amor viril ou bestialidade, — é hoje um facto adquirido, e onde essas penalidades persistiram, a sua applicação é uma occasião de escandalo, mais do que um instrumento de repressão.

“A lei (observou o sr. Durkheim num vigoroso estudo sobre “a Prohibição do incesto”) não pode impedir as coisas de produzirem as suas consequencias naturaes: se, em verdade, a vida de família nos inclinasse ao incesto, as prohibições do legislador seriam impotentes”.

A cruzada de S. Luiz contra a “arte impia” das certezas é uma curiosa recordação historica, e a prohibição do commercio sexual, na ausencia do laço conjugal, se foi mantida em certos países, Suissa ou Finlandia, tornou-se pela propria natureza das coisas uma ficção entre muitas outras ficções.

Hm nenhum outro campo, a lei tem sido tão incapaz de prevalecer contra a soberania dos costumes privados, mesmo pathologicos, ou dos habitos sociaes, mesmo viciosos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

É interessante apontar na evolução do direito francês, alguns exemplos particulares em apoio d'estas observações geraes.

§ I

União legal e união natural dos sexos

1 — O Codigo civil não reconhece entre os sexos senão uma fórma de união duradoura, criando direitos e deveres recíprocos: o casamento.

Mas, ao lado das uniões legaes, tem existido sempre, na classe pobre, um grande numero de “faux ménages”, nos quaes a mulher vive com o homem “maritalmente”, segundo a expressão consagrada. A estatística dos nascimentos illegitimos, seguidos d'um reconhecimento immediato da criança, é a este respeito eloquente.

Como diz o velho proloquio francês:

Boire, manger, coucher ensemble

Est mariage, ce me semble.

Nestes “faux ménages”, o homem chega até a dar á sua companheira o uso do seu nome, e ninguem recusa aos filhos o nome do pai natural.

O sr. J. Bertillon, tendo verificado nas grandes cidades, a frequencia das uniões livres, dotadas, apesar do seu caracter illegal, d'uma verdadeira estabilidade, concluira pela organização de um typo simplificado e amplo de casamento, a fim de dar a estas famílias naturaes um esttuto legal.

Roma, nossa inspiradora jurídica, não tinha muitas especies de uniões sexuaes, segundo a condição social dos conjuges?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A lei francesa probibe a investigação da paternidade. Mas precisamente, na hypothese do “faux ménage”, a paternidade natural, em razão da concubinagem notoria, da cohabitação constante, é um facto patente. A lei (observa muito justamente o sr. Planiol, no seu “Tratado de direito civil”) é obrigada a fechar os olhos para não a ver”.

Ignorando a união livre, o codigo impede o seu desinvolvimenlo Pelo contrario, favorece-o, criando ao pai natural, contra toda a equidade, uma situação *privilegiada*.

A jurisprudencia, barometro muito sensível da evolução dos costumes, sentiu o perigo e procurou os meios de juridicamente dar sancção aos deveres elementares do pai natural, para com a sua companheira e os seus filhos: admitiu a validade da obrigação tomada pelo pai de prover ás necessidades do filho; concedeu indemnizações, uma pensão á mulher seduzida e mãe.

Processos indirectos! Porque o juiz ia de encontro a uma disposição legal. Mas emfim o juiz *viu o pai* onde a lei se obstinava em não o ver. Consagrou na medida extrema das possibilidades legaes o direito do filho; e o direito do filho é tudo o que ha de “social” na união dos sexos.

A mulher, por sua parte, se é pecuniariamente independente pelos seus ganhos pessoaes, vive com o seu companheiro no pé da igualdade a mais perfeita, e, na família natural, o filho é tanto da mãe, senão mais, que do pai.

Por isso mesmo o casamento legal, no nosso direito contemporaneo, tende a modelar-se pela união natural, da qual toma gradualmente, á medida que é mais facilmente formado, e mais facilmente dissolvido, o caracter fragil e igualitario. E' o desapparecimento da lei, no domínio sexual, mas se a lei se inclina perante a natureza, introduzindo a liberdade na união regular, não devia respeitar menos os

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

factos, dando á união livre as consequencias jurídicas que devem normalmente derivar da existencia mesmo d'uma “família”, embora constituída por accordo puramente privado.

A multiplicação das uniões livres marca uma tendencia infeliz para o enfraquecimento da família. Dar uma sancção jurídica ao dever de pai natural, não seria, porém, de maneira alguma animar esse enfraquecimento.

Qual é o verdadeiro obstaculo ao desinvolvimento da união natural? O descredito moral relativo em que ainda é tida pela opinião. Nos meios operarios, em que a união livre é acceita, e até respeitada, está hoje muito diffundida.

Numa palavra, a força do casamento legal reside essencialmente no apoio dos costumes. Nem outra coisa queremos demonstrar.

2 — O divorcio é apresentado sempre como uma instituição propriamente juridica, que a lei é senhora de criar ou de supprimir. Erro ou illusão de optica. O juiz que pronuncia um divorcio dá mostras de dissolver o laço conjugal, mas este laço na maioria dos casos não tinha mais que uma existencia nominal. Assim como ha uma união livre, ha um divorcio natural, resultante da separação moral ou material dos conjuges: a lei demonstraria sempre falta de sinceridade se affirmasse a indissolubilidade do casamento.

Os julgamentos de divorcio fornecem uma *estatística* dos lares despedaçados, mas se ninguem levantasse tal estatística, havia de concluir-se que todos os casados são unidos? E demais essa estatistica é incompleta: ha divorcios naturaes que nenhum juiz consagrou. Quanto á separação de pessoas, fórma attenuada do divorcio legal, não deixa subsistir do casamento senão a palavra.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Depende unicamente dos costumes que o divorcio seja um remedio ou um abuso.

Os romanos conheceram sempre o divorcio: a severidade dos costumes primitivos fazia d'elle um escandalo temido; na decadencia, tornou-se um meio commodo de disfarçar a polygamia successiva.

O Codigo civil francês no seu texto primitivo admitia o divorcio amplo: de 1804 a 1816, não houve todavia senão um pequeno numero de divorcios. Em 1884, o legislador resuscitou o divorcio, sob uma fórma apertada: ha muitos divorcios, e a pressão dos costumes tem sido tão continua e tão energica que deformou a lei a ponto de a annullar.

Seguindo o rythmo ordinario da evolução do direito, a jurisprudencia a principio cedeu: o juiz não se contentou de dar a interpretação a mais extensiva das causas legalmente determinadas do divorcio, permitiu á mulher adultera, calando o nome do seu cumplice, o casamento com elle após o divorcio, apesar da prohibição legal; fez da conversão da separação de pessoas em divorcio, quasi sempre concedida mesmo ao conjuge culpado, uma simples formalidade... E como poderia o juiz resistir efficazmente á habilidade inventiva das partes, introduzindo na prática a mais corrente, por meio de adulterios fictícios ou de injurias combinadas, o divorcio por mutuo consenso?

Depois da jurisprudencia, a lei, em vez de reagir, obedeceu por seu turno á determinação dos costumes. Sobre todos os pontos precedentemente assignalados, textos legislativos consagraram ou vão incessantemente consagrando a voz da prática.

Ha todavia casos em que a lei não renunciou a desconhecer as condições naturaes da união dos sexos ou da dissolução do laço conjugal. Um marido que sustentou perante o Tribunal de Caen, que o casamento tinha, especialmente, por fim “a satisfação legitima dos desejos da natureza”, teve em resposta, por um accordão de 1882, que tal sistema

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

não era defensavel, attendendo a que rebaixava a mulher ao papel de "apparelho sexual", de "organismo proprio para fazer filhos e satisfazer as paixões do marido". E resulta com effeito d'um accordão do Tribunal de cassação de 6 d'abril de 1903, que a ausencia de orgãos genitaes normalmente constituidos não é causa de nullidade do casamento.

Apesar dos repetidos reveses na sua luta contra a natureza, a lei ainda não se resolveu a um sensato desarmamento.

§ II

Os ataques modernos ao governo cesariano da familia

1 — "Todo o marido pode bater em sua mulher, — diz Beaumanoir no seu livro Coutumes de Beauvoisis — quando ella não quer obedecer ás suas ordens... comtanto que o faça moderadamente e sem se seguir a morte."

Tal era, em matéria conjugal, o sentimento da antiga França: a associação familiar, como a sociedade política, estava organizada conforme o principio monarchico.

D'ahi a incapacidade da mulher casada, energicamente mantida pelo Código Napoleão. O espirito do cesarismo não differe essencialmente do espirito da monarchia.

Mas, sem o saber, os autores do Código deram á mulher casada meios de emancipação que a prática divulgou.

Ha um dito espirituoso de não sei que jurisconsulto inglês: é que no fundo a escravidão assenta na opinião dos negros.

Pode dizer-se que em França, num grande numero de casos, o poder marital tem por fundamento a docilidade das mulheres, visto que depende d'ellas, usando d'um Código que intendia tê-las por servas, fazerem-se associadas de seus maridos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

"Mesmo desprovido de virtude, diz o livro de Manu, mesmo propenso, ao prazer e sem qualidades, o marido deve ser adorado como um Deus por uma mulher fiel", e aqui está porque a administração inglesa, nas índias, teve de vencer a resistência de viuvas desoladas, que deviam de ser queimadas na pyra marital, segundo um antigo uso.

Mas ha, em França, mulheres que querem ser emancipadas.

Em principio, o marido é senhor e chefe da communidade. Mas, no papel passivo que a lei lhe assigna, a mulher gosa d'uma dupla garantia: tem hypotheca legal sobre os bens do marido, e tem o direito de renunciar á communidade! Dupla ameaça pairando sobre os credores do marido, se a mulher não lhes concede uma subrogação benefica ou não põe a sua assignatura ao lado da de seu marido; duplo meio, portanto, para a mulher, de assegurar a sua influencia no casal: é a emancipação da mulher pela riqueza. Verdade é que a mulher ignorante pode assignar de olhos fechados e, em vez de adquirir influencia, privar-se da protecção. Só temos o direito que sabemos tomar ou defender.

A grande industria, criando a "operaria", rompeu na classe pobre a unidade economica do lar. Quando se lê o Codigo civil, vê-se bem que os seus redactores pensavam sobretudo nas mulheres com bons dotes, desposando proprietarios territoriaes: não previram a mulher que trabalha na officina. Como deixar no entanto que um marido preguiçoso ou bebado toque no salario de sua mulher, ou faça mão baixa nas modestas economias por ella depositadas na Caixa economica? Tal era a lei. Na prática, o patrão, importando-se pouco com os textos, pagava directamente á mulher, e, por outro lado, a autoridade administrativa e a autoridade judicial esforçavam-se por multiplicar as formalidades e as despesas relativamente ao marido, desejoso de captar as economias de sua mulher. Uma lei recente veiu emfim consagrar o direito da mulher á livre disposição do seu salario! E' a emancipação da mulher pelo trabalho.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Ha na legislação francesa disposições feridas de morte pelos costumes, porque são uma sobrevivencia do absolutismo marital: as que prevêem uma sancção correccional contra a mulher adultera, ou que autorizam o marido a fazer reconduzir sua mulher *manu militari* ao domicilio conjugal. De facto, os tribunaes reduzem ao seu mínimo legal a pena do adulterio, e seria difficil citar um só caso em que a força armada, tenha sido posta á disposição d'um marido.

Como o exprimia em termos excellentes o sr. Delzons num estudo sobre o *Direito das mulheres*, "o interprete sente o mau-estar d'uma antinomia irreductivel: a lei já não é bastante forte; ainda o é demasiado, é preciso mudá-la.. ."

2 — A consciencia moderna reprova mais ainda o absolutismo paternal do que o absolutismo conjugal. A lei francesa, porém, penetrada do espirito autoritario que Roma legou ao nosso antigo direito, tem levado muito tempo a reconhecer o dever do pai e o direito do filho: os usos administrativos e judiciaes téem-lhe, illegalmente, indicado o caminho.

Antes da lei de 1889, não havia nos textos nenhuma disposição particular que permitisse á autoridade publica subtrahir a um pai indigno um filho criado na ignorancia e na immoralidade. Mas havia no Codigo um artigo excluindo da tutela as pessoas de mau comportamento notorio; e outro artigo permitia tirar a guarda dos filhos aos pais indignos, em caso de divorcio. Quem não pode ser tutor, dizia o juiz, não podia ser pai, e o mau pai não é mau pai tanto durante o casamento como depois do divorcio? Audaciosa logica! O legislador comprehendeu e a infancia é hoje protegida.

O direito *absoluto* do pai conservou no entanto uma applicação legal: o pai, segundo o artigo 376 do Codigo civil, pode fazer deter durante um mês o filho de menos de dezaseis annos. O presidente do Tribunal, que assigna a ordem de prisão, deve, em principio, obedecer á requisição do pai. Na prática, abre-se um inquerito, e se este demonstra a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

indignidade do pai, o seu pedido de detenção por via de correcção paternal tem ás vezes por effeito imprevisto produzir contra elle a installação d'um processo tendente a privá-lo do patrio poder.

Justa vicissitude das coisas d'este mundo: procura-se o filho culpado, e encontra-se o pai criminoso.

Esta attenuação costumária do direito absoluto de correcção paternal não é incentivo para uma reforma legislativa?

CAPITULO IV

O conflicto da Lei e da Evolução economica

§ I. O desinvolvimento antonomo do direito do capital

§ II. Os delictos operarios de hontem como elementos do direito operario da hoje.

A originalidade profunda das sociedades modernas reside quasi por inteiro na sua estructura economica: o problema do Estado ou da lamilia apresentou-se clara e completamente em Roma ou em Athenas, mas as sociedades antigas não conheciam a grande industria.

O legislador não pode dirigir, nem presentir, nem impedir a evolução economica; é portanto obrigado a supportá-la, porque a natureza economica d'uma transacção determina mais ou menos, por si mesma, a sua fórmula jurídica. D'este perpetuo e inevitavel conflicto, não há uma manifestação psychologica na hostilidade latente ou aguda, que reina geralmente entre o mundo do direito e o mundo dos negocios ou do trabalho ?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' certo que em França, se as leis tivessem sido servilmente respeitadas no seu texto e no seu espirito, *a sociedade moderna não existiria*.

A estructura economica da sociedade moderna decomõe-se com effeito em dois termos a um tempo associados e antagonicos: capital e salariato. Ora, nem o capital, nem o trabalho, na sua organização actual, foram admitidos sem luta no circulo da legalidade.

§ I

O desinvolvimento antonomo do direito do capital

O emprestimo a juro, que se tornou sob fórmulas multiplas e diversificadas o instrumento necessario do progresso commercial, começou por contra si reunir o duplo anathema do direito canonico e do direito laico. De um e de outro triumphou.

No antigo regime, a imaginação dos práticos permitira, por uma rica florescencia de contratos occultando sob modalidades habeis a sua verdadeira natureza, o desinvolvimento juridico da usura christã. A limitação da taxa do juro commercial a um maximo legal já não era justificada e já não podia ser efficaz. Nos tempos de carestia monetaria, como encontrar dinheiro á taxa legal para uma empresa aleatoria, e que empresa commercial não é aleatoria? Por isso mesmo era singularmente facil illudir a lei, por uma elevação fictícia do capital emprestado; e o Estado, que não podia trapacear, sabia nos seus emprestimos, dispensar legalmente a regra tutelar promulgada para outrem. Comtudo, a liberdade do juro commercial não foi consagrada senão no fim do seculo XIX, em 1886. A hostilidade legal para com esta liberdade tão lentamente adquirida já não se manifesta hoje no Codigo francês senão pela disposição que prohibe a capitalização dos juros, salvo de um anno. Mas as regras hoje admitidas na prática em materia de conta-corrente, annullam de facto, se mesmo não a contradizem juridicamente, a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

prohibição legal, e de resto se a lei fosse rigorosamente applicada, retardaria sómente algumas semanas, em quatorze annos, a duplicação do capital. O legislador nào fez este pequeno calculo.

A liberdade da especulação, como a liberdade do juro commercial, não encontrou a principio o favor legislativo. O *jogo de bolsa* é uma especulação sobre as fluctuações das cotações: ora, precisamente, antes de 1885, o Codigo penal prohibia a aposta sobre a alta e sobre a bai-xa, a compra e revenda a termo... Mas a partir de 1848, a repressão, já afrouxada, tornou-se quasi nulla, e o legislador acabou por se inclinar perante o papel economico, hoje incontestado, da especulação financeira. Perguntou se, aliás, logo após a lei, o que podia ella ter mudado na prática: sobretudo *legalizára-a*.

Os capitaes individuaes não estão dispostos para as grandes empresas industriaes ou commerciae: estas suppõem a intervenção dum capital collectivo muitas vezes enorme, alimentando-se em um numero infinito de fontes particulares. A lei facilitou esta socialização natural do capital productivo? De maneira nenhuma. Tentou limitar o desinvolvimento das sociedades anonymas, submetendo-as á autorização discricionaria e á tutela da administração. A policia governamental das sociedades commerciaes desappareceu sómente em 1867 para as sociedades anonymas em geral, e sobreviveu até 1905 com respeito ás sociedades de seguros de vida.

Ora bem a physiologia economica das nações contemporaneas seria o que é, sem a tríplice liberdade do juro commercial, da especulação financeira e da sociedade anonyma?

D'um modo geral, o direito commercial, que é ametade do direito economico, de que o direito operario constitue a outra parte, nasceu dos usos livremente estabelecidos e continúa a transformar-se pelos usos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Na sua origem, o direito commercial destacando-se do direito civil, não foi outra coisa senão um grande e victorioso protesto da prática contra um direito commum muito estreito, muito lento e muito complexo, applicado por juizes muito formalistas, estranhos ao espirito do commercio.

Não era o legislador quem podia *a priori* imaginar a letra de cambio, o titulo nominativo ou o "reporte" dos corretores.

Todas as vezes que a prática dos negocios cria um novo typo de contrato, assiste-se a um esforço dos juristas profissionaes para o fazerem entrar nos quadros preestabelecidos de tal ou tal contrato conhecido; mas este esforço mesmo, pelo seu mau resultado, demonstra o caracter original da nova convenção e quanto é vão recusar a esta convenção especial as regras especiaes que resultam da sua natureza economica.

O espirito unitario acceita com repugnancia a dualidade tradicional do direito commercia! e do direito civil. Não é reconhecer *dois direitos communs*? Sem duvida, e ainda ha muitos outros... Mas o ponto essencial é saber se o direito civil se prestaria ao desinvolvimento das relações commerciaes que assentam sobre a concepção d'um largo credito reciproco, credito moral e credito pecuniario, muito mais que sobre a ideia d'uma coacção imperativa e tutelar, emanando d'um terceiro, legislador que fosse.

Se a fusão do direito commercial e do direito civil nos parece dever realizar-se algum dia, será em proveito do direito commercial, porque este acha-se mais perto dos factos.

Explica-se a reflexão melancolica de Proud' hon, no seu Manual du speculateur à la Bourse: "A massa das transacções toma cada vez mais o caracter commercial, e entregue á incerteza das definições

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mercantis, á contradicção das theorias economicas, desespera a conscirncia do juiz e desafia a sciencia do jurisconsulto".

§ II

Os delictos operarios de hontem, como elementos do direito operario de hoje

"O operario (escrevia o sr. Glasson) foi quasi inteiramente esquecido no nosso Codigo civil..." Mas o Codigo penal não conservára a seu respeito o mesmo silencio: o direito de greve e o direito de syndicato, duplo elemento da liberdade operaria, começaram por ser delictos.

Continuando o individualismo em certo modo molecular da Revolução francesa, o individualismo do Codigo concebia sómente o operario isolado ante o patrão isolado: o regime da defrontação forçada, . na celebre expressão do professor Marc Sauzet. Mas a grande fabrica, reunindo em volta dos seus motores a força humana disseminada em pequenas officinas de artífices, criou a vida collectiva da classe operaria. Assim o poder cego das coisas, logo após o Codigo, ameaçava arruinar para sempre o designio premeditado do legislador: punha com effeito no logar do operario isolado a agglo meração operaria, syndicada por assim dizer pelo proprio patrão e que devia meditar em uma acção commum porque era dotada dum pensamento commum, traduzindo interesses solidários. O direito de greve e o direito de syndicato estavam virtualmente nados; esperaram aquelle até 1864, este até 1884, a sua consagração legal.

A lei de 1864 só reconhecia o direito de greve por metade, simplesmente porque pretendia ignorar o direito de syndicato. Era evidentemente contradictorio autorizar a greve, prohibindo não só prepará-la, como até consolidar os seus resultados, por uma organização permanente da collectividade operaria. Por isso mesmo, apesar dos rigores do Codigo penal, a associação profissional, assim como a greve, tornára-se um modo corrente de acção economica. A tolerancia

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

governamental, reservando a principio ás associações patronaes o favor da illegalidade, extendeu-se sob o segundo Imperio ás associações operarias: estas, desinvolvendo-se rapidamente sobre o modelo das Trade's-Unions inglesas, cessaram de se disfarçar sob as apparencias enganosas d'uma sociedade de soccorros mutuos ou de capital variavel. Era chegado o momento em que a sobrevivencia duma negação legislativa já não bastou para dissimular a formação d'um direito novo. Não obstante o despertar espasmodico, em certas epocas, da hostilidade administrativa, a lei de 1884, embora combatida como o prenuncio d'uma verdadeira revolução, não fez na realidade senão dar uma carta regular á organização espontanea da classe operaria. O costume attingia a dignidade do texto legislativo.

Esta evolução do direito operario, fóra da legalidade estricta, não é particular á França: na Alemanha e na Inglaterra, como em França, a greve foi considerada como uma insurreição antes de ser admitida como o exercício pacifico d'um direito, e as associações profissionaes antes de receberem a marca parlamentar, tinham entrado havia muito nos costumes operarios.

Aqui e ali, por conseguinte, o legislador, por uma resistencia esteril, deixou tomar a delinquentes o papel social de iniciadores: d'um *delicto generalizado fez um direito*.

CAPITULO V

O direito corporativo e a lei nacional

§ I. **A sobrevivencia do direito canonico: a Egreja catholica e as congregações.**

§ II. **O renascimento do direito corporativo: theoria juridica da soberania dos synploatos operarios.**

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

"O poder afinal é o privilegio de se fazer obedecer".

G. TARDE.

A unidade da soberania é indispensavel á saude do Estado: foi Bluntschli quem o disse. E depois, segundo uma admiravel explicação tirada d'um tratado de direito, o Estado é uno; por consequencia a soberania é una, visto que não pode haver muitas unidades, consistindo a essencia da unidade em ser unica... Bello exemplo de raciocínio verbal. Mas vejamos os factos.

A soberania, segundo uma definição do sr. Esmein, é uma autoridade que naturalmente não reconhece poder superior ou concorrente quanto ás relações que rege.

A quem deve pertencer a soberania, assim definida?

Só ao Estado, "associação sem igual".

Ora, esta autoridade soberana, tem sempre a Egreja catholica pretendido exercê-la, e os syndicatos operarios revindicam-a actualmente.

A Revolução francesa condemnou as associações, — congregações e corporações — por prejudicarem a um tempo o poder publico, levantando contra elle pequenos Estados no Estado, e a liberdade individual, submetendo-a á vontade imperativa d'um agrupamento; era muito desarrazoado pensar que em toda a associação *com um objecto social*, ha uma soberania que começa e um direito que se elabora?

§ I

A sobrevivencia do direito canonico: a Egreja catholica e as congregações

O direito da Egreja catholica é um direito corporativo que fenece: a Egreja catholica é um Estado decaído, que conservou toda a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

decoração da soberania e todas as suas pretensões, um só dos seus attributos, esse mesmo abalado, a personalidade internacional.

Hontem ainda, o regime concordatario reconhecia á Egreja, sob condição d'um salvo-conducto governamental, o direito de promulgar em França pelos seus breves, os seus rescriptos, os seus decretos ou os seus mandatos, regras officialmente obrigatorias para os fieis.

A separação das Egrejas e do Estado transformou a condição legal, mas não poude modificar a condição natural da Egreja catholica.

A Egreja catholica tem ainda o seu governo, as suas leis, os seus tribunaes, e os bispos são no mundo os prefeitos da collectividade catholica.

A Egreja é um Estado, porque manda os seus fieis e não discute com elles; é um Estado no mais alto ponto, *porque ignora o individuo*.

E se os Estados laicos continuarem a sua evolução liberal, é na Egreja catholica que dentro em pouco se terá de estudar a ossatura vigorosa d´um verdadeiro Estado, no sentido tradicional, um Estado plenamente soberano, infallivel e irresponsavel.

O conflicto secular da Egreja e do Estado é o conflicto de duas soberanias rivaes, pretendendo exercer, uma com exclusão da outra, o mesmo poder, sobre os mesmos cidadãos, quasi no mesmo dominio.

A legislação civil e a legislação religiosa encontram-se necessariamente sobre o terreno social. Não ha em toda a religião, como muito bem viu Guyau, uma sociologia ?

Uma escola catholica não é uma escola *privada*: é uma escola da Egreja. Uma congregação não é uma associação *privada*: é uma associação autorizada pela Egreja e subordinada á Egreja.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' por isso que a legislação civil tende a estabelecer uma situação differente ás escolas e associações catholicas, d'uma parte, e ás escolas e associações privadas, d'outra parte: defronta-se-lhe com effeito, aqui um individuo, ali *um Estado*...

E' verdade que se a Egreja reina ainda sobre os seus fieis, governa-os menos; e a legislação religiosa, estranha á evolução, não permanece absoluta na apparencia, senão porque se tornou nominal em parte.

Mas os preceitos da Egreja não téem perdido absolutamente nada da sua efficacia: constituem pois, para com o Estado, uma força hostil ou indifferente, de que o legislador não deve nem ignorar a existencia, nem desconhecer a intensidade.

§ II

O renascimento do direito corporativo: theoria juridica da soberania dos syndicatos operarios

O direito syndical é um direito corporativo que vem surgindo. — "A collectividade, disse o sr. Waldeck-Rousseau, dita pouco a pouco as suas leis, a sua preponderancia augmenta com o numero dos seus adherentes, exerce neste limite uma soberania economica; tende assim a constituir em cada industria, e em cada mister, uma especie de governo do trabalho, impondo, regras obrigatorias".

Como a Realeza, a classe operaria encontrou os seus legistas, e, na sua obra sobre o *Federalismo economico*, o sr. Paul-Boncour esboçou em traços penetrantes o que podemos chamar uma theoria juridica da soberania dos syndicatos operarios: este escriptor vê no syndicato profissional o germen d'um agrupamento destinado a revestir os mesmos attributos que os agrupamentos politicos, e desde logo o poder de legislar ou de regulamentar na ordem economica.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A liberdade de associação é a menos *individualista* de todas as liberdades, e a Revolução francesa, que sanccionou a liberdade do trabalho pela interdicção dos agrupamentos profissionaes, bem o viu.

"A liberdade do trabalho, completada pela liberdade de associação, diz o sr. Paul-Boncour, excluiu a liberdade do trabalho, *tal conto a havia estabelecido a Revolução*".

A logica do regime economico fundado sobre o syndicalismo conclue, effectivamente, pelo contrato collectivo de trabalho.

Ora o contrato collectivo tem por effeito limitar ou supprimir a liberdade individual do operario isolado, desde que se encontra em conflicto com o interesse commum da profissão, representada pelo grupo.

Não basta affirmar doutrinalmente que o direito d'um só operario a trabalhar é tio sagrado como o de todos os outros a não trabalhar trata-se de saber se, na grande industria moderna, *um só* pode continuar a trabalhar, quando *todos* abandonam o trabalho.

D'este modo somos portanto levados, mais uma vez, de uma questão de direito a uma questão de facto.

Qual é o fim do contrato collectivo? Determinar em uma profissão as condições do trabalho. Esta determinação, porém, nada significaria se o patrão conservasse o direito de ajustar um operario, abaixo da tarifa syndical. Haveria nisso uma violação evidente do contrato collectivo. Este contrato, passado pelo syndicato, vale contra terceiros ou não vale nada...: não é um contrato no sentido ordinario da palavra, é antes *uma regulamentação* das condições do trabalho, promulgada de commum accordo pelo patrão e pelo syndicato. O patrão obriga-se a respeitar a tarifa syndical, como as Companhias de caminhos de ferro a respeitar as tarifas homologadas pelo Estado; nem o patrão, nem a Companhia de caminho de ferro podem a um individuo isolado apresentar

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

condições particulares. O contrato collectivo é anonymo e igualitario: procura uma vantagem global para a profissão, não prevê porém um salário d'excepção para os operarios d'excepção.

O sr. Jay exprimiu muito bem o papel do syndicato no contrato collectivo de trabalho; "... A certos respeitos, o syndicato aparece como o delegado e o precursor do legislador. Como o legislador, pretende encerrar em limites precisos, e traçados de antemão, a concorrencia entre operarios e a concorrencia entre patrões".

Mas, fazer cessar a concorrencia, é precisamente supprimir a liberdade do trabalho, intendida á maneira da Revolução.

Na Inglaterra, na França, nos Estados-Unidos, na Alemanha, na Australia, o regime do contrato collectivo está prestes a tornar-se o regime corrente da grande industria. Previsto ou não pelos textos legislativos, entrou nos costumes, porque resulta necessariamente do direito de greve e do direito de syndicato. Dá á acção collectiva da classe operaria a sua expressão jurídica.

Nem tudo é contratual no contrato, observou o sr. Durkheim. Podia até dizer-se que no contrato collectivo de trabalho não ha quasi nada de contratual. Porque o syndicato geralmente insolvente não se obriga a coisa alguma, mesmo quando contrata.

"Quem nada tem, nada deve", disse o sr. E. Lévy, professor da Faculdade de Direito de Lyão, e, segundo este professor, o ideal é por fim de contas uma classe operaria inteiramente nua, porque nada se pode tirar-lhe.

Nestas condições, o contrato collectivo é uma lei imposta de maneira unilateral pelo syndicato á profissão. Todos os direitos sem nenhuma responsabilidade: é a propria fórmula da soberania.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Toda a associação profissional, pela autoridade collectiva que exerce sobre os seus membros, tira-lhes uma parte, por pequena que seja, da sua liberdade de acção individual. “Contratual” pela sua origem juridica, uma associação é sempre «corporativa» pela natureza da sua acção economica e social.

Não ha uma só que não apresente, aberta ou secretamente, a sua candidatura á soberania profissional.

Numa palavra, entrar para uma associação não é simplesmente assignar um contrato, é adherir a uma disciplina; mais claramente, tornar-se uma cellula em um organismo.

E' verdade que ninguem é obrigado a entrar para uma associação profissional e que qualquer pode sair d´ella. Mas, note-se, quando o syndicato reina pelo contrato collectivo, *sair do syndicato é sair da profissão*. Desde o momento em que um operario é obrigado a acceitar um contrato collectivo, é *syndicado á força*.

Esta influencia estreita do grupo sobre o individuo faz-se sentir sobretudo na classe operaria. Porque o trabalho operario, na grande industria, é um trabalho collectivo, confiado a unidades similares. Mas pode-se ser commerciante ou industrial *inteiramente só*. E' por isso que nos agrupamentos profissionaes, que não sejam os syndicatos operarios, a soberania da associação sobre os seus membros e sobre o meio é muito menos pesada. O desinvolvimento dos *trusts* ou dos *cartels* mostra entretanto que o syndicalismo não é sómente uma philosophia da acção operaria.

Ha poucas corporações *legalmente* obrigatorias, como as dos solicitadores, dos advogados, dos notarios, em França; mas muitos syndicatos — syndicatos operarios ou syndícatos de productores — estão prestes a tornar-se, no mundo, *socialmente* obrigatorios.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A tendencia espontanea para o advento da democracia igualitaria na ordem industrial já encontrou, em certos países, como a Nova-Zelandia, a sua consagração legislativa. A arbitragem obrigatoria tem por effeito transformar o contrato de trabalho em uma regulamentação prescripta por uma autoridade superior ás partes, como a autoridade politica é superior aos cidadãos.

De convenção livremente estipulada entre duas partes, vemos assim progressivamente o contrato de trabalho tornar-se uma lei votada por uma maioria, senão imposta por uma minoria activa a uma maioria passiva.

Esta organização collectiva do trabalho, ainda inacabada, é o fructo d'uma evolução natural, não d'uma intervenção legal. Em França, é dilficil, senão impossivel, conciliar os seus traços característicos com os princípios tradicionaes da legislação civil.

Mas a soberania economica dos syndicatos, toda relativa de resto, não é menos um facto, uma força. E' visivel que, na grande industria, o operario soffre tanto a autoridade do syndicato como a do Estado.

Para concluir, a lei do Estado, sobre o terreno economico, vai de encontro á lei da profissão: não é, num caso particularmente grave, o conflicto do direito legal e do direito espontaneo ?

CAPITULO VI

O Direito dos Contratos e o Direito do Estado

§ I. **A derogação das leis por accordo privado**

§ II. **A reacção contratual a respeito das leis imperativas.**

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

"Conveniencias vencem leis".

A. LOISEL, 1536-1617, *Maximes ou Institutes coutumiéres*.

O direito imperativo, nas sociedades modernas, tende a apagar-se e a desapparecer perante a extensão já tão notavel das relações contratuaes?

Parece, com effeito, natural que quanto mais os indivíduos contratem, menos o Estado mande, e, segundo Summer-Maine, a lei tornar-se-ia hoje uma simples garantia da execução fiel dos contratos, abandonados nos pormenores á livre iniciativa dos particulares.

Mas a verdade é que as leis se multiplicam como os contratos e que, por uma singular con-tradicção, quanto mais os indivíduos contratam, mais o Estado quer mandar.

Sem duvida, convem notar, com sr. Fouillée, que a ideia de contrato occupa a maior parte dos Codigos, e amanhã, talvez, os occupará todos, "do primeiro ao ultimo artigo". Quando porém a lei fala da liberdade das convenções, é geralmente para a restringir. Os juristas sabem por experiencia pessoal, que as re-lações privadas estão em nossos dias submetidas a uma regulamentação superabundante: seguramente os Codigos mais recentes não são os mais breves, as leis mais modernas não são as mais liberaes.

§ I

A derogação das leis por accordo privado

Ha leis facultativas, cujas disposições, applicaveis no silencio do contrato, podem ser livremente evitadas pelas partes.

D'estas leis, não das leis modernas em geral, é exacto dizer que são uma simples superficie sob a qual se movem regras contratuaes sempre variaveis.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Do seu valor ha um criterio muito simples: como o seu fim é exprimir a vontade tacita das partes, são más, se os contratos as derogam muitas vezes; excellentes, se os contratos nunca as derogam. Uma disposição legal, de que uma *clausula do estylo*, inserta nas convenções, evita sistematicamente a applicação, é nos nossos Codigos uma sobrevivencia inutil. Convem eliminá-la, se não querem ou não podem fazer d'ella uma disposição rigorosamente imperativa.

Antes de 1897 considerava-se em França a encommenda d'uma machina a vapor como um contrato firme. Mas a jurisprudencia, extendendo á construcção das machinas uma disposição legal feita para a construcção dos edifícios, veiu a decidir que o ajuste podia resilir-se mediante indemnização. Grande impressão no mundo dos negocios. O ministro indicou o remedio: era introduzir nos contratos uma clausula dero-gatoria. Mas, em similhante caso, a melhor solução não é alterar a lei?

O estudo das *clausulas do estylo* é precioso para o legislador, porque lhe indica, por uma especie de *referendum* contratual, indefinidamente aberto, a orientação das vontades particulares.

Foi a prática notarial, obedecendo ao voto das partes, que fez comprehender ao legislador, pelas clausulas insertas nos contratos de casamento, a necessidade de reconhecer ao conjuge sobrevivo o direito de usufructo dos bens do defunto. Com effeito, é sabido que em consequencia d'um erro material no Codigo civil francês, a mulher achava-se exposta, pela morte imprevista do marido, a passar da opulencia á miseria, sem ter sequer o direito de reclamar alimentos aos herdeiros d'elle! A reforma que se impunha logo após a publicação do Codigo foi realizada em 1891, e o legislador extendeu emfim a todos os conjuges o beneficio do direito de usufructo, que, perto de 20 annos antes, havia concedido ás viuvas dos deportados da Nova Caledonia.

Foi a prática notarial que fez reconhecer aos credores hypothecarios, sobre a indemnização de seguros paga após o incendio do immovel, o direito privilegiado que lhes recusava a jurisprudência.

A *clausula do estylo* é uma lei completa: isto é tão verdade que a jurisprudencia, quando a clausula do estylo entrou definitivamente nos costumes, passou a subintendê-la, se não está bem expressa. Como hesitaria o juiz em fazer aproveitar o ingenuo d'uma pequena esperteza que o primeiro homem de negocios lhe podia indicar?

Se todas as leis fossem facultativas, a conciliação do direito espontaneo e do direito legal estaria plenamente realizada. O legislador pro-pôr-se-ia simplesmente, inscrevendo nos textos as regras commummente praticadas, simplificar e abreviar a redacção dos contratos.

O Codigo, numa palavra, seria o *caderno permanente das clausulas e condições geraes da vida contratual*.

Mas ha muitas leis imperativas que, bem longe de exprimirem o voto dos interesses privados, téem por fim essencial submetê-los ao jugo de disposições rigorosamente obrigatorias, inspiradas pelo interesse geral.

Na linguagem corrente, a lei imperativa é até a unica lei verdadeira.

§ II

A reacção contratual quanto ás leis imperativas

Os innumeros profissionaes que vivem do direito, fazem tambem viver o direito: põem o seu profundo conhecimento dos textos legislativos ao serviço dos interesses privados, e por isso occupam um posto de vanguarda no combate incessante do direito nascente contra o direito consagrado.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Os especialistas, que acompanham ou aconselham as partes, não téem por missão, como o juiz ou a administração, combater pelo Estado e pela lei: procuram através dos textos e dos arestos, os meios de fazer triumphar o livre accordo das vontades particulares.

Se o juiz illude a lei é por incidente ou por necessidade: os práticos do direito illudem-a um pouco por officio, e as combinações habeis, as clausulas engenhosas pelas quaes chegam ao seu fim, téem um nome revelador, o de *cautelas*, isto é ardis.

Pelo menos ha na concepção que elles podem fazer do sentido e do alcance dos textos legislativos, um indicio inevitAvel e particularmenta elevado de *refracção* profissional.

Assim é que o notario, personagem invisível e inoffensiva, escutando com ouvido attento e aconselhando com voz discreta uma clientela ignorante das leis, mas possuindo uma consciencia nitidissima dos seus interesses economicos, das suas intenções práticas, muito tem feito por accommodar as prescripções dos Codigos ás variações dos costumes testamentarios ou matrimoniaes.

O Codigo civil, em principio, prohibe ao autor d'uma liberalidade impôr á pessoa gratificada a obrigação de conservar toda a sua vida os bens dados ou legados para os transmitir a uma segunda pessoa designada de antemão. E' o que se chama em termos technicos “uma substituição prohibida”, legalmente fulminada de nullidade.

Mas, para attingir o mesmo fim, ha outros meios que a habilidade dos práticos rapidamente descobriu no proprio Codigo.

Em vez de se dizer: “lego os meus bens a X com o encargo de os transmitir a Y”, diz-se: “lego a X o usufructo e a Y a propriedade simples de meus bens”, ou antes: “lego os meus bens a X, sob dada condição, devendo ter effeito *resolutorio*, e a Y sob a mesma condição,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mas tendo effeito *suspensivo*". D'este modo a prática, com a absolvição da jurisprudencia, quasi supprimiu um artigo do Codigo.

Alguns testadores, para impedir os seus herdeiros ou legatarios de comprometerem a execução integral da sua ultima vontade, privam-os de toda a acção ante a justiça por uma clausula ameaçadora de exclusão total ou parcial. Podem assim, com mais latitude, amaciar as regras successorias, segundo a composição do seu patrimonio ou os habitos locaes. Porque nem só no caso legalmente previsto em que o patrimonio comprehenda uma habitação barata, seriam necessarias excepções ou attenuações ás disposições inflexíveis do Codigo civil.

No domínio matrimonial, a prática, combinando o regime dotal com o regime da communhão, inaugurou regimes costumados que só téem com o Codigo um ligeiro ponto de ligação. Foi ella quem primeiro pensou em proteger a mulher, cujo dote é hoje as mais das vezes em valores mobiliarios, contra as delapidações conjugaes, extendendo aos moveis a inalienabilidade prevista pelos autores do Codigo somente ácerca dos immoveis.

As iniciativas, por vezes demasiado arrojadas, da prática notarial, nem sempre são acolhidas favoravelmente pela jurisprudencia, e, quando mesmo os tribunaes, julgando de facto, as desculpam, o Tribunal de cassação, guarda acima de tudo da legalidade, condemna-as.

Um dote constituído pelo pais reverte após o decesso do filho, aos pais: vê-se, apesar da lei de 1891, a situação penosa e injusta da mulher que sobreviva a um ocioso ricamente do tado. D'ahi uma clausula tutelar inserta nos contratos de casamento para constatar a renuncia dos pais ao seu direito de reversão legal. Ora, em 1903, o Tribunal de cassação veiu pôr ter-mo a esta prática, costume abortado, mas que não deixa de conter uma lição para o legislador.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' verdade que a convenção mais illegal pode ir recebendo indefinidamente a sua applicação, se nenhum interessado trata de contestar-lhe a validade.

A venda das clientelas fundadas no valor profissional do homem, especialmente das clientelas medicas, não tem valor juridico, porque não tem por objecto “uma coisa em commercio”. Entretanto estas vendas são frequentes, e os costumes asseguram-lhes sufficiente validade. O Codigo rumeno, assim como o Codigo francês, prohibe formalmente a estipulação de permanecer na indivisão: ora ha na Rumenia 120.000 *moshnéni* ou associações de proprietarios indivisos.

Em França a propriedade indivisa de Benin des Bois, notavel exemplo de communismo agricola, sobreviveu á Revolução e ao Codigo civil: resistiu até 1846, data em que um amanuense de official de justiça, animado do espirito demandista, invocou contra ella o artigo 815.

Por outro lado, ha violações da lei que são incomprehensiveis pela sua propria natureza.

O Codigo civil, para toda a doação, impõe a fórma solemne do acto notariado; mas como reprimir uma doação feita mão a mão no mais absoluto segredo? Como adivinhar uma doação em uma venda simulada, em que o pretenso comprador recebe quitação dum pagamento, que não effectuou?

Desde 1841, a jurisprudencia recusa admitir a validade dos actos passados entre os officiaes dos ministerios e os seus successores eventuaes para transformar secretamente, no que concerne especialmente ao preço do cargo, as clausulas do tratado ostensivo submetido legalmente á approvação do governo. Mas se existir um d'esses actos quem virá invocar a sua nullidade?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A historia da liberdade testamentaria ou da propriedade na Inglaterra, abunda em simulações, ficções interpretativas, processos collusorios...

De preferencia hemos, porém, colhido os nossos exemplos na evolução do direito francês, porque em parte alguma a negação do costume é tão completa, tão absoluta, e porque assim é particularmente interessante mostrar como a natureza das coisas se desaggrava por processos tortuosos, aliás contrarios á clara sinceridade do nosso temperamento nacional.

O legislador não deve ignorar que a prática extrajudicial tambem é "uma força impulsiva do direito", e possue, a respeito das leis que não estão na corrente dos costumes, um poder de desvio.

CAPITULO VII

O valor do costume

§ I. **A Jurisprudencia dos aotos sociaes.**

§ II. **A rotina costumaria.**

Ha do costume e até da lei, uma noção idea lizada, e por assim dizer romantica, contrária aos resultados da observação social. Essa noção tende a fazer do costume, simplesmente porque é o costume, cego e veneravel, uma fórma superior da regulamentação jurídica.

E' o paradoxo conservador de Taine: "... o preconceito hereditario é uma especie de razão ignorada". Ha, sem duvida, neste paradoxo uma constatação verdadeira, mas formulada por um espirito dogmatico, pois que o melhor direito experimental não é talvez o direito retrospectivo: não basta a um costume ser antigo para ser perfeito, nem ser absurdo para ser prático.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Vamos propôr á sociedade moderna a regressão sistematica aos processos hesitantes do direito primitivo?

Devem os negar o valor do direito escripto numa epoca em que tudo se escreve, com a ingenuidade dos que pregam o retrocesso a uma idade de oiro agricola, num tempo em que tudo se industrializa, mesmo a agricultura?

§ I

A jurisprudencia dos actos sociaes

Qual é a origem do costume? Segundo certo autor alemão, é o genio inconsciente do povo, achando em si mesmo a revelação do direito.

Esta origem mysteriosa e collectiva evidentemente dá ao costume títulos á obediencia dos homens. Mas a verdade é muito simples e de resto facil de perceber, se em vez de se dissertar, com uma terminologia vaga e geral, sobre a origem do costume, se procurar mais modestamente comprehender pelos factos a formação dos costumes num determinado circulo.

Porque ha, na sociedade, uma serie de círculos jurídicos no interior dos quaes os *interessados* fazem para si mesmos o direito: os costumes, quando se formam, não emanam da "vontade geral" ou do "consenso unanime" da nação, elaboram-se por e para cada categoria social.

Ha costumes commerciaes, costumes industriaes, costumes ruraes, costumes territoriaes, costumes administrativos, costumes civis...: os costumes commerciaes nascem das relações dos commerciantes entre si ou com os seus clientes, os costumes do trabalho das relações entre patrões e operarios, etc.

Torna-se necessario dizer que o costume é um contrato tacito? Diremos tão sómente que é a manifestação de um equilibrio lentamente

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

estabelecido entre interesses muitas vezes divergentes ou contrarios, uma especie de termo medio ou de compromisso resultante não d´um consentimento absolutamente livre dado do ponto de vista ideal, mas duma acceitaçâo implícita supposta pelos actos de cada um.

Os costumes são os *subintendidos* necessarios da vida juridica.

O costume dá mostras de ser o fructo d'um *instincto* social, por isso que é o producto de mil intelligencias particulares; mas a razão não o é menos por se exercer dia a dia na ordem dos interesses concretos.

Por certo nem sempre vemos claramente a regra juridica que, procedendo por nós mesmos, contribuímos para promulgar para os outros;... não a vemos, mas fazemo-la.

"Muitas vezes, observou o sr. Tanon, no seu livro sobre a *Evolução do direito e a consciencia social*, a acção commum de muitos individuos produz um resultado que nenhum d'elles tinha em vista..."

E esta jurisprudencia dos actos sociaes, de que somos, em certa parte, embora infinitesimal, os autores responsaveis, é possível que tenhamos mais tarde de soffrer-lhe o reflexo.

Votar a condemnação d'uma casa que acceita operarios não syndicados, é um acto individual, mas este acto individual tem um alcance jurídico e social: contribue para fortalecer um costume que o autor d'esse voto poderá um dia lamentar, se fôr excluído do seu syndicato. A formação dos costumes dá-nos assim uma dupla lição: uma de individualismo, outra de solidariedade...

O costume tem as mesmas qualidades que a jurisprudencia, pois que é uma especie de jurisprudencia, fundada por igual sobre a accumulação dos precedentes. E possue-as no mais alto grau: é mais

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

conforme ás necessidades da acção, pois procede da acção; é mais conforme ao voto dos interessados, pois é feito pelos interessados.

Mas tem do mesmo modo, e mais accentuados, os defeitos das suas qualidades.

§ II

A rotina costumária

Por mudanças limitadas, por transições espaçadas, reflectindo o movimento natural das coisas, por transformações veladas que não se reconhecem a si mesmas, e não vão de encontro ás formulas consagradas senão depois de terem ganhado em segredo os interesses e te-rem-se assegurado da alliança d´um longo habito, por modificações parciaes em que domina o sentimento do opportuno e do possível, o costume parece conferir ás regras que elabora um valor infinitamente superior ao das regras legaes. O sr. Boutmy pensava-o e disse-o em termos d'uma clareza notavel.

Mas o costume tem um dúplo vicio: obscuro, ao nascer, torna-se inerte, logo que se completa.

E' tão difficil, nas sociedades modernas, distinguir o costume da jurisprudencia, que muitos autores consideram a jurisprudencia como a unica fórma contemporanea do costume.

A verdade é que o costume permanece invisível antes de revelado pelas decisões judiciaes, mas nós temos mostrado por bem numerosos exemplos, a actividade fecunda dos usos em todos os domínios da vida jurídica, para que seja impossível negar a existencia do costume. E o papel capital da jurisprudencia, a nosso ver, é precisamente dar uma expressão clara ás tendencias espontaneas da vida social.

Vamos mais longe. Um costume, hoje, desde que é consistente, acaba sempre por ser escripto algures: se não é em uma

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

sentença, é em um tratado de direito, ou em um formulario. Uma tradição jurídica, frequentemente applicada, deixa de ser oral. Porque não ha de inscrever-se então na lei?

Eis ahi portanto para a lei uma primeira e essencial funcção: a lei é para a nação um meio commodo de tomar consciencia dos seus costumes.

E um Codigo pode ser uma excellente *Taboa das materias do Costume nacional*.

Por outro lado ha uma tyrannia dos costumes, porque os costumes, como as leis, téem tendencia para se eternizar e sobreviver á sua propria razão de ser...

Havia, no antigo regime, um grande numero de costumes que se perpetuavam pela força duma tradição adquirida: costumes feudaes que haviam sobrevivido ao feudalismo. As leis da Revolução, destruindo-os, libertaram a França d'um passado jurídico que a opprimia.

Quando um costume é adoptado, torna-se difficil destrui-lo, porque ninguem ousa levantar a mão contra elle.. , e a lei pode d'algum, modo auxiliar a sociedade a engendrar um costume novo.

Emfim, ha costumes condemnaveis. Não se deve tomar á letra a phrase de Ihering: — "O direito deve ser... *tal qual é*". Spencer mostrou como, na Inglaterra, certas fraudes commerciaes se tornaram verdadeiros costumes, á custa do publico. A lei, numa hypothese similhante, pode constituir uma reacção salutar do meio social.

O Estado não tem toda a força, mas é uma força, e d'esta força tem o direito e o dever de usar...

Em que medida e em que condições?

———————

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

SEGUNDA PARTE

O DOGMATISMO LEGISLATIVO E A LEGISLAÇÃO EXPERIMENTAL

Se, a bem dizer, não existe uma sciencia das leis, ha no entanto uma maneira scientifica de legislar.

LIVRO PRIMEIRO

Os elementos da concepção dogmática da lei: defeitos necessários e preconceitos uteis

"O assumpto é inteiramente novo está ainda por achar a definição da lei."

J. J- Rousseau

Da concepção dogmatica da lei, é facil em duas palavras extrahir a essencia: segundo essa concepção, á lei é exactamente o *contrario* do costume.

O costume é a expressão terra-a-terra das contingencias sociaes: a lei deve ser a fórmula abstracta dos principios absolutos do direito. O costume é muitas vezes a acceitação d'uma desigualdade provisoriamente considerada como indestructivel: a lei deve ser, na expressão de Aristoteles, "uma intelligencia sem paixâo", prescrevendo com justa imparcialidade uma regra igual para todos, ricos ou pobres, fortes ou tracos.

O costume só se torna progressivamente obrigatorio pelo assentimento de multiplos interessados, e, antes de ser acolhido pelos tribu-naes, a sua sancção está na coacção diffusa da opinião, não tem outra: a lei deve ser, para a nação, uma regra inflexivelmente obrigatoria por si mesma, e com plena sancção na coacção organizada do Estado.

O costume resume os ensinamentos successivos e parciaes do passado: a lei deve ser uma regra geral, preceito d'uma vontade criadora, dando para o futuro um plano reflectido.

O costume, nascido do uso, desapparece pelo desuso, e desde que é ignorado, cessa naturalmente de ser applicavel: feita para a eternidade, a lei só pela lei pode ser mudada e deve ser indefinidamente applicada mesmo áquelles que não a conheceram nunca.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O costume caminha com passo vagaroso e incerto para um horizonte limitado: a lei deve d'um salto, partir direita ao fim, e realizar d'uma vez o progresso que o costume se deixa arrancar aos poucos.

O costume é o producto natural dos egoísmos rivaes, que encontram a paz em um compromisso: a lei deve a cada um assegurar a liberdade, mesmo pela coacção.

D'este rapido parallelo, resulta com evidencia que a lei, dogmaticamente concebida, não tem do costume nem as qualidades, nem os defeitos.

Mas a definição theorica da lei não vem a ser a da lei *tal qual não é*?

Parece julgar-se que se a lei occupa hoje o vasto campo do direito, é por ter d'ahi expulsado o costume por uma negação victoriosa. Não foi antes por a lei se ter inclinado, também, ante as exigencias da vida social, sem perder a apparencia de a reger?

Numa palavra a antithese da lei e do costume não é sobretudo uma antithese verbal?

E a lei, cessando de desconhecer a sua propria natureza não poderia encontrar numa definição e num methodo novos, as bases d´um accordo com a vida espontanea do direito?

É habil fazer um alliado d'um inimigo que não se pode vencer.

No fundo, ha na concepção dogmatica da lei, ao mesmo tempo que a constatação de defeitos inevitaveis, a expressão de preconceitos uteis: *transposta do absoluto ao relativo*, a noção classica da lei pode conservar o seu valor, na medida em que está prompta a dar as suas justificações experimentaes.

Trata-se sómente de lhe eliminar os postulados inexactos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO I

A Lei como formula dos princípios: existem principios?

§ I. **Os "a priori" de direito racional: não ha, nem pode haver direito theorico.** — 1. Formação historica dos princípios. — 2. As variações do direito ideal; o pretendido direito natural. — 4. Esterilidade jurídica das ideias puras. — 5. Funcção prática das abstracções em materia jurídica.

§ II. **O caracter ficticio da generalidade das regras legaes.** — 1. Papel dos factos particulares na genese das leis. Historia legislativa da revisão dos processos criminaes. — 2. Os meios jurídicos de violar a lei por medida individual. O legislador contra a lei: as "falsas leis"; casos em que a autoridade legislativa põe obstaculo á execução das leis. A desigualação da lei pela administração: o regime do favor. A individualização da lei pelo juiz: o renascimento do caracter arbitrario das penas.

"... Contra a vida, não ha princípios".

CH. BENOIST.

Aos olhos do sr. Boistel, hontem ainda professor da Faculdade de Paris, existe um *direito puro*, de que a ideia de justiça constitue o elemento absoluto, e de que as prescripções imperativas devem ser

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

procuradas nas proprias leis da nossa razão, ‘dado que ella é o reflexo da razão eterna...”

Assim o direito seria mais que uma sciencia de observação: seria uma sciencia de princípios.

Mas então o direito seria ainda uma verdadeira sciencia? Sim, diz o sr. Boistel, como a metaphysica, que é para elle uma sciencia “mais certa”, do que as outras.

Não desdenhamos a metaphysica, “mesmo da Idade-média”. Porque “deve-se procurar o absoluto”, e como attingi-lo senão pelas vias da metaphysica?

Para o estudo do methodo dogmatico em materia social ha um documento de primeira ordem: é o prefacio do livro conhecido de Vacherot, sobre a Democracia. Ahi se pode ver que o dogmatismo da Razão pura o disputa com intransigencia ao dogmatismo da Fé.

Vacherot toma deliberadamente por modelo o geometra, que apresenta a principio axiomas e definições “sem nunca tratar de verificar pela experiencia demonstrações fundadas sobre princípios abstractos e *a priori*”. Não é, com effeito, de toda a evidencia que ha “uma verdade pura em politica” e que a historia não pode “ser nunca um argumento contra a logica”?

Por isso Vacherot expõe com admiravel franqueza o intuito da sua obra: — “Dada uma definição da Democracia, deduzo d'ella todas as consequencias para a Sociedade, para o Estado para o Governo». E accrescenta, com a serena arrogancia d'uma convicção inabalavel: «Se o meu livro tem por si a verdade, pouco importa que a realidade proteste contra os seus princípios e as suas conclusões”.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Assim os primeiros sabios, de que fala o sr. Poincaré, no seu bello livro sobre a *Sciencia e a Hypothese*, ideavam construir o mundo, tirando da experiencia a menor quantidade possível de materiaes.

Que seducção não deve exercer o dogmatismo jurídico sobre o espirito do legislador ?

Porque o legislador, tendo diante dos olhos a ideia pura do direito, seria, segundo a imagem de Jules Simon, como o viajante que segue, sem carta, longe dos caminhos traçados, para o fim descortinado nitidamente no horizonte : elle teria por unico dever não recuar, não parar, não se desviar nunca.

Mas onde estão os princípios? E o dogmatismo não é simplesmente o methodo das affirmações sem provas, disfarçando os sentimentos em axiomas?

§ I

Os "a priori" do direito racional

Não ha, nem pode haver um direito theorico, e um só, offerecido á imitação de todos os tempos ou de todos os países.

Na historia do pensamento jurídico, conhecemos sómente duas especies de "princípios".

Uns são generalizações prematuras sobre dados incompletos: discutíveis como theoremas, podem todavia constituir, num determinado país, numa epoca precisa, direcções uteis.

Os outros, voluntariamente despojados de todo o elemento concreto, local, historico, téem como effeito o aspecto de ideias universaes e immutaveis: mas estas são, como a ideia de justiça, tão geraes e tão vagas, que todos os sistemas podem organizar-se *em torno d'ellas*.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1 – Não ha por assim dizer principio dado por absoluto, que não traga data e não possua nacionalidade: sob a fórmula abstracta, é sempre possível discernir um conteúdo historico.

O *jacto monarchico*, sob o nosso antigo regime, desinvolveu-se pelo duplo esforço dos legistas e dos theologos, na doutrina do absolutismo: a propria theoria do direito divino foi principalmente uma arma de circunstancia da Realeza laica contra o Papado.

O *facto inglês* inspirou a Montesquieu a doutrina da separação dos poderes, e d'um dado experimental a sciencia politica não tardou a fazer uma verdade incontestavel e immutavel, não admitindo nem excepções, nem attenuações: assim a observação perspicaz do mestre torna-se no discípulo religião cega, a ponto de suscitar, por uma reacção natural, nos espíritos livres, uma excessiva incredulidade.

O *facto democratico* encontrou a sua expressão metaphysica na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", obra prima do idealismo politico, em que uma assembleia enthusias-tica se esforçou, segundo o voto do deputado Mounier, por inscrever "os princípios que devem formar a base de toda a especie de sociedade..., axiomas de tal maneira simples, evidentes e fecundos, que fosse impossível desviarem-se d'elles sem absurdo". Mas a nossa linguagem, impregnada d'uma majestade classica, tem sempre sido, na ordem social, muito mais ideologica do que a nossa historia, e, nesse breviario unico do direito puro, cada artigo responde a uma serie de aggravos práticos, perfeitamente determinados, embora subintendidos. Se a consideração dos interesses positivos ahi é menos apparente que nas Declarações analogas da Inglaterra ou da America, é que nós lhe pusemos muita philosophia em volta, mais nada.

Que jurista ousaria hoje repetir os epithetos admirativos que acolheram a promulgação do Codigo civil: - Codigo immortal, resumo da moral universal, arca santa digna d'um respeito religioso? Por isso se lia á

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

frente do projecto do Codigo civil: “Existe um direito universal e immutavel, fonte de todas as leis positivas: é a razão natural, dado que governa os homens”. Thiers, por espirito conservador, persistia ainda em ver no texto imperial o proprio Codigo do universo civilizado, organizando *a melhor fórma possível do estado social*. E por muito tempo, em França, a philosophia do direito foi a philosophia do Codigo. Mas, com o tempo, a carta imperecível dos direitos civis, servindo de regra á França e de modelo ao mundo, tomou, segundo o sr. Renouvier, o aspecto de “uma legislação atrasada”, e esse Codigo, animado, aos olhos do sr. de Tocqueville, de todas “as paixões democraticas”, tornou-se I para o sr. Accollas, a contra-revolução insta liada no coração da sociedade civil. A verdade é que o Codigo tinha, nos seus artigos, condensado a substancia das regras commummente praticadas em França, de norte a sul, e havia acabado a obra, desde muito começada, da unificação jurídica: este pretendido direito ideal era muito simplesmente o auto d'um direito vivido.

Abra o leitor um tratado de direito publico inglês: terá a sensação immediata de estar *em Inglaterra*, e cada instituição, estudada no seu desinvolvimento historico, apresenta-se-lhe com uma physionomia viva e original. Pegue num tratado de direito publico alemão: ficará certo de não estar já em França, não de estar na Alemanha; estará na abstracção. Porque o mundo jurídico, disse um theorico celebre na Alemanha, *é um mundo de abstracções*. Estas abstracções, porém, pela mór parte, téem um alcance puramente germanico, porque são edificadas com materiaes germanicos, e o leitor muito admirado ficará de saber, por tal autor, que, por uma surprehendente coincidencia, a organização constitucional da Alemanha moderna, tão particular ou anormal a olhos estrangeiros, e, digamo-lo, tão profundamente historica, *portanto* tão pouco logica, é precisamente a obra primada sciencia politica.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Maravilhoso resultado d'um methodo que quer unicamente determinar “o conteudo abstracto das regras do direito”, sem se preoccupar com “effeitos exteriores”.

Que de theorias emitidas sobre a natureza jurídica do listado federal! Toda essa logomachia jurídica, geralmente confusa e esteril, se evitaria, se se recusassem a traçar uma definição do Estado federal *em si*, independente das circunstancias de tempo e de logar, quando seria tão simples mostrar, em cada Estado federal, o producto inevitavel da evolução, — explicar, por exemplo, o Estado federal alemão pela Alemanha historica e discernir os seus “verdadeiros títulos jurídicos”, como disse ironicamente não sei que historiador francês, onde elles podiam estar, em Sadowa ou em Sédan.

E' occasião de recordar a phrase do rei Frederico para o seu amigo Voltaire: “o facto, no mundo, cobre-se com o direito como pode.”

2 — A philosophia não abandonou a ambição de estabelecer, como quer o sr. Fouillée, “uma doutrina do direito independente da historia.”

A historia, que é uma leitura immoralissima, parece ao philosopho uma leitura muito pouco jurídica.

Entretanto os direitos historicos são os verdadeiros direitos naturaes, e não ha outro direito natural.

Os philosophos do seculo XVIII, á diversidade das religiões historicas oppunham a bella *unidade* da religião natural, procedendo espontaneamente da alma humana e por toda a parte similhante a ella mesma; mas de todas as religiões, a religião natural é a unica que não tem tido crentes.

Ha direitos, religiões, moraes: não ha Direito, Religião, Moral.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A sociedade em progresso corre após a sua sombra, e esta sombra mobil é o direito ideal: um principio é quasi sempre uma prática idealizada, se não é a justificação imaginada, tempo depois, d'uma prática condemnavel.

Socialmente, uma injustiça que ninguem vê *não existe*, e um absurdo, que todo o mundo acceita, é um elemento do *bom senso*.

Um sociologo alemão, o sr. Simmel, considera o duello como uma necessidade ineluctavel, entre pessoas da mesma condição, para certas offensas: é uma necessidade *alemã*, não é uma necessidade humana. O duello é, numa palavra, necessario, como a condem nação de Socrates era justa: a liberdade de pensar não nasceu unicamente do desinvolvimento do espirito critico, aspecto recente do espirito humano?

Os artigos do direito natural são mais variaveis do que as prescripções da lei positiva, porque a interpretação ideologica dos factos é muitas vezes mais diversa e variavel que os proprios factos: a theoria estabelece sem cessar o plano d'um edifício que jámais será construido.

Um conceito jurídico é, em termos mathematicos, *funcção* da realidade social ou politica; a ideia pura é a synthese inconsciente, ás vezes um aspecto desnaturado, de uma evolução.

Mas persiste-se geralmente em tomar a conclusão por um principio.

3 — Segundo o sr. Planiol, “quando se diz que o legislador deve assegurar a vida c a liberdade dos homens, proteger o seu trabalho e os seus bens, reprimir os desvios perigosos para a ordem social e moral, reconhecer aos conjuges e aos pais direitos e deveres recíprocos, está-se bem longe de fundar uma legislação: está-se bem perto de exgotar os preceitos da lei natural.”

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Não é uma fórma de confessar que o direito natural, superior a tudo, não serve para nada?

Poder-se-ia tambem, na ordem propriamente scientifica, procurar um principio assás elevado para escapar a toda a inspecção experimental. Mas a sciencia continuaria a formar-se, independentemente d'esse principio intangível, como as leis positivas se elaboram independentemente do direito ideal.

O sr. Deslandres, num estudo sobre a *Crise da sciencia politica e o Problema do methodo*, julga encontrar o principio supremo do direito natural no respeito da lei moral: espera assim "reintegrar o absoluto" no domínio politico.

Mas do direito ideal, assim intendido, como deduzir uma lei boa?

As prescripções do direito positivo estão em certo modo ligadas aos princípios do direito natural: é bem visível que não são a sua consequencia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por uma applicação da ideia de justiça, apresenta o principio de que o imposto deve ser estabelecido *em razão* das faculdades do contribuinte. D'esta fórmula, pela via puramente deductiva, pode-se tirar o imposto proporcional ou o imposto progressivo: ha sem duvida motivos excellentes para escolher entre os dois, mas esses motivos não são de ordem logica ou philosophica, são de ordem *experimental* ou *historica*.

Considerada como um momento da nossa historia ou como um estado d'alma nacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tem um alcance definido, uma significação limitada: tomada no seu texto abstracto, pode justificar uma infinidade de soluções.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' preciso pelo menos reconhecer, com Stammler, que o direito natural tem *um conteúdo variável*: é uma fórma discreta de dar a intender; que não existe.

4 — Desde que cristallizou em conceitos, o pensamento jurídico recusa seguir o movimento da realidade: um *a priori* do direito racional não pode confessar que é uma sistematização dos factos e que deve, em consequencia, evolutir com elles.

Na sua obra celebre sobre o *Direito das obrigações*, Savigny contesta formalmente a validade do *titulo ao portador*, porque o *titulo ao portador*, implicando obrigação do devedor para com pessoas indeterminadas, não poderia de maneira alguma entrar no quadro limitado das theorias classicas.

E' isto dizer que as abstracções, inuteis quando vagas, se tornam incommodas desde que querem exercer uma acção precisa ?

De modo algum: o que é perigoso não é a propria abstracção, é a maneira de se servir d'ella.

O direito, como toda a sciencia, tem necessidade de abstracções, e ha de sómente livrar-se de tomar as theorias por preceitos inflexíveis ou as hypotheses por verdades estabelecidas.

Os espíritos sistematicos, muitas vezes, téem vistas singularmente profundas das realidades sociaes: não é preciso alguma imaginação para discernir as relações despercebidas das coisas?

Mas, para fazer uma escolha entre as theorias e as hypotheses multiplas da sciencia jurídica, convem julgá-las *sobre os seus resultados*: não são mais ou menos verdadeiras, são mais ou menos vantajosas.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Assim, entre muitas geometrias, igualmente racionaes, porque estão d'accordo comsigo mesmas, ha, como disse o sr. Poincaré, uma só geometria commoda, porque está d'accordo com os factos.

A liberdade é para Kant um conceito da razão pura. Mais scientificamente, porém, a liberdade não é uma *hypothese* sobre o progresso social? E d'esta hypothese que restaria no dia em que a coacção fosse demonstrada pela experiencia um instrumento superior de bem estar publico?

Qual é em particular o fundamento da liberdade de ensino? E' a ideia pura de liberdade? Não, é antes a crença de que a liberdade de ensino é favoravel ao desinvolvimento do pensamento humano. E d'esta crença, que restaria no dia em que o monopolio do ensino pelo Estado tosse demonstrado pela experiencia um modo superior da organização do trabalho scientifico e do progresso intellectual?

A propriedade individual é uma affirmação do direito procedente da Revolução francesa. Não é, porém, sobretudo uma hypothese sobre o progresso economico? E d'esta hypothese que poderia restar no dia em que a propriedade collectiva, sob fórmas novas, fosse demonstrada pela experiencia um methodo superior de producção agrícola ou industrial?

Examinem-se assim successivamente todos os elementos do direito moderno e sempre se notará que o principio se justifica pelas suas consequencias e não as consequencias pelo principio.

Se ha outros princípios, a humanidade não os affirma senão para os adiar.

Levadas do absoluto ao relativo, as abstracções jurídicas ganham em utilidade o que perdem em dignidade: téem a preencher uma funcção *essencialmente prática*.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ II

O caracter ficticio da generalidade das regras legaes

"A lei considera os assumptos em globo e as acções como abstractas, nunca um homem como um individuo nem uma acção particular."

E' uma definição de Jean-Jacques Rousseau.

Renouvier, que ficará sendo em França talvez o ultimo dos grandes metaphysicos, disse em termos analogos:

"O caracter da lei é regular o universal, de tal sorte que os casos particulares que d'ella dependem se achem regulados por via de applicação ou de execução, sem serem apreciados no que téem de proprio e de differente".

E' evidentemente sob a influencia d'esta concepção que um professor de direito publico, animado todavia de um puro espirito positivo, foi levado a escrever: "O Estado tem o dever de fazer leis impondo a todos o trabalho, — não uma fórma determinada de trabalho, mas *o trabalho em si*."

Em que medida o principio racional da generalidade das regras legaes pode traduzir-se nos factos?

1 — A lei acabada é, na verdade, uma regra geral. Mas nem por isso deixou de ser construída sobre casos particulares: esta genese das leis é uma necessidade propriamente *psychologica*.

É impossivel com effeito, só por esforço do espirito, conceber no espaço todos os aspectos d'uma questão jurídica, por mais simples que seja; o legislador só pode tomar consciencia d'elles se a realidade vier descobri-los a seus olhos, um após outro.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A generalidade apparente do texto desapparece, se se tem o cuidado de ler o relatorio, e é permitido affirmar que todas as leis, senão, pelo seu fim, ao menos pela sua occasião, são leis de circunstancia.

A legislação francesa sobre a revisão dos processos criminaes evolutiu, por assim dizer, de caso em caso.

A Assembleia constituinte julgára, pela transformação profunda do processo criminal, afastar a possibilidade de toda a condemnação injustificada. Mas essa bella confiança na infallibilidade do poder judicial não tardaria a ser illudida. Em seguida a um erro judiciario retumbante, (tratava-se de duas condemnações inconciliaveis por furto d'um lenço) a Convenção viu-se obrigada a reparar a singular imprevidencia da Assembleia constituinte: votou o decreto de 15 de maio de 1793, “relativo aos accusados condemnados como autores do mesmo delicto e cujas condemnações não podem conciliar-se e provam a innocencia d'uma parte ou d'outra”.

Desde o decreto de 1793 até á lei de 1899, todos os textos destinados a ampliar a revisão) ou a modificar o seu processo foram directamente inspirados por uma serie de casos particulares, que de repente vinham pôr em foco a insuficiencia de uma legislação mal promulgada.

Em 1793, o legislador não previra que depois d'uma condemnação por homicídio, se podia um bello dia demonstrar a existencia da pretensa victima, nem que os depoimentos, que haviam servido de base á accusação criminal, podiam perder todo o valor pela condemnação dos seus autores como perjuros.

Em 1808, o legislador não pensou que, se um erro judiciario fosse revelado após a morte do condemnado, a família quereria obter uma revisão posthuma.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Só em 1895, após estas multiplas experiencias, é que o legislador fez da descoberta de todo o facto novo, de todo o documento novo, um caso de revisão muito amplo, muito indeterminado. Mas um erro judiciario, patenteado por uma combinação fortuita de acontecimentos, pode amanhã mostrar a estreiteza d'essa regra geral. O legislador, numa prescripçáo abstracta, tentou fazer caber todos os casos possiveis e legítimos de revisão; mas a realidade é mais fertil que a imaginação do legislador.

Toda a lei que não é uma solução precisa d'uma questão especial é especulativa ou aleatoria, porque se encontra, pela generalidade da sua fórmula, applicavel a uma multidão de hypotheses em que o legislador não pensára.

“Regular o universal”, como disse Renouvier, é um pouco julgar *ás cegas*.

Sem dúvida, fazendo um vestido muito largo, temos a certeza de que poderá servir a toda a gente, mas pode-se affirmar com a mesma certeza que ha probabilidades de não ficar bem a pessoa alguma.

2 — Uma lei, embora do mais restricto alcance, procura todavia, por definição, uma regra identica para especies que podem ser differentes: a lei com effeito cessaria de ser a lei, se se tornasse uma decisão especial, unicamente applicavel a tal ou tal caso individual.

Entretanto muitas vezes se tem visto, na historia universal, d'estas “falsas leis”, prescrevendo com mais ou menos franqueza medidas chamadas de excepção acerca de pessoas determinadas ou de situações particulares.

Um Parlamento evidentemente é obrigado a conformar-se com a legalidade, que elle mesmo estabeleceu. Mas é uma obrigação simplesmente moral, privada de toda a sancçâo efficaz. Ora, a autoridade

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

legislativa é frequentemente chamada a concorrer ao exercício da funcção administrativa; senhora, como é, de tomar qualquer decisão arbitrariamente, inspirando-se em circunstancias de facto á custa das regras de direito, ella pode inserir por exemplo num texto approbativo de um contrato disposições derogatorias dos principios essenciaes da legislação civil, ella pode até quebrar uma convenção anteriormente firmada pelo seu voto.

"Na hypothese d'um Estado que transforma os seus contratos em leis, disse Léon Say, obrigam-se os que contratam com elle, o Estado não. Os contrahentes pôem-se simplesmente á disposição da nação e a nação faz d'elles o que quer."

A applicação d'uma lei traduz-se geralmente por um dispendio; recusar todo ou parte do credito annual necessario á execução duma prescripção legal, é para o Parlamento um meio irregular, mas commodo, de lhe suspender a autoridade, por medida temporaria ou especial.

E' raro que o legislador se resigne a violar tão aberta e directamente o principio tradicional da generalidade das regras legaes; prefere recorrer a processos mais discretos e, para *individualizar* a lei, dá d'algum modo a mão á administração e á justiça.

Ha em um conto de escriptor russo Dorochevitch uma divertida passagem ácerca das isle inflexíveis: "...para o homem emprehendedor tanto retine severa, cruel, fatal, esta palavra desagradavel: *a lei*, quanto é suave, terna, delicada, encantadora de ouvir esta palavra melodiosa: *a excepção*... Obedecer á lei, unica e exclusivamente á lei, não ver em volta senão leis, que destino austero! O mesmo é que submeter-se a vencedores duros, inexoraveis. Ao passo que regular-se por excepções simples, complacentes... é viver no meio dos seus amigos, no meio de amigos promptos a todas as concessões, cheios de condescendencia, desejosos de vos ser agradaveis e uteis."

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Dar á administração os meios de *desigualar* a lei por medida individual é para o legislador uma especie de renuncia; porque, adoçando a lei pelo arbitrio, deixa muito claramente transparecer a impossibilidade de submeter a vida social ao respeito d'uma regra uniforme.

A evolução do direito penal francês consistiu primeiro num grande esforço para substituir o arbitrio do juiz repressivo pelo principio da igualdade dos culpados perante uma lei objectiva e impessoal; a Revolução supprimiu até o direito de graça, instrumento de favor que punha acima da lei penal a vontade caprichosa d'um homem. O juiz devia simplesmente assegurar a applicação mecanica a uma infracção determinada, da pena inscripta no Codigo, sem poder ter em consideração a individualidade do criminoso. Mas, depois da Revolução, a necessidade de individualizar a pena, isto é de a graduar segundo a moralidade do accusado, considerada fóra da materialidade da infracção, conduziu a um verdadeiro *renascimento do caracter arbitrario das penas*; o restabelecimento do direito de graça, a criação do sistema das circunstancias attenuantes, alei de dilação, etc., constituíram estadios d'uma evolução para a justiça *subjectiva*, isto é para a justiça *desigualada*. Por outro lado, a administração, para facilitar a emenda moral dos condem nados, pode a respeito d'elles tomar certas medidas de favor sem falar das amnistias legislativas, que podem, multiplicando-se, annular todo o effeito util das disposições repressivas as mais severas na apparencia.

Pode dizer-se nitidamente que, no campo penal, o legislador perdeu, talvez em excesso, a ambição de “regular o universal”, para deixar á autoridade publica a livre apreciação das situações individuaes.

E' por uma verdadeira abdicação que a lei chegou, numa palavra, a adaptar-se aos factos, demasiadamente multiplos e complexos para serem de antemão previstos e regulamentados.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO II

A igualdade perante a lei, e a luta do individuo pelo direito

§ I. **O poder como medida do direito: os privilegios legaes das classes socialmente preponderantes** — 1. O Codigo civil, direito da burguesia. — 2. O Codigo do trabalho, direito da classe operaria.

§ II. **O beneficio apparente a o beneflolo real das leis de protecção luta dos indivíduos e das classes pela conservação e valorização das seus direitos legaes.**

O combate é o trabalho eterno do direito. Se é verdade dizer: "comeras o pão com o suor do teu rosto", não o é menos acrescentar: "só combatendo alcançarás o teu direito."

IHERING

No reinado da lei, o pobre e o rico teem direitos iguaes... e o pequeno vence o grande se tem por si a justiça: é uma ideia remota, pois que recebeu de Euripides, nas *Supplicantes*, uma expressão que atravessou os seculos.

Historicamente, porém, é uma ideia falsa: o direito nunca foi outra coisa senão uma organização das desigualdades.

Na expressão ironica e dolorosa do sr. Lévy-Bruhl, em *La Morale et la Science des Maeurs*, bello livro que por tantos aspectos prende com a philosophia do direito, — "numa sociedade em que existem castas, a justiça consiste em tratar cada um segundo a sua casta, o brahmane como brahmane, o pária como pária..."

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

E' bem verdade que abandonando-se a noção duma soberania, a dominar os homens de bastante alto para os ver todos no mesmo plano, é difficil affirmar a imparcialidade das leis...

Mas a quem pertence então a soberania? Aos mais fortes, sejam os mais ricos ou os mais numerosos. E' uma constatação, de que o sr. Duguit, na sua obra sobre o Estado, fez uma theoria vigorosa.

Theoria condemnavel, segundo o professor Esmcin, porque substitue a luta dos indivíduos ou das classes ao imperio do direito inspirado pela razão humana.

Não é, porém, a maneira a mais exacta infelizmente de ver a realidade politica, e jurídica, que sem cessar aproxima da ideia de direito a ideia de força, ao passo que a doutrina porfia baldadamente em separá-lás?

§ I

O poder como medida do direito: os principios legaes das classes socialmente preponderantes

O direito das sociedades primitivas é prodigiosamente desigualitario: parece que tomou por fim consciente augmentar a força dos fortes, aggravar a fraqueza dos fracos.

A debilidade physica e a humildade social constituíram por muito tempo um titulo para o desfavor jurídico, e seria, a este respeito, interessante seguir na historia das legislações o martyrologio da criança, da mulher, do escravo, do devedor, do homem sem armas, e sem propriedade.

Como se chamava o direito em Roma? *Jus*, que significa não equidade, mas autoridade. A ideia de força era tão pouco estranha á ideia de direito que o velho processo romano era a imagem fictícia d'um combate, e a conquista parecia o fundamento mais legitimo e mais seguro

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

da propriedade. Das suas rudes origens, ficou sempre ao “direito”, segundo a concepção romana, o caracter unilateral e absoluto d'um poder exercendo-se sobre as pessoas como sobre as coisas, sem limites, nem contrapeso: *o abuso do direito* não era illicito, como tende a tornar-se nas sociedades modernas, era o direito mesmo na sua mais alta expressão... Por isso, observou o sr. Tarde, não ha nada mais natural no mundo do que o direito do mais forte. Consente-se em admiti-lo pelo que toca ás legislações mortas...

1 — Foi a França da Revolução que, depois de Euripides, proclamou mais alto o principio da igualdade perante a lei.

“A Lei deve ser a *mesma para todos*, quer proteja, quer castigue.”

E' um artigo capital da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Mas o Codigo civil, producto jurídico estavel succedendo á efflorescencia de leis ephemeras, não cumpriu, a este respeito, as promessas da Revolução.

“A legislação deve ser sempre favoravel ao proprietario”, exclamava Napoleão, no decurso da discussão da lei das minas, no Conselho d´Estado, e os espíritos mais moderados, o sr. Glasson, no seu estudo sobre *Le Code civil et les Ouvriers*, o sr. Leroy-Beaulieu, no seu *Essai sur la Répartition des richesses*, concordam em reconhecer que a lei francesa, até ao advento do suffragio universal, deu prova, relativamente ao patrão, contra os trabalhadores, d'uma parcialidade sistematica.

A legislação tinha por fim e por effeito pôr juridicamente os salariados á discrição dos seus patrões.

Nas contestações relativas ao salario, a palavra do patrão fazia fé: o patrão achava-se assim legalmente constituído juiz e parte na sua

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

propria causa. O elemento patronal preponderava aliás nos conselhos de arbitragem, e o Tribunal de commercio, não comprehendendo nenhum elemento operario, julgava em appellação.

O operario não podia deixar o patrão para se collocar algures sem ter obtido d'elle a quita, um documento provando o reembolso dos adiantamentos feitos sobre o montante do salario. Era manter ao trabalho salariado um caracter servil, porque o patrão por adiantamentos sistematicos, que reembolsava por suas mãos, sem necessidade de pedir aos tribunaes um titulo executorio, podia ligar o operario por toda a vida á fabrica. Em certas cidades industriaes, muitas centenas de milhar de francos de adiantamentos faziam pesar sobre a classe operaria uma especie de vinculo perpetuo: citou-se o caso de rendilheiras que haviam obtido adiantamentos de 300 francos sobre um salario de 40 centimos. Quando o operario entrava numa fabrica, difficilmente saía d'ella: o contrato de trabalho fechava-se sobre elle como a porta d´uma prisão. Note-se que ao contrario o patrão tinha o direito de o despedir de improviso, sem motivo, sem prevenção, sem indemnização, porque a rescisão do contrato era essencialmente arbitraria.

Nenhuma disposição legislativa vinha limitar o poder, que pertencia ao patrão, de determinar as condições do trabalho; elle podia, por exemplo, ter adstrictas a um trabalho de 16 horas por dia crianças de 12 annos, ou occupar nas tarefas mais rudes, era locaes sem ar, nem luz, mulheres e raparigas.

Emfim os tribunaes castigavam com rigor os grevistas de momento que tentavam por collisões sem duração nem cohesão, fazer prevalecer a força dos braços cruzados contra a dominação unilateral do patrão. Os operarios suspeitos de visar á organização collectiva da sua profissão, viviam de resto sob a vigilancia constante da policia.

“Emquanto o trabalho não se fizer reconhecer por soberano, escrevia Proud'hon, deve ser tratado como servo.”

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A legislação francesa não tinha nessa epoca uma excellente razão para ser favoravel aos pro prietarios? Era inspirada pelos proprietarios, investidos pelo regime consitario, do privilegio do eleitorado politico.

Para proteger os fracos, é inutil pôr acima de tudo o Estado, se se pode impedir os maia fortes de se apoderarem d´elle.

2 – Todos sabem que as assembleias legislativas, animadas na segunda metade do seculo XIX, d'um espirito novo, destruíram um a um os privilegios legaes da burguesia. Do advento do suffragio universal resultou com effeito uma mudança completa na orientação do direito.

Mas o proprio suffragio universal foi o preço d'uma luta: na expressão energica do economista Courcelle-Seneuil, um dos primeiros que propôs em França dar aos estudos jurídicos um caracter menos escolastico, o suffragio universal é de todos os que d'elle se apoderam e portanto tem a força d'um facto. Se as mulheres não o possuem, é porque ainda não o exigiram, nem conquistaram.

Nos países de suffragio universal, a legislação tende a tornar-se um instrumento de igualdade e de protecção, porque é inspirada pela classe mais numerosa. O suffragio dos humildes não é estranho ao desinvolvimento notavel das leis de assistencia, á organização do que o sr. Fouillée espirituosamente chamou a fraternidade autoritaria.

A ideia de justiça paira ao de cima da sociedade, mas só é realizada com fins egoístas.

Sem dúvida, os detentores da força politica obedecem ás vezes ao sentimento d'uma equidade superior ao seu interesse proprio, mas, vistos os exemplos do passado, as concessões graciosas que estão dispostos a fazer, por puro espirito de benevolencia, não equivalera nunca ás reivindicações apresentadas pelas categorias mais fracas como a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

expressão do seu direito estricto. A caridade dos senhores gregos, se alliviava a sorte dos escravos, não ia até desejar a suppressão da escravidão.

Na historia, os fracos só encontraram ainda um meio de engrandecer o seu logar na sociedade e no direito, é tornarem-se fortes.

Assim como o bem-estar crescente das classes produz a sua crescente aspiração para melhor, assim a sua força crescente faz nascer nellas uma crescente aspiração a um direito mais largamente reconhecido.

Os operarios tinham-se auxiliado muito uns aos outros pela greve e pelo syndicato antes de atrahirem sobre si a protecção do Estado legislador. Os operarios das minas, cuja organização é notavel, não são em todos os países os privilegiados da legislação do trabalho? A historia do direito operario é uma escola de energia. E que é, em summa, o direito operario? Uma legislação de classe, como o Codigo de 1804.

Ha na luta pela lei vencedores e vencidos, e raro é que o Estado seja um agente de alta equidade, pois que é elle mesmo uma arma de combate no choque dos interesses. O suffragio universal convem dizer, interpreta a noção, um pouco confusa e contraditoria, da igualdade perante a lei pela ideia mais clara da igualdade pela lei, porque se recusa a conceber a igualdade perante uma lei que reconhece as desigualdades sociaes. E com effeito, é incontestavel que, philosophicamente, a ideia de igualdade é inseparavel da ideia de direito; o reinado do direito puro não pode imaginar-se entre homens desiguaes. Mas a lei não é mais que uma aproximação infinitamente remota do direito ideal e, longe de afastar a ideia de luta, a ideiade igualdade suppõe-a, porque a igualdade social realiza-se sempre contra alguem.

São conhecidos os bellos versos de Sully-Prud' homme no seu poema *La Justice*:

Dans l'espèce humaine aux Codes asservis,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Entre les combattants du champ clos de la vie,

Vous limitez le droit sans assurer la part.

Mas a lei, afim de ser realmente a mesma para todos, pode de officio assegurar a cada um a mesma parte?

Ha na sociedade seres que a lei não pode efficazmente proteger porque são, apesar do seu apoio, *muito fracos* para escapar á derrota

Quer isto dizer que na luta contemporanea, reina exclusivamente o *direito do pulso*? Evidentemente não. Mas se o direito já não é a violencia, é ainda muitas vezes a força. Não é só na ordem internacional que é bom, segundo o conselho de Voltaire, "pôrmo-nos em estado de ser tão injustos como os nossos vizinhos."

§ II

O beneficio apparente e o beneficio real das leis de protecção: a luta dos individuos e das classes pela conservação e valorização dos seus direitos legaes

Se o individuo não tem a força de alcançar um direito, ao menos é preciso, quando o direito lhe provém d'um texto legislativo, que tenha a força de o exercer.

A lei não se defende, com effeito, por si só, e os direitos que ella nos concede são no fundo virtualidades ou possibilidades que pertence a cada um fazer passar ao domínio da acção.

Senão, por nossa inercia, deixamos prescrever a lei contra nós, e é terreno perdido a reconquistar por novo esforço. A luta judiciaria é a fórma normal da luta pelo triumpho dos nossos direitos legaes. E' uma luta penosa porque occasiona para um resultado aleatorio um gasto mais ou menos forte de tempo e de dinheiro. Mas é uma luta necessaria. A defesa do direito é a um tempo acto de conservação pessoal e acto de

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

defesa social. Como disse Ihering, o mais celebre dos jurisconsultos philosophos, se os nossos direitos existem pela lei; igualmente é verdade que é pelo exercicio concreto e repetido dos nossos direitos que nós fazemos viver a lei.

Uma justiça lenta e cara diminue, pois, em grande parte a efficacia dos textos legislativos. Qual é o individuo que não está disposto a acceitar uma somma de illegalídades equivalente á somma dos sacrificios a fazer ou dos desgostos a supportar para obter judicialmente a sua reparação? Ha nesse particular uma especie de quebra dos nossos direitos legaes, variavel conforme a perfeição da organização judiciaria.

Em materia penal, quantos actos escapam a um castigo merecido porque as victimas ou as testemunhas, com receio dos transtornos, evitam dar conhecimento d'elles â justiçai E' assim que tantas pessoas honestas, fazendo prevalecer a sua commodidade pessoal sobre o cuidado do interesse geral, contribuem para enfraquecer a acção das leis repressivas.

Nem os indivíduos, nem as classes, se resignam de boa mente a perder por causa da lei o logar que occupam na sociedade. E' assim que a maior parte das leis operarias, longe de dispensar os salariados da luta, teem dado occasião a novas lutas, “a greves legislativas”, necessarias para vencer a resistencia dos industriaes. Grandes empresas por muito tempo houveram por “nulla e não existente” a lei de 1884 sobre os syndicatos profissionaes: os operarios, com receio d'um despedimento immediato não ousavam fazer a declaração prevista pela lei. D'um modo geral, o industrial é levado a imputar o encargo das leis sociaes antes sobre o salario do seu pessoài do que sobre os seus benefícios proprios, quando não diminue o numero dos seus operarios exigindo dos que ficam um trabalho mais intenso.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Então, como diz Spencer, “o que parece um dom gratuito”, não é um dom gratuito e as concessões do legislador podem ir até parecerem singularmente onerosas áquelles mesmos a quem beneficiam.

A acção das leis não exclue o *self-help* social, e um texto jurídico não é nada se não tem alguem por detrás...

CAPITULO III

A Psychologia da obediencia ás leis

§ I. **Os fundamentos caducos da obediencia ás leis.**

§ II. **O respeito das leis e a ideia da soberania naolonal; o regime democratico, governo do espirito critico.**

§ III. **O enfraquecimento geral e inevitavel da autoridade moral das leis e a psychologia comparada da obedienoia ás leis.**

“A autoridade é uma força que depende, não da vontade de quem domina, mas da consciencia do que se submete.”

KORKUNOF

Se bastava outrora affirmar a lei como um dogma, parece que se torna hoje necessario demonstrar cada lei como um theorema.

Ora, sem querer aqui recordar os ensinamentos da psychologia das multidões, nem tentar o esboço d'uma psychologia da crença, bem podemos dizer que uma affirmação energica, por mais despida de provas que seja, communica ao maior numero uma força de convicção, ou, se assim o querem, de suggestão, que excede

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

infinitamente a da demonstração mais rigorosa. Desde o momento que já não é irreflectida a obediencia á lei perde o valor d'um instincto social para se tornar um acto de razão individual. Transição temível! Porque muitos espíritos pouco cultos, que cediam â força hereditaria do instincto, ainda não são capazes de um acto de razão. Apesar do voto de Auguste Comte, os ignorantes estão menos que nunca dispostos a renunciar espontaneamente o seu direito de exame em materia social... 0 sr. Gustave Le Bon fez a justa observação de que os povos, nem por muito raciocinar, muito téem ganhado. Mas que fazer se raciocinam?

O scepticismo moderno, fórma vulgar da dúvida methodica inspirada pelo espirito scientifico, se nos deu um pouco de tolerancia, levou-nos, em uma larga medida, o preconceito util do respeito que, como todos os sentimentos, se desvanece quando procura analysar-se.

Ora, se é já muito difficil restaurar com fidelidade uma obra de arte, podemos julgar possível resuscitar um sentimento?

§ I

Os fundamentos caducos da obediencia ás leis

A historia, que respeita ao passado, descreve-nos uma epoca em que a religião, no dizer do jurisconsulto alemão Ihering, collocava o direito num recato que, por si mesmo, fazia nascer a veneração. Todos os direitos primitivos eram direitos religiosos: eram a religião mesma nas suas applicações sociaes as mais essenciaes e as mais immediatas. Assim, pela sua origem magica ou sobrehumana, o direito escapava aos embates da critica popular. Mas, nas sociedades civilizadas, o direito é puramente laico, e a religião cessando, a seu pesar, de ser jurídica, quasi tem cessado de ser social.

No tempo da monarchia absoluta, as pres-cripções do direito consagrado, ainda Iluminadas por um reflexo de direito divino, ficavam superiores á nação governada e impunham-se-lhe, como a ordem

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

incondicionada d'uma vontade superior por essencia. Mas, de facto, nas nações modernas, até mesmo naquellas em que o monarcha manda, é raro que elle legisle, e, se promulga as leis, ou conserva o direito de as violar, não foi elle quem as fez.

A noção moderna da soberania do Estado impessoal constituiu uma tentativa de alto valor para salvaguardar theoricamente a autoridade irrefragavel das leis, já aproximadas da humanidade commum. E' de resto o seu fim reconhecido e a sua unica justificação. Mas nos países em que a soberania perdeu o supporte do poder pessoal, já não se encontra no sceptro d'um monarcha hereditario o seu symbolo visivel, as definições tradicionaes do Estado já não respondem ao sentimento profundo da multidão. O Estado é soberano*, mas onde se encontra o Estado*?

A quem pode incumbir, pois, o officio necessario de prover á manutenção da disciplina social, se não á propria nação, senhora dos seus destinos? A soberania nacional, segundo a fórmula do professor Esmein, !é a interpretação jurídica exacta e adequada d'um facto social incontestavel e que se impõe: *a obediencia*...”

§ II

O respeito das leia e a idéia da soberania nacional: o regime democratico, governo do espirito critico

Ao primeiro exame, a ideia da soberania nacional parece, com effeito, de natureza a fortificar singularmente a lei, porque lhe dá uma base mais extensa.

E' possível conceber sem absurdo, em a nação, uma autoridade superior ou concorrente á propria nação, tomada na sua totalidade?

Mas esta soberania, que o jurista attribue á nação, cada cidadão tende a attribui-la toda a si. A soberania nacional, considerada não d'uma maneira abstracta, mas na consciencia do maior numero, é a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

soberania da razão individual ou do egoísmo privado. Ora, é como sentimento publico que um principio de direito constitucional adquire o seu valor real. E' conhecido o sophisma lapidar de Lamartine: Todo o francês é cidadão, todo o cidadão é eleitor, todo o eleitor é soberano. Portanto a lei não é mais que uma obrigação tomada pelo eleitor para comsigo mesmo, e cujo vinculo fragil elle moralmente tem liberdade de romper, se as suas ideias ou os seus interesses mudam.

Desobedecer á lei, não é afinal uma maneira de a modificar sem formalidades?

Consoante observou sr. Boutmy, a realeza ainda dá mostras de absoluta, mesmo nos países em que deixou de o ser effectívamente. Nas democracias, pelo contrario, a nação, personificação incomprehensível na sua unidade, não pode dar á lei "a alma profunda do mando", e é por isso que, onde ella proclamou a sua autoridade soberana, não dá mostras de a exercer. A nação é soberana, *mas onde está a nação*? Está na maioria parlamentar.

"E' preciso obedecer aos superiores, porque são superiores", como disse Pascal, com a ironia dolorosa do seu pessimismo. Mas os detentores effectivos da autoridade publica são, pela origem directa ou indirecta do seu mandato, os servidores da nação. Ora, uma autoridade obrigada a justificações é já singularmente enfraquecida, e, se não se crê nella, está muito perto de deixar de crer profundamente em si propria.

Por isso mesmo, se ninguem tem o direito de violar a lei, todos temos, sem contestação, o direito de a criticar, Ora, querer que o individuo observe uma lei da maneira mais escrupulosa no proprio momento em que elle a declara radicalmente má e em que presente a sua abrogação proxima e inevitavel, é pedir-lhe, como o notou com finura o sr. Gustave Lanson no seu estudo pedagogico sobre "o Respeito das Leis", um verdadeiro "tour de force" psychologico.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Se a agitação contra uma lei se produz sob a fórma de manifestação collectiva, é ainda mais escorregadia a passagem do protesto verbal á desobediencia effectiva. Violar a lei a sós é um delicto; com mil, um motim; com cem mil, uma revolução, e a multidão, se é bastante numerosa, vai haurir na sua propria força um direito superior a toda a legalidade, porque julga traser em si uma legalidade nova.

Não seria mais facilmente obtida e mais completa a submissão a ordens subtrahidas á discussão? Sem dúvida nenhuma, a lei seria mais forte se tivesse tempo de se tornar uma tradição. Mas nas sociedades modernas, animadas de um ideal sistematicamente progressivo, a Instabilidade das leis é mais que um facto: é quasi um principio.

Assim, a ideia da soberania nacional, que assegura *juridicamente* â lei o tundamento mais largo e mais solido, tende *psychologicamente* a enfraquecer-lhe a autoridade moral, porque ella dispersa o Estado e individualiza o direito. Não se podia definir o regime democratico parlamentar a um tempo no que tem de melhor e de peor: o governo do espirito critico?

§ III

O enfraquecimento da autoridade moral das leis e a psychologia comparada da obediencia ás leis

O enfraquecimento da autoridade moral das leis é um tacto *geral* e um facto *normal*; resulta da propria evolução da organização politica e do espirito humano.

O que importa dizer que o legislador contemporaneo deve perder numa larga medida “a sua fé tranquilla em ser obedecido”.

Em França, particularmente, a autoridade moral das leis tem raízes pouco profundas na alma popular. O appello constante á intervenção do Estado não produz de modo nenhum o respeito da legalidade; o regime do favor, que resulta do esforço perseverante

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

desinvolvido por cada cidadão para escapar pessoalmente á ap-plicação da regra commum, é uma transposição democratica da paixão do privilegio e por conseguinte um legado do antigo regime. As revoluções e os golpes d'Estado, em vez de corrigirem na nossa mentalidade o mysticismo do Estado soberano, mostrando-nos a fragilidade dos seus fundamentos, sómente nos téem ensinado como por um lance feliz qualquer se apodera da soberania legislativa e governamental. A Egreja catholica, que é um Estado desapropriado, manteve no espirito dos seus fieis a preemiriencia da lei religiosa sobre as leis civis, e lançou o anathema sobre um certo numero destas: lei do divorcio, leis escolares, leis das associações e congregações, lei da separação das Egrejas e do Estado. O movimento operario, que tem a sua expressão dogmatica no collectivismo, não poude ainda adquirir o respeito d'uma lei até agora inimiga, e nós dissemos já como a classe operaria, segundo a illusão tradicional, tendia a transformar a força crescente das instituições syndicaes numa soberania unilateral e illimitada. E a classe média que temeu sempre a illegalidade tumultuosa e sangrenta do motim, não tem mostrado a mesma repugnancia pelas illegalidades pacificas e secretas que consti-tuem o pão nosso do arbítrio administrativo e contribuem para minar por invisíveis fissuras o regime da legalidade. É um erro commummente diffundido, julgar que a Inglaterra é uma nação profundamente raspeitadora da legalidade: lá, o juiz de bom grado ridiculariza a lei, e o facto de um texto haver sido muito violado é um argumento valioso em favor da sua abrogação. A verdade é que o Parlamento inglês, duvidando prudentemente de si mesmo, penetrado, como notou o sr. Boutmy, do “caracter suspeito e muito relativo da sua obra”, respeita muito uma nação moderadamente respeitadora dos estatutos legislativos e esforça-se por lhe tornar a obediencia mais facil, a fim de a obter mais seguramente.

O espirito alemão na ordem social, caracteriza-se por uma hypertrophia do sentimento da disciplina. “A mania da autoridade, na

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Prussia, não tem limites. Do poder passa aos agentes, dos agentes aos simples particulares. Mal um sujeito tem sob as suas ordens um ou dois servidores, entra logo a legislar... Por isso se encontram regulamentos a cada canto...” Este traço da mentalidade alemã, espirituosamente notado pelo sr. Jules Huret, explica a docilidade natural dos administrados ás determinações da autoridade publica. Uma lei incommoda é frequentes vezes illudida em França; na Alemanha seria sem dúvida applicada. Quanto aos ingleses, é provavel que não a tivessem votado...

A força obrigatoria das leis, que varia segundo a constituição mental dos povos, pode tambem variar segundo a materia. No campo religioso, intellectual ou moral, o imperativo da consciencia social vai de encontro ao imperativo da consciencia privada; o poder das leis detem-se diante da soberania da pessoa sobre si mesma, porque se nalguma parte se encontra a soberania, não é no Estado, é no individuo.

Assim se pode dizer que se as leia são obrigatórias, não o são em toda a parte e sempre da mesma maneira, nem com a mesma intensidade; ora, se a obrigação legal, por si propria, obriga menos, deve simultaneamente ser melhor justificada e ter melhor sancção: trata-se da propria efficacia das prescripções legislativas.

Não é curioso notar a proposito que os povos são de um modo visivel levados a respeitar menos a lei, no momento preciso em que por um movimento quasi geral, parecem querer exigir-lhe mais? Esta contradicção intima attinge o seu ponto extremo nos períodos revolucionarios; a legislação é então superabundante e inappliçada... Porque o poder das leis, em grande parte, é feito da disciplina voluntaria dos cidadãos: esta disciplina vem a faltar? Se ha ainda uma sociedade, já não ha legislação. E' certo que, para ser obedecido sem constrangimento, o legislador se verá cada vez mais na difficil necessidade de fazer leis excellentes, impondo-se pela sua reconhecida utilidade, pela sua evidente equidade á adhesão calorosa da consciencia social: a lei hoje obriga antes

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pelo seu conteudo, do que pela sua origem, e, sendo boa, obedecer-lhe não é um dever, é uma necessidade.

Não queremos dizer que o respeito das leis tenha desapparecido, mas transformou-se: é um respeito critico, o unico que effectivamente pode ser exigido d'uma nação intelligente e animada do espirito de discussão.

Nenhuma ficção pode dissimular este *facto psychologico*, de que pertence ao legislador meditar as deducções práticas.

CAPITULO IV

A luta do Estado pela lei

§ I. **A especiallisação da Industrla de administrar o preço das leis.**

§ II. **O fraco resultado da coacção.** — 1. A decadencia das sancções legaes: progressos parallelos do direito penal e da criminalidade. — 2. O crime, industria privada; a repressão, industria do Estado. O melhor direito penal, uma boa policia. — 3. Difficuldade de forçar a vontade individual, collaboração necessaria das forças espontaneas. Substituição nas relações entre o Estado a os particulares, da subordinação pelo cooperação, da hierarchia pela as-sociação. — 4. O codigo penal, moral do Estado. Utilidade jurídica da moral privada. A abundancia das leis como symptoma do abastardamento dos costumes.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A ideia de coacção é a bem dizer a ideia jurídica: se as regras do direito se distinguem das prescripções da moral, é, principalmente, porque téem *sancção*.

Mas a sancção das leis é toda relativa: o Estado, porque é o Estado, não é necessariamente senhor de impôr pela força a todos os cidadãos a observação integral das suas obrigações jurídicas e, de um modo geral, se os cidadãos respeitam a lei é porque querem respeitá-la.

Uma lei que não é d'antemão acceita pelos costumes é uma especie de declaração de guerra do Estado á sociedade, e quando o legislador não cuida de munir o Estado de armas efficazes, expõe a lei a uma derrota certa.

Ora não é absurdo, conforme justamente observa o sr. Leroy-Beaulieu, manter em uma legislação uma serie de disposições inapplícavcis, a pretexto de que seriam uteis, se pudessem ser applicadas?

§ I

A especialização da industria de administrar e o preço das leis

O Estado é a organização da coacção jurídica: é pois natural que o numero dos funccionarios se eleve parallelamente á multiplicação das leis, porque o Estado não existe, no ponto de vista concreto, senão pelos seus agentes. Assim uma lei nova tem por corollario indirecto, mas inevitavel, um artigo novo do orçamento annual.

E' verdade que o legislador pode indefinidamente votar textos sem augmentar os quadros da administração, mas então toda a legislação fica deprimida, porque cada lei é applicada um pouco menos.

Na maior parte dos países, começa-se a dar conta de que a execução das leis é uma especie de industria extremamente difficil e complicada, e, como todas as industrias, deve obedecer ao grande

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

principio da divisão do trabalho. A' medida que a coacção do Estado pretende tornar-se mais extensa e mais penetrante, os orgãos executivos desinvolvem-se e diversificam-se: ha *administrações* antes que uma administração, policias antes que uma policia. A necessidade da especialização é uma das razões, senão a unica, do phenomeno bem conhecido da *scissiparidade* das repartições ou dos serviços nas administrações publicas.

Antes de 1874, o legislador francês não se tinha preoccupado de fórma alguma em assegurar com a instituição de agentes particulares a applicação das disposições já numerosas concernentes ao trabalho na industria: era, no seu espirito, uma missão nova para a policia geral. Em 1874, a experiencia d'este sistema estava feita, e bem feita: as leis sociaes achavam-se quasi mortas. O cuidado de organizar a inspecção dos estabelecimentos industriaes foi entregue então aos departamentos, mas, só o departamento do Sena se desempenhou seriamente d'esse pesado encargo. Emfim, em 1892, o proprio Estado decidiu-se a encarregar-se da defesa das leis operarias, criando um corpo especial de inspectores do trabalho, sob a direcção do governo central. Visando & economia, o Estado só instituiu, porém, um pequeno numero d'estes funccionarios indispensaveis. No actual momento os agentes da inspecção, que não excedem ainda muito a *centena*, são encarregados de vigiar empresas que, pela extensão progressiva das leis operarias á pequena industria e ao pequeno commercio, senão tambem ao trabalho domestico e ao trabalho nos domicílios, não estão muito longe de attingir *o milhão*. Com a melhor vontade do mundo, o inspector não chega a visitar, uma vez por anno, cada estabelecimento da sua circunscripção. E' portanto um serviço que não custa ainda bastante caro...

Pela transformação recente d'uma legislação reconhecidamente inefficaz, a repressão das fraudes commerciaes tornou-se em França mais activa. Não se sabe se a legislação nova vai pôr um freio ás falsificações, mas é certo que está a ponto de cobrir o territorio

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

com uma rede de laboratorios de chimica oficialmente organizados ou approvados. Por isso mesmo o legislador comprehendeu tão nitidamente que fonte de despesas podia ser este regime que limitou a um maximo o numero das amostras a receber dos commerciantes, para verificar pela analyse a sinceridade dos seus productos.

O Estado pode ter na ordem social as intenções mais variadas. Mas ha apenas um meio e *só um* de as realizar: é a lei. Ora que pode a lei criar? Impostos e funccionarios.

Quer dizer: se a lei algumas vezes é util, nunca é gratuita.

§ II

O fraco resultado da coacção

1 — Nas sociedades modernas, a lei, que obriga pouco, tem má sancção; a evolução do direito penal com effeito produziu-se no sentido de um abatimento constante da repressão.

A repressão rapida, energica dos actos reprovados pelo sentimento collectivo, é todo o direito penal dos povos barbaros; não é, e *já não pode ser*, no estado presente dos espíritos, o objecto unico das leis penaes regendo uma nação civilizada.

As garantias da liberdade contra os procedimentos arbitrarios da policia ou da justiça estão no primeiro plano das nossas preoccupações. Ora, o respeito da liberdade individual enerva a acção repressiva, porque occasiona uma regulamentação estreita do processo. Sistematicamente, para salvaguardar um innocente, a lei contemporanea permite a cem culpados escaparem ao castigo. Os juizes de instrucção, cujos poderes o legislador tende cada vez mais a limitar, encontram-se cm certo modo desarmados em face do delinquente: isto é tão verdade que elles de bom grado retardam o momento de se assenhorearem plenamente do assumto, afim de deixarem aos officiaes de policia

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

judiciaria, cuja independencia é mais completa, o cuidado de investigar os primeiros elementos da verdade.

A introducção do regime judiciario francês na Argelia, produziu uma recrudescencia notavel da criminalidade indígena. Por isso em 1902, o governo, reconhecendo a necessidade prática de resuscitar tanto quanto possível os processos simples e expeditos da antiga justiça arabe, criou os tribunaes *repressivos*: o proprio titulo da nova jurisdicção era significativo. Mas os decretos de 1902 levantaram immediatos e vehementes protestos: para melhor assegurar a repressão, haviam simplesmente sacrificado os princípios essenciaes da nossa legislação penal, e, para fortificar a acção da justiça, tinham gravemente despresado os direitos da defesa. Mais tarde foram modificados em sentido liberal. Não deixam, porém, de constituir, a respeito dos indígenas argelinos, uma regressão manifesta do direito penal. Não é duvidoso que tal regressão, se se impunha na Argelia como uma adaptação das instituições judiciaes francesas á mentalidade arabe, seria em grau igual impossível em França. Os direitos da defesa são uma acquisição definitiva da legislação contemporanea.

No principio, o direito não exigia d'uma sancção senão que fosse sancção: para ella era um merito ser cruel, se parecia efficaz. Hoje a pena não é só uma pena, é um meio de rehabilitação. Por outro lado, não deve ser nem irreparavel, porque pode ferir um innocente, nem atroz, porque a lei, mesmo no culpado, respeita a pessoa humana: esta dupla condição exclue as penalidades as mais terríveis, isto é os castigos corporaes, e se em todo o país ainda não deu logar á suppressão da pena de morte, não deixou de tornar a sua applicação singularmente rara.

Emfim a sciencia moderna, abalando a noção metaphysica de responsabilidade moral fez vacillar o fundamento tradicional do direito de punir: a querer-se exactamente definir o individuo plenamente responsavel, isento de toda a tara physiologica, hereditaria, ou pessoal, acaba-se por perguntar se a responsabilidade sem attenuações não é a

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

característica do homem honesto, que pela rectidão mesma da sua vida demonstra a saude do seu corpo e do seu espirito. Tendo por costume ligar a noção de pena á de responsabilidade, não admitimos ainda esta ideia muito simples — se todos os criminosos fossem irresponsaveis, seria preciso ainda assim um direito penal.

Todas as ideias, *hoje indestructiveis*, que na legislação vieram alterar a ideia primitiva d'uma repressão immediata e implacavel, determinaram d'este modo uma especie de evolução para a impunidade do crime. Ha da inefficacia das sancções penaes, nas sociedades modernas duas provas decisivas: o augmento dos actos delictuosos e o augmento da reincidencia. Parece até que o desinvolvimento da criminalidade tem sido parallelo ao progresso do direito penal.

As leis civis téem naturalmente sancção de uma fórma menos rigorosa do que as leis criminaes. Mesmo em Roma, os credores não puderam conservar por muito tempo, se alguma vez o exerceram, o direito de dividir entre si o corpo do devedor. E nos países onde a prisão por dividas foi abolida, pode-se dizer que, *para o insolvente*, já não ha lei em materia civil.

2 — Num relatorio dirigido, em 1907, ao presidente da Republica francesa, o ministro da justiça exprimia-se assim: — "Nenhum progresso tem sido realizado pela justiça nos meios de chegar á descoberta da verdade, quando os criminosos utilizam todos os recursos que lhes dá a rapidez das communicações para se afastarem do theatro do seu crime ou criarem um alibi. Os seus procedimentos delictuosos modificam-se com o progresso da sciencia, ao passo que os processos da instrucção criminal permanecem estacionarios."

Explica-se assim que, durante o anno de 1904, houvesse em França mais de cem mil actos delictuosos, cujos autores permaneceram desconhecidos, e que a metade pelo menos dos culpados, em materia propriamente criminal, chegasse a subtrahir-se a toda a repressão.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Sem dúvida o legislador francês esqueceu um tanto que o melhor direito penal é antes de tudo uma boa policia, e que só a certeza do castigo pode resgatar a moderação das penalidades.

Mas a policia, por mais bem organizada que seja, é uma empresa do Estado, o crime uma industria particular; e a luta pela lei põe em presença a acção governamental e a iniciativa individual em condições particularmente desfavoraveis para a autoridade publica. Os que atacam a legalidade não téem sobre os que a defendem a vantagem da offensiva?

As infracções da lei ficariam pela maior parte ignoradas, se as pessoas lesadas não as levassem ao conhecimento da justiça; por si mesma, a policia mais numerosa e mais diligente não poderia descobrir todos os actos delictuosos, nem prender todos os delinquentes, porque um mesmo cidadão não se encontra collocado, d'uma fórma permanente, sob o raio visual da autoridade publica.

E' sabido que a lei francesa autoriza as sociedades de corridas a organizar a aposta mutua no recinto dos seus hippodromos e prohi-be, pelo contrario, com penalidades severas, a aposta feita fóra dos campos de corridas. Ora, é de notoriedade publica que o montante das apostas effectuadas nas agencias clandestinas attinge, se não excede, o montante das sommas occupadas na aposta mutua. Os indivíduos processados não constituem por certo senão a pequena minoria dos delinquentes.

No campo fiscal, lutando pela lei, o Estado combate por si mesmo, pois que vive e se desinvolve pelo imposto. A' medida, porém, que a cifra do imposto se eleva, a intensidade da fraude augmenta. Afim de impedir a materia tributavel de se dissimular ou fugir, o Estado vê-se obrigado a multiplicar as formalidades incommodas, senão vexatorias, como se em todo o contribuinte houvesse um defraudador eventual, e, para inspirar aos seus agentes mais ardor ou mais liberdade, ás vezes vai até fazer-lhes sentir por meio de premios, o aguilhão d'um interesse pessoal. Emfim, para assegurar a percepção do imposto, resta ao Estado

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

um meio supremo, é deitar a mão á materia tributavel. Assim nascem os monopolios fiscaes: em França, o monopolio do tabaco ou o dos phosphoros não téem outra origem nem outra razão de ser.

Em materia fiscal, a acção do Estado é tanto mais vigorosa quanto mais forte é a resistencia dos particulares. Mas a autoridade publica nem sempre tem na execução das leis um interesse directo, e acontece então que a multiplicação dos actos delictuosos, em vez de aggravar a repressão, a desanima. O numero das infracções levadas a juízo, em virtude da lei de 1873, sobre a embriaguez publica, diminuiu desde o principio, 50 %: durante esse tempo, o alcoolismo tornava-se um perigo nacional.

Os homens que julgam ou administram não estão isolados do meio social: se téem por dever profissional fazer respeitar a lei, não soffrem menos a influencia da opinião.

Na verdade, como lutaria a autoridade publica energicamente pela lei, se é obrigada a lutar sósinha contra todo o mundo? Não se percebe por que razão as virtudes que faltam aos cidadãos hão de encontrar-se nos funccionarios...

É assim que muitas penalidades, contrarias ao sentimento publico, cessaram de ser applicadas antes de serem abrogadas. As penas muito elevadas provocam da parte dos jurys absolvições sistematicas.

E' assim, infelizmente, que muitas leis excellentes, como a lei francesa sobre a saude publica, dão resultados quasi nullos, porque levam avanço ao espirito publico e a energia administrativa, a querer executá-las, gasta-se, por assim dizer, com a multiplicidade dos attritos.

3 — Do fraco resultado da coacção deve-se concluir, em primeiro logar, que nas relações entre o Estado e os particulares, o elemento essencial é a *cooperação*, não a *subordinação*.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Viu-se na historia, apesar das sancções draconianas, o mallogro absoluto dos emprestimos forçados. A coerção não é, para o Estado, o meio mais facil e mais economico de arranjar dinheiro.

Pelo contrario, quando a consciencia cummum reconhece a legitimidade d'uma medida fiscal, acceita-lhe o encargo sem protestar. O que ha de admiravel no sistema fiscal francês é a boa vontade do contribuinte.

A verdadeira sancção das leis é o assentimento do maior numero, que, não só previne as infracções, mas ainda impelle o Estado a castigar os dissidentes.

Sem dúvida a lei é um preceito unilateral e sem replica: excellente definição para os cidadãos, cuja obediencia ella tende a assegurar. Mas outra, exactamente opposta, seria precisa para uso dos legisladores: a lei é uma especie de concordata, desenlace pacifico de negociações conduzidas entre os interesses rivaes ou adversos. Se o Estado nada pode sem a collaboração das forças espontaneas, cada um de nós, na esphera modesta da sua acção, torna-se um pequeno governo, participando da execução das leis. Onde está o individuo que não possua na sociedade um poder, de que seja senhor de usar pro ou contra o Estado?

O Estado deve pois contar com o individuo, mas o individuo deve comprehender que a melhor lei é esteril, se elle não presta o seu auxilio ao Estado. Ha, entre os dois, antes uma *associação* que uma *hierarchia*. O Estado não é no fundo uma fórma de operar da sociedade?

4 — As sociedades modernas já não téem religião d'Estado, mas téem ainda uma moral d'Estado: é o Codigo penal.

Esta moral d'Estado, porém, não basta por si mesma, pois que as sancções legaes, signal exterior da reprovação publica, não podem nem

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

impedir o regresso, nem prevenir o desinvolvimento dos actos prohibidos por ellas.

A abundancia das leis penaes é o symptoma mais grave do abastardamento dos costumes: quantos textos, — por exemplo, as leis sobre a vadiagem especial ou a pornographia, são muito menos remedios efficazes que terríveis revelações!

Não ha necessidade de reprimir a anthropophagia...

Para o sr. Durkheim, “é normal que em toda a sociedade haja crimes”. Ainda mais “a existencia d'uma criminalidade... é indispensavel á saude collectiva”. Numa sociedade sem criminosos reinaria “um nivellamento das consciencias... que não é possível, nem para desejar...”

A verdade é que a criminalidade, pela insufficiencia irreparavel da repressão, é uma doença chronica e incuravel da sociedade.

Se ella não se extende ao ponto de sequestrar o doente, é porque o individuo teme as sancções da moral d'Estado? E' porque, geralmente, o individuo, como já se disse, pela moral privada, é *agente de policia sobre si mesmo*, e, pelas boas intenções que fazem o homem honesto, encontra-se naturalmente impellido ás boas acções, que fazem o bom cidadão. A obrigação moral é a armadura invisível da obrigação jurídica, e a intelligencia, que concebe a lei, não tem valor prático senão pela vontade que a executa.

A moral tem um caracter social e sempre conforme ao egoísmo collectivo, se está ás vezes em contradicção com o interesse individual. Pode-se passar sem moralidade comsigo mesmo, mas todos temos necessidade da moralidade dos outros. Ora, da vida em sociedade, se acceitamos os benefícios, devemos tambem supportar os riscos... é uma operação geral e simultanea. Toda a moral reside nisso: convem respeitar as regras do jogo.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Na justíssima expressão de Max Nordau, a consciencia é em nos o representante da opinião publica. Uma forte moralidade é por isso mesmo o esteio indispensavel das ordens ou das prohibiçòes da lei. Permite ao Estado, em larga escala, fazer a *economia da coacção*.

CAPITULO V

A illusão de legislar para o futuro; atraso necessario das leis sobre os factos

§ I. **O papel normal da lei: a consagração dos factos adquiridos.**

§ II. **O poder revoluclonarlo da Invenção e a linha quebrada da evolução.**

§ III. **As sobrevivencias legislativas.**

§ I

O papel normal da lei; a consagração doa factos adquiridos

"As relações da vida contêem em si mesmas as leis que as devem reger."

F.GÉNY.

E' por uma especie de miragem, formando-se na penumbra dos tempos lendarios, que as codificações primitivas, — lei de Manu, lei das Doze Taboas ou Alcorão, foram consideradas pelos povos como o producto arbitrario duma vontade divina ou humana: no seu conjunto são apenas compilações ou resumos de usos preexistentes, ligeiramente modificados, numa palavra, "costumagens", análogas ás da nossa idade-média.

Dá-se coisa diversa com as leis modernas? Temos largamente demonstrado, por uma serie de exemplos tirados de todas as partes do

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

direito, que a lei, hoje como outrora, não é, na sua funcção essencial, senão um modo de redigir o costume: as assembleias politicas téem a iniciativa das leis, mas é certo que téem até aqui deixado á jurisprudencia e aos costumes a iniciativa do direito.

Como podiam cilas, de resto, proceder differentemente? Ao legislador não se pode pedir que resolva um problema jurídico antes de este se apresentar, de maneira nitida e instante, sob a fórma de uma questão de interesse collectivo. Ora a vida jurídica, para realizar summariamente as suas exigencias, não aguarda a permissão expressa do legislador, e quando este se encontra prestes a tratar de fazer uma lei, acontece ás vezes estar ella, antes d'elle e sem elle, quasi meia feita. O voto d'um texto legislativo impõe-se, d'alguma sorte, no momento preciso em que o movimento dos usos ou dos julgamentos, tomando uma direcção firme, um sentido preciso e certo, vai torná-lo quasi inutil.

O sr. Gabriel Tarde, que tem emitido em ordem dispersa, tantas ideias penetrantes sobre a evolução jurídica, observou justamente que um principio ou um processo, por mais incommodos ou antiquados que sejam, esperam, para desapparecer, que um principio novo tenha encontrado a sua fórmula, que um processo novo tenha tomado consistencia.

Sem dúvida o legislador tem o firme proposito de innovar, e, em cada uma das suas leis, julga as mais das vezes fazer de criador. Olhando porém de mais perto, percebe-se que a machina de fabricar leis gira no vacuo e não produz nada, quando não tem para moer o bom grão das ideias feitas e dos usos recebidos, quando não tem ao menos para amassar a materia prima d'uma concepção vigorosamente enraizada no espirito publico ou d'uma instituição largamente esboçada na prática.

“O Estado pode tudo, pois que faz as leis”, disse o economista Schmoller. Não faz porém as leis como quer, e mesmo se legisla para o

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

futuro longínquo, é obrigado a legislar sobre os dados do passado, dados moraes ou dados estatísticos.

Ha a acrescentar que o legislador não trás ao exame das questões novas um espirito absolutamente livre, porque está sempre, dalgum modo, aferrado ás leis anteriormente promulgadas. Ordinariamente, observava o sr. de Tocqueville, julgam-se as sociedades que nascem, com as ideias d'aquellas que já não existem: o legislador não escapa a esta regra, e, como escreveu Simmel, "o direito, tanto pela sua cohesão interna, como pelo prestigio dos que o applicam... arroga-se a si mesmo não sei que direito a ficar tal qual para com e contra tudo..." A promulgação d'um codigo leva ao seu mais alto grau esta paralysia temporaria da evolução jurídica pela lei; nem o legislador, esgotado por um grande esforço, nem os juristas, oc-cupados na exegese laboriosa dos textos novos, pensam em exercer sobre a obra mal acabada uma critica attenta. E assim deixam criar-se o dasaccordo da vida juridica e do direito escripto.

Numa palavra, o legislador, fóra de períodos sempre breves de crise politica e social, é naturalmente conservador como é naturalmente dogmatico.

§ II

O poder revolucionario da invenção e a linha quebrada da evolução

"O futuro juridico será o que o fizerem as invenções por nascer..."

G. TARDE.

A evolução não consiste no desenrolar ininterrupto e rectilíneo de transformações uma da outra procedentes pela virtude occulta d'um principio interno; as legislações não evolutem por evolutir, evolutem para se adaptarem, e o progresso resulta d'uma pressão *exterior*, do choque

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

inesperado d'uma invenção vindo a produzir-se na ordem material, intellectual ou moral.

Uma invenção é o imprevisto e o imprevisível; não se podia pois reservar-lhe de antemão o seu logar na legislação, e é por isso, ainda quando deva tornar-se um factor de progresso social, que ella começa por ser uma causa de desordem juridica.

Ha d'isto exemplos divertidos. Em França chegou a perguntar-se se era na verdade um “roubo”, no sentido exacto do Codigo penal, subtrahir electricidade, quer por uma derivação habil, quer pela substituição clandestina, sobre o fio conductor, d'uma lampada fraca por uma lampada mais forte. Na Alemanha foi precisa uma lei especial para fazer caír sob a acção da repressão penal os ladrões de electricidade! Na Italia, houve controversia sobre qual era a natureza jurídica do contrato de assignatura electrica: “locação de coisas”, disse o Tribunal de Roma a 12 d'agosto de 1899 ; “locação de serviços”, pensou o mesmo Tribunal a 22 d'aquelle mez. Em França deu-se um movimento muito curioso da jurisprudencia administrativa, era vista da necessidade de conciliar os direitos das Companhias de gaz, que invocavam o seu monopolio e os interesses das cidades, desejosas de substituir ou de associar a illuminação electrica á illuminação a gaz.

Assim como ha um problema jurídico da electricidade, ha já tambem um problema jurídico do automobilismo. Um peão, atropelado por um carro automovel, surgindo de improviso, tem muito poucas probabilidades de obter uma indemnização, porque, segundo o direito commum, ha de provar — encargo praticamente muito pesado — a culpa do conductor. O direito *commun*, neste caso *especial*, não deixa de ser equitativo? Não seria desejavel remover na especie o fardo da prova, ou extender á victima a theoria moderna do “risco profissional”, de que usa quanto ao patrão o operario victima d'um accidente de trabalho? A questão é pelo menos discutível.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A utilização industrial das forças hydraulicas fez nascer o problema jurídico da “hulha branca”: como recusará iniciativa dos industriaes os meios jurídicos de vencerem a má vontade dos proprietarios ribeirinhos que usam dos seus direitos legaes para obstar, sem proveito para si mesmos, ao desinvolvimento da riqueza nacional?

Amanhã haverá um problema jurídico do radium, da telegraphia sem fio, dos balões dirigíveis, etc.

Auguste Comte e Karl Marx viram muito bem e exprimiram rigorosamente que a industria tem influencia revolucionaria, porque não considera processo algum como perfeito, organização alguma como definitiva.

A civilização moderna não saiu, por assim dizer, da marmita de Papin? O ultimo dos nossos codigos, o Codigo do trabalho, ahi está para nos demonstrar que o direito da sociedade contemporanea é em larga parte o direito da machina a vapor.

Na ordem internacional, a troca doa productos precedeu a troca das ideias, e se o circulo da fraternidade humana parece alargar-se, é talvez porque o mundo diminue pelo progresso incessante das communicações terrestres ou marítimas. A alma do homem dá mostras de mudar porque reflecte um meio differente.

É assim que o sabio, sem que o suspeite, ê um tanto legislador, porque, muito mais que o jurista pelos seus raciocínios, prepara pelas suas descobertas o direito de amanha.

Fóra do campo propriamente scientifico, o espirito de invenção tambem faz carreira com bastante liberdade, e bastante exito; inaugura novas fórmas de possuir, como a “acção” das sociedades commerciaes, — de obrigar, como as promessas feitas por via de annuncios ou prospectos,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

- de se associar como a “mutualidade” e a “cooperação”, de remunerar o trabalho, como a “participação nos lucro”...

Seria preciso citar todas as instituições que dão ao direito comporaneo sua physiononomia original, porque nenhuma d´ellas foi á primeira vez concebida, querida pelo legislador, nasceram em uma intelligencia individual e propagaram-se pela força do exemplo.

Se é verdade que a evolução social é feita das mil revoluções trasidas pela invenção ao meio economico, intellectual ou moral, concebe-se facilmente não só a incerteza das previsões historicas, mas tambem, por consequencia, a vaidade das antecipações legislativas.

O Estado não é senhor do progresso jurídico, porque não tem o monopolio do espirito de invenção, se é que d'elle é dotado em algum grau; e o futuro permanece-lhe desconhecido porque a evolução não é uma curva regular de que seja possível, senão facil, imaginar por um simples fragmento a figura completa, mas uma linha quebrada cuja direcção variavel obedece a leis ainda mysteriosas.

Temos mostrado no decurso d'esta obra como muitas regras do Codigo civil se foram encontrando pouco a pouco estranhas á realidade: phenomeno absolutamente normal! Os redactores do Codigo civil foram, segundo o parecer geral, excellentes observadores dos costumes do seu tempo, mas podiam ser tambem bons prophetas?

Já se deu a volta ao mundo social e nada resta para descobrir, escrevia o sr. de Bonald, em 1802, na sua *Législation primitive*. Na verdade, a sociologia é o remate de todas as sciencias, e nenhuma sciencia está completa.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ III

As sobrevivencias legislativas

A lei marca uma paragem do direito; ora, se o direito pára, é necessariamente excedido, porque emquanto o legislador repousa sobre um codigo, a sociedade vai trabalhando sempre.

D'ahi, nos textos jurídicos, tantos anachronismos flagrantes. Pode-se dizer que os efleitos legislativos sobrevivem ás causas sociaes: é o segundo aspecto do atraso das leis sobre os factos.

As sobrevivencias legislativas ou costumarias não téem inconvenientes graves, quando perderam todo o alcance real, para conservarem apenas um valor puramente symbolico. Não importa, como acontece ainda em certo numero de povos pouco civilizados, que a ceremonia do casamento continue a simular um rapto ou uma compra, se o casamento se tornou consensial; é por isso, de facto, menos consensial? Um anachronismo d'algum modo protocolar pode ser ridículo, nocivo não.

Vimos até o partido excellente que os ingleses téem sabido tirar do methodo, ou mais exactamente do instincto que tantas vezes lhes tem feito desnaturar o fundo, mantendo religiosamente a fórma. É um modo de não chocar de frente os sentimentos publicos, que mudam menos rapidamente que as ideias e as necessidades: ha ideias mortas que continuam a viver como sentimentos. O temor das reformas é muitas vezes o medo das palavras, mais que das coisas.

Quando, porém, a lei num meio transformado, continúa a ser integralmente applicada, torna-se promptamente perigosa — ou absurda.

Um jurista distincto, o sr. A. Girault, admirava-se justamente, em 1906, de ver funccionar ainda, apesar da superproducção do vinho, a lei de 1887, que tendia a desonerar temporariamente do imposto predial os terrenos replantados, ou *novamente plantados* de vinha, nas regiões

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

assoladas pelo phylloxera. Pequeno premio fiscal ao desinvolvimento da crise vitícola!

"Quando o legislador pensa no presente, não devia edificar para a eternidade. Ha na nossa legislação alguns exemplos de leis temporarias — tal é o caso das leis relativas aos premios á marinha mercante, ou aos poderes dos administradores das communas mixtas da Argelia. E' lamentavel que estes exemplos não sejam mais numerosos. Tornava-se dispensavel votar uma lei nova para revogar uma lei antiga, *que já não tem razão de ser, coisa em que as mais das vezes não se pensa*."

Ha cincoenta annos, a maior parte das sociedades europeias renovaram-se, senão na sua mentalidade, ao menos na sua estructura economica, e todavia as suas leis são, no conjunto, mais que seculares. Dá-se este caso com a legislação francesa, embora muito moderna nalguns pontos. É d'uma evidencia innegavel que o Parlamento, se se désse ao trabalho de submeter a uma revisão geral e aprofundada os textos anteriores, não acceitaria muitos dos seus artigos como a expressão d'uma verdade jurídica adequada ao actual estado social. Convem mesmo notar que grande numero de disposições nos nossos codigos, são tiradas do direito romano, dos costumes do antigo regime ou das ordenanças reaes.

A organização administrativa, criada em França no anno VIII para assegurar a preeminencia absoluta e unitaria do poder executivo, é, no regime democratico e parlamentar, uma sobrevivencia do cesarismo. Sobre este ponto remetemos o leitor para o nosso livro — *Étude juridique de l'Arbitraire administratif*, no qual tentámos apresentar todos os casos em que a autoridade governamental não é obrigada sob sancções efficazes a respeitar os direitos individuaes e a legalidade.

A nossa legislação não tem attendido ao progresso dos meios de communicação: temos ainda o processo civil do tempo das diligencias,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

de que resultam hoje, sem motivo, demoras prejudiciaes aos litigantes em razão das dilações de citação e outras fixadas por um legislador que não podia prever os comboios expressos nem os paquetes de marcha rapida.

As correntes da actividade social deslocaram-se e entretanto nem a extensão, nem a consistencia das nossas circunscripções administrativas e judiciaes se modificaram. A fixidez dos textos impediu a adaptação dos orgãos ás exigencias novas das funcções. A vida commercial e intellectual dá a Marselha o esplendor d'uma capital: as Faculdades continuam em Aix.

“Sem o direito feudal, disse Tarde, embora tenha perecido ha seculos, desafio um jurista a que explique a famosa distincção entre possessorio e petitorio.”

Sem circunstancias historicas, hoje desapparecidas, quantos textos não poderiam ser intendidos!

Existem, porque existiram, e só a inercia legislativa justifica a sua manutenção.

Em caso de “facto novo”, o legislador tem o dever de fazer revisão das leis, como o juiz, a dos seus julgamentos: não se pode exigir-lhe mais, mas já é exigir muito.

O direito, como disse Tarde d'uma fórma muito clara, é a conclusão d'um immenso syllogismo prático, em que a permissa maior é constituída pelos desejos, necessidades e appetites da sociedade, e a menor pelas suas crenças, ideias e conhecimentos: toda a modificação no estado dos desejos ou das crenças tem necessariamente a sua repercussão jurídica, segundo a intensidade do abalo regenerador. Legislar é, portanto, tecer sem parar a teia de Penelope: e é já, para o legislador, antes de organizar o direito de futuro, uma tarefa esmagadora manter o direito de hontem a par da sociedade presente.

CAPITULO VI

A morte natural das leis: o desuso

1. Existencia puramente theorica dos textos attingidos pelo desuso. — 2. A prescripção de facto das leis inapplicadas. — 3. Sistema francês e prática inglesa. Repugnancia do espirito francês em dar consequencias jurídicas a um facto natural.

"A essencia do direito é a realização prática. Uma regra de direito que nunca foi realizada ou que deixou de o ser não merece esse nome. E' uma peça inerte no mecanismo do direito."

IHERING.

Não se pode considerar sem espanto o vasto cemiterio das leis revogadas: os Parlamentos contemporaneos consagram a melhor parte do seu esforço legislativo a desfazer a obra das assembleias anteriores.

Mas nesse trabalho necessario de eliminação, a acção do legislador é geralmente precedida pela acção do tempo: ha textos que se revogam um tanto como se acaba um ferido sobre o campo de batalha.

O desuso não pode constituir por si só um modo de revogação das leis?

Dar valor jurídico, a este facto natural não seria, em um ponto essencial, produzir a aproximação tão desejavel da vida e do direito?

1 — Em 1841, o Tribunal de cassação decidiu que os actos authenticos, recebidos por um só notario, estavam affectados de nullidade. Era fazer repentinamente vacillar na sua base jurídica todas as fortunas de França, porquanto a disposição da lei de 25 de ventoso do anno XI, que exige a presença d'um segundo notario, caíra, havia muito, em desuso.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Como resolver este conflicto da legalidade e do interesse publico?

Veiu uma lei declarar em 1843, por uma pretendida interpretação, naturalmente retroactiva, da lei do anno XI, que os actos recebidos por um só notario deviam ser considerados validos. Por meio de uma ficção grosseiramente visivel, reparava-se o mal causado pela interpretação demasiado exacta do Tribunal de cassação.

Uma lei por muito tempo ausente da vida jurídica não pode reentrar nella sem perturbações. Assimelha-se a esse marido de um romance popular que, regressando d'uma longa e perigosa viagem, encontra a mulher muito satisfeita, casada segunda vez: só lhe resta ir-se embora...

Um demandista lembrou-se um dia de sustentar que todos os pharmaceuticos de França deviam ser processados por exercício illegal da pharmacia, porque não haviam prestado o juramento previsto pela lei de 21 de germinal do anno XI num artigo de todo esquecido... Os juizes não lhe deram razão em nome do bom senso, mas, em nosso intender, o homem tinha razão apesar d'isso, no ponto de vista da lei.

Muitos textos, que se tornaram anachronismos, felizmente, só téem conservado uma sombra de existencia, uma sobrevivencia puramente theorica...

Perante uma cruzada medica, deixou de se applicar o artigo do Codigo civil que prescrevia apresentar o recemnascido dentro de tres dias ao official do registo civil; a autoridade administrativa, dando conta, ella propria, do caracter exorbitante do seu direito legal, renunciou a prohibir aos cidadãos franceses viajarem em França sem um “passaporte para o interior”, discricionariamente concedido ou recusado; já não ha pais que peçam ao Estado, nos termos da lei, o sustentar á sua custa um dos seus sete filhos; ninguem seguramente viu á porta da casa da camara o official

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

do registo civil fazer publicos os casamentos ao som do tambor; e o desuso havia desde muito attingido a disposição regulamentar, recentemente revogada, em virtude da qual os hospedeiros de Paris eram obrigados a exigir de cada casal á procura de quarto, a apresentação da respectiva certidão de casamento.

De tempos a tempos, vê-se que tal ou tal das nossas leis saíu em certo modo, da "circulação" jurídica: a lei de 1851 sobre o contrato de aprendizagem, largamente commentada nos tratados de direito, não é desconhecida igualmente dos pais e dos patrões?

Mais abundantes e mais variaveis do que as leis, os regulamentos são mais depressa esquecidos.

Podia-se desafiar, diz o sr. Planiol, no seu "Tratado de direito civil", a administração municipal de qualquer grande cidade, a que fizesse observar todas as decisões que não foram annulladas. Ha-as innumeraveis que dormem nos archivos.

Resuscitar, como por encanto, no Estado todas as velhas leis, na communa todos os velhos regulamentos, seria muito simplesmente uma especie de revolução.

2 — Em 1904, o governo francês, apoiando-se no voto d'uma commissão senatorial, enviou aos inspectores do trabalho instrucções, recommendando-lhes que não se occupassem da applicação da lei sobre o trabalho da mulher e dos menores, só estrictamente no que respeitava á duração do trabalho. E o ministro do commercio fez inserir em 1899 no *Journal officiel* um aviso annunciando aos interessados que a lei de 1892 seria applicada... a partir do 1° de janeiro de 1900! Transição suavemente preparada.

Ora este regresso á correcção constitucional levantou protestos; os industriaes invocaram "direitos adquiridos."

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

D'onde resultavam aos seus olhos estes “direitos adquiridos?” Da inobservancia prolongada da lei.

O que mostra, e é verdade, que no espirito publico uma illcgalidade duradoira acaba por tomar um aspecto de regularidade. “A segurança do goso”, na expressão do jurisconsulto philosopho Ihering, é um elemento do direito, e fazer renascer uma lei caída em desuso é comprometê-la.

Precisamente o perigo da inacção governamental é que cria um direito contra o direito: os syndicatos profissionaes, por exemplo, não se fundaram em julgar abrogada pelo uso continuo a lei de 1884, visto que não os autoriza a acceitar por membros os “velhos” operarios?

“As collecções de leis são arsenaes, um artigo de lei não passa de uma arma de guerra...”[1]

Porque se hão de deixar imprudentemente á autoridade governamental armas de que pode inopinadamente servir-se e que o legislador hoje lhe recusaria se ella tivesse a phantasia de lh'as pedir ?

A prescripção de trinta annos ou de dez livra o devedor que não pagou a sua divida, faz adquirir a uma pessoa a propriedade d'uma coisa que não lhe pertence, assegura a impunidade ao crime mais atroz, — não basta para juridicamente privar d'um poder exorbitante a autoridade administrativa.

Em França a questão tem sido bastas vezes julgada.

O governo tem no emtanto o sentimento muito nítido da decadencia das leis pelo não-uso. Não esquece as palavras de Montesquieu: “As leis humanas tiram vantagem da sua novidade, que annuncia uma intenção particular e actual do legislador para as fazer observar...” E é por isso que, proseguindo ha alguns annos a luta contra

[1] G. Tarde.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

as congregações, abandonada sob os regimes precedentes, obteve do Parlamento uma lei nova confirmando os poderes que lhes provinham de textos anteriores, e remontavam ao Primeiro Imperio ou á Revolução francesa.

3. — A attitude do legislador francês, quanto a esta questão do "desuso", é caracteristica: é um silencio de que se pode encontrar a razão no *Discurso preliminar* do Codigo civil. "Se não autorizámos formalmente o modo de abrogação pelo desuso, é porque seria perigoso fazê-lo. Mas pode-se dissimular a influencia e a utilidade d'este concerto não deliberado, d'este poder invisível pelo qual, sem abalo e sem commoção, os povos dão a conhecer as más leis, e que parece proteger a sociedade contra as surpresas feitas ao legislador, e o legislador contra si mesmo?"

Em termos mais simples: sim, é verdade que o desuso mata as leis, mas é preferivel não o dizer. Reconhecer, num caso só que fosse, o valor jurídico d'um facto natural, seria dissipar a illusão dos cidadãos.

Os ingleses, que comprehendem melhor que nós, os franceses, a "acção do tempo", acceitam com mais franqueza os seus resultados positivos ou negativos. No meado do seculo XVII o clero inglês, gosando o privilegio de se tributar a si mesmo, não tinha o direito do voto nas eleições para a Camara dos communs. Hoje a situação é exactamente inversa. Como perdeu o clero o seu privilegio em materia de tributação? Pelo desuso. Como adquiriu o seu direito eleitoral? Pela prescripção. O sr. Boutmy, ao qual fomos buscar este exemplo, não tem razão em accrescentar: "Ha ahi com que fazer estremecer tudo o que em nós existe d'este espirito apaixonadamente explicito que é como que o instincto legislativo da França".

Note-se que o desuso não tem na Inglaterra um effeito definitivo, mas note-se tambem que os ingleses, se exhumam um

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

costume ou um texto fosseis, fazem-no com uma especie de repugnancia, e para obedecer a uma necessidade instante.

E' um erro julgar que uma lei adormecida durante annos pode despertar uma dia viva e sem rugas, como a *Belle au Bois dormant*.

Por certo, comprehende-se que num país de direito escripto, e sobretudo em França, não seja o desuso facilmente reconhecido como modo de abrogação das leis. Mas emfim, quando o desuso é ura facto adquirido, de que serve negar tal facto?

Pertencia ao legislador ou prevenir o desuso, revogando o texto antes, ou interromper a prescripção, cuidando da applicação rigorosa do mesmo texto. Deixou a illegalidade adquirir, persistindo, a estabilidade d'um interesse legitimo? Elle é o culpado; não ha outro.

Ora, não é equitativo punir nos particulares a culpa do legislador.

E' a consequencia a que geralmente se chega com uma concepção muito rigida da legalidade.

CAPITULO VII

A ignorancia das Leis

§ I. **Da maxima: "A ignorancia da lei não aproveita a ninguem"**. - 1. A vida quotidiana e os textos legislativos — 2. Leis excellentes: as que se observem sem se conhecerem.

§ II. **A organização do reclamo legislativo; beneficios e maleficios da ignorancia das leis**. 1. As fissuras dos textos e a deshonestidade publica. - 2.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Accrescimo do resultado social das leis pela sua vulgarização.

§ I

Da maxima: "A ignorancia da lei não aproveita a ninguem"

Ha um certo numero de leis que o cidadão com a maior boa fé do mundo não reconhece, simplesmente porque não as conhece: a intervenção imprevista da autoridade publica vem ás vezes revelar-lhe, com a rapidez d'um accidente, a sua existencia e sancção.

O leitor francês, por exemplo, vai ao commissariado de policia entregar uma queixa por furto contra uma governante inglesa ou allemã: o commissario, levantando auto de contravenção, faz-lhe saber que ha uma lei que obriga todo o estrangeiro empregado em França, ou o seu patrão, a uma declaração de residencia...

1 — D'um modo geral, a vida quotidiana decorre estranha aos textos legislativos: a lei corrente das relações sociaes é a confiança mutua, e nesta quasi não se vê intervir o cuidado da estricta legalidade, dado que ultrapassa as exigências médias da moralidade publica.

Numa palavra, tudo se passa, como se não houvesse leis.

E' até um facto característico que as transacções mais frequentes, mais banaes escapam á regulamentação precisa e directa do legislador.

A dona de casa que encommenda um pão ao padeiro para a meza conjugal, não suspeita o equivoco jurídico levantado no silencio dos textos por esse acto na apparencia tão simples E' "mandatária" de seu marido? Nesta hypothese obriga-o para com o commerciante, mas não se obriga a si mesma: tal é a opinião geralmente admitida. Não seria entretanto mais conforme á realidade das coisas, suppôr que a mulher, tacitamente autorizada a ser o economo da associação conjugal, se

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

obriga, ao mesmo tempo que obriga o marido, ao pagamento das despesas communs? A controversia entre os autores não está encerrada. Mas qual é a dona de casa que com isso se preoccupa?

Os objectos mobiliarios hoje compram-se muitas vezes sobre offertas feitas por meio de annuncios ou catalogos. Qual é a natureza jurídica d'esta operação? O autor das offertas, dada a recepção pelo cliente, encontra-se ligado desde logo por um acto de vontade unilateral? Ou, segundo a theoria romana das obrigações, o vinculo juridico não pode formar-se antes da acceitação pelo cliente? E por conseguinte até então não pode ser retirada a offerta? O que é certo é que a lei não diz nada.

O Codigo civil promulgou uma serie de formalidades concernentes á prova das obrigações convencionaes, mas o contrato de todos os dias, não é o documento particular, assignado pelas duas partes, é o bilhete de caminho de ferro, é o numero do logar no theatro, é a senha entregue num banco após a apresentação d'um cheque, para se ir receber noutro *guichet* a respectiva importancia, etc., etc.

Quem pensa em authenticar um recibo? E' uma necessidade prática reconhecer aos recibos não authenticados uma data certa. Não é porém seguro que esta derogação do direito commum seja rigorosamente legal.

2 — Por codigo, as abelhas téem instinctos; mas o homem na cidade humana não se assimelha ainda á abelha na colmeia: é obrigado a aprender as suas leis para as conhecer...

As leis modernas são muito numerosas, muito complexas, muito variaveis para serem bem comprehendidas e facilmente retidas. São a “confusão organizada”, de que falava Spencer.

Um professor da Faculdade de Direito de Paris não hesitava em definir a lei de 27 de fevereiro de 1880 sobre a protecção dos valores

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mobiliarios pertencentes a menores, um “quebra-cabeças chinês”, destinado a ir “engrossar o enorme *stock* das disposições legaes que não se applicam, porque ninguem as conhece”. Se aquella lei é um quebra-cabeças para os juristas, poucas leis ha que não sejam “quebra-cabeças chineses” para os litigantes.

E não falamos no estylo barbaro dos actos do processo, cujo sentido verdadeiro só se apresenta ao mais sabio dos juristas, se elle foi pessoalmente iniciado nos mysterios da prática. Ora o processo é o meio de pôr a lei em acção.

Não! A collecção das leis não é, como queria Bentham, o “livro familiar”, o “catecismo” do cidadão. Se, apesar das mil irregularidades de cada dia, a sociedade no seu conjunto parece mover-se no circulo da legalidade, é principalmente porque as prescripções dos textos coincidem em grosso com as exigencias dos costumes; mas nesse caso o cidadão observa as leis sem as conhecer.

§ II

A organização do reclamo legislativo: beneficios e malefícios da ignorancia das leis

1 — Não é de todo um paradoxo sustentar que a ignorancia das leis tem effeitos beneficos.

A vida social seria d'uma horrorosa complicação se o cidadão, conhecendo todas as leis, se applicasse com uma especie de devoção ou de fanatismo a observar todas as suas prescripções, a fazer respeitar todas as suas formalidades. O numero dos processos, relativamente pequeno em relação ao numero immenso das transacções, tornar-se-ia rapidamente enorme. A boa fé é o oleo invisível que amacia o funccionamento da engrenagem jurídica. Compare-se socialmente o homem que sabe viver em amisade, com aquelle que leva a vida de Codigo na mão!

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Um dia, um automovel, penetrando com velocidade excessiva no parque de Versalhes, causou algum prejuiso. Ameaçado com um processo, o proprietario, um conselheiro d'Estado, diz a lenda, fez observar justamente que o regulamento affixado nesse parque nacional era assignado pelo ministro das obras publicas, que precisamente não tem o poder regulamentador; esse texto illegal não podia pois servir de base a uma repressão penal...

A gente deshonesta faz das suas noções juridicas um uso menos innocente e menos espirituoso. Sabe viver á margem do Codigo e, quando é objecto d'uma inquirição criminal, usa de todos os recursos do processo para lhe retardar a procedencia.

Um criado encarregado por seu amo de ir deitar cartas no correio pode, em França, livremente apoderar-se d'ellas, sem se expôr a uma sancção penal. Sabiam? Esse acto reprehensivel não é, coisa extraordinaria, um acto delictuoso! Não é um “roubo”, pois que o criado não “subtrahiu fraudulentamente” as cartas, recebeu-as das proprias mãos do amo; tambem não é um “abuso de confiança”, porque uma carta missiva raramente contém “obrigação ou desobrigação”, segundo as expressões do Codigo penal, e se contivesse um recibo ou um vale, tinha o queixoso de o provar. Ha assim em toda a legislação penal um certo numero de malhas partidas. Cita-se, na Inglaterra, uma anecdota symbolica: é a do homem que tendo furtado “dois carneiros” foi absolvido, porque só era punível o furto de “um carneiro”. O principio segundo o qual a lei penal se interpreta de maneira restricta produz a um tempo a segurança do homem honesto e a do patife; protege um contra o arbítrio possivel do juiz, mas acontece-lhe subtrahir o outro á severidade das leis.

2 —Quer isto dizer que seja prudente manter a massa na ignorancia das leis?

Em primeiro logar, seria recusar-lhe os meios de fazer respeitar as medidas que lhe são proveitosas, sem impedir a classe

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

socialmente dominante, nem a aristocracia da criminalidade, de usar contra ella das prescripções ou das lacunas da legalidade.

Aos Portalis, aos Boissy d'Anglas, aos Boulay de la Meurthe não parecia muito necessario dar ao povo o conhecimento das leis; aos seus olhos bastava deixar a parte instruída da nação propagá-lo á medida das suas proprias necessidades. Esta concepção oligarchica da legalidade não convem a um país de suffragio universal; ahi, ao menos, a nação tem o direito de conhecer as suas leis, pois que ellas são feitas em seu nome.

Mas sobretudo, para que uma lei nova se torne um elemento da actividade social, é preciso que seja um elemento do pensamento publico, uma ideia-força jurídica. Desde que não passa de uma traducção dos costumes preexistentes, a lei tem necessidade de ser ensinada como uma lingua estrangeira, de ser pregada como uma religião.

Mas como organizar esse ensino, essa prégação e por assim dizer esse reclamo legislativo? O estylo das leis é bastante claro, bastante popular para ser accessivel ao conjunto da nação? Amigo das fórmulas precisas, Stendhal lia o Codigo civil; o legislador contemporaneo aproveitaria lendo Stendhal.

“Nas leis, é precisa uma certa candura’, porque são feitas para “gente de medíocre intendimento” e devem ser comprehendidas “pela razão simples d'um pai de família”. Montesquieu o disse, e bem.

Vulgarizar as leis, é augmentar o seu resultado social, mas esta vulgarização não pode ter effeitos duradoiros e profundos senão a respeito das leis realmente uteis; porque uma nação não aprende as leis por aprender, mas para se servir d'ellas. E' por isso que, antes de votar uma lei, convem examinar se a nação sente a sua necessidade, e se não a tem, dar-lh'a. Senão a lei é uma palavra longínqua cujo ecco enfraquecido e deformado não commove as vontades individuaes; não se encorpora no verdadeiro direito, que é o direito da acção.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO VIII

A Conquista do Poder politico e o Methodo revolucionario

1. A Revolução francesa de 1788 foi social? — 2. Urna revolução politica: a revolução de 1830. Uma revolução social: a revolução de 1848. Legislação grandiloqua e inapplicada da segunda Republica. — 3. A acção legislativa, remate da acção social.

Pergunta-se o que ha de mais notavel nas revoluções: a intensidade da subversão legislativa ou a mediocridade das transformações sociaes?

Com effeito, a permanencia dos costumes e a continuidade da sua evolução quasi que não se encontram afTectados pela amplitude da oscillação imprimida a todo o apparelho governamental e juridico; terminada a revolução, vê-se que ella foi sobretudo uma grande commoção publica.

E' verdade que, na historia, as transformações sociaes tomam a data, d'algum modo symbolica, das revoluções politicas. Porque nada se assimelha mais a uma sociedade nova, surgindo completamente formada, pela acção subitanea das leis, do que uma sociedade preexistente fazendo subita e violentamente derruir os ultimos laços políticos e jurídicos do passado, para traduzir livremente as suas necessidades e as suas aspirações á luz d'uma legalidade inteiramente refundida, sob um governo renovado.

Mas é certo que as revoluções, na apparencia as mais profundas, se passam d'algum modo á superfície da sociedade.

Se houve muitas revoluções politicas, não seria bem difficil citar uma só revolução rigorosamente *social*?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1 — Os philosophos e os economistas do seculo XVIII tinham no mais alto grau o duplo culto da Razão e da Lei: eram nelles ideias dominantes, quasi ideias obsidentes.

Os partidarios mais ferrenhos do *laissez-faire* e do *laissez passer* eram os proprios a appellar para o "despotismo legal", a fim de se estabelecer na sociedade a "ordem natural e essencial", de que julgavam, em boa fé, ter descoberto o segredo. E assim foi que o individualismo começou em França pela apologia do poder absoluto. Nos encyclopedistas como nos physiocratas, em Rousseau como em Voltaire, em d'Holbach como em Turgot, encontra-se a mesma crença nos benefícios da legislação. "Segundo elles, escreveu H. Michel no seu livro sobre a *Ideia do Estado*, a legislação é capaz de transformar tudo, o habitat humano e o coração humano. Bossuet fazia baixar a lei do céu á terra. Os theoricos do despotismo esclarecido laicizam-lhe, se o ouso dizer, a origem. A razão, para elles, substitue o céu. Tirante isso, é a mesma confiança na efficacia soberana do texto escripto."

Quando o progresso social se apresenta sob o aspecto duma operação logica, de que todos os termos são de antemão conhecidos, é natural que a lei appareça como o seu instrumento predestinado, porque ella parece supprimir todo o intervallo entre o pensamento e a acção.

Se a lei é omnipotente, conceber não é criar?

Pelos seus antecedentes philosophicos, a Revolução francesa devia pois ser, e foi, com effeito, no espirito das assembleias, a tentativa d'uma refundição geral da sociedade pela lei.

Mas está estabelecido, pelo seu balanço final, que ella constituiu simplesmente uma libertação da sociedade quanto a um sistema de direitos e de obrigações procedente d'um estado social que havia perdido desde muito toda a razão de sobreviver. As instituições do antigo regime, já quasi ninguem o contesta hoje, eram na vespera da

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Revolução, segundo uma imagem do sr. Boutmy, como que velhos ramos seguros apenas pela casca. Não podiam resistir ao abalo revolucionario.

No ponto de vista economico, a Revolução tem sido geralmente definida como ura gigantesco deslocamento da propriedade. A fórmula é exacta, se se intende por ella antes um deslocamento jurídico do que um deslocamento material, pois que a aprehensão social pelo Terceiro-Estado, das fontes da riqueza publica havia precedido muito a sua posse legal.

Qual é, no ponto de vista do interesse geral, o fundamento da propriedade? A utilidade social do proprietario. Ora, o feudalismo não tinha na sociedade, ao declinar do antigo regime, funcção definida: entre as mãos da aristocracia, o direito de propriedade não era mais que um direito no ar, sem deveres correlativos effectivamente exercidos. Os emigrados admiravam-se, conforme o testemunho dos escriptores contemporaneos, de ver na sua ausencia continuar a vida social; não tinham notado que a sua classe, muito antes da Revolução, havia sido eliminada suavemente da corrente da historia. Onde estava a actividade publica? No Terceiro-Estado. Destruindo, em proveito do Terceiro-Estado, os vínculos feudaes, as servidões senhoriaes, a Revolução consagrou o direito onde estava a funcção.

A acreditar-se Le Play e a sua escola, a legislação successoria, procedente da Revolução francesa, haveria sido, pela regra da partilha igual entre os filhos, uma machina de pulverizar o solo; teria assim criado em França a pequena propriedade. Mas a pequena propriedade existia em França antes da Revolução, e a partilha igual era já, sob o antigo regime, a regra das successões plebeias... O pai francês que hesita, por espirito de igualdade, em beneficiar um dos seus filhos com a quota disponível, pensaria em restabelecer o direito de primogenitura se tivesse a plena liberdade de testar?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

"Tem-se dito e repetido que fragmentando as heranças, o Codigo civil arruinára em França a grande propriedade, supprimira a hierarchia, impedira o mando social, e *fizera que a França não se tornasse a Inglaterra*." Dito infinitamente justo de Albert Sorel, que escreveu sobre o Codigo civil paginas dignas d'um verdadeiro jurista, porque era um verdadeiro historiador.

Numa sabia memoria lida em 1870, durante o cerco de Paris, o jurisconsulto Valette mostrou muito bem a duração persistente do conjunto do nosso direito civil durante e após a Revolução de 1789. Ora, o direito civil, é a lei de todos os dias, e quando a vida privada de cada cidadão continúa a decorrer segundo o rythmo costumario, não ha quasi nada mudado nas camadas profundas da sociedade.

Sem dúvida a Revolução francesa não traçou sómente, numa serie de leis inapplicadas, como as leis sobre o ensino ou a assistencia, bellas visões de futuro, - innovou; mas na ordem social innovou, quebrando coacções artificiaes: privilegios corporativos que detinham o desinvolvimento do commercio e da industria, alfandegas interiores que se oppunham ao irradiar das transacções.

Numa palavra, se a Revolução de 1789 transformou o Estado e a lei, pode-se dizer que *restituiu simplesmente a sociedade a si mesma*.

2 — A Revolução de 1830 foi exclusivamente politica: 76 prefeitos novos d'entre 86, e 196 sub-prefeitos novos d'entre 272, manifestaram claramente a mudança da orientação governamental.

A Revolução de 1848 teve a ambição de ser social: inscreveu a sua vontade em uma serie de textos grandíloquos, nenhum dos quaes recebeu uma applicação completa, nem mesmo um começo de applicação.

Num considerando lapidar, posto á frente de um dos seus decretos, o governo provisorio da Republica declarava-se "convencido de

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que a grandeza d'alma é a suprema política e de que toda a revolução operada pelo povo francês deve ao mundo a consagração duma verdade philosophica".

Mas podia o governo provisorio cumprir o meu compromisso formal de "garantir a existencia do operario pelo trabalho", de "garantir trabalho a todos os cidadãos"?

O governo da Republica decretou a substituição do trabalho de empreitada ao trabalho de jornal, a suppresão da regatagem industrial (*marchandage*), a reducção do dia de trabalho, ainda muitas outras medidas d'uma concepção igualmente simples e radical. Estes decretos, sufficientes para instituir uma sociedade nova, tiveram na realidade sobre o curso da evolução social, quasi o effeito d'um discurso de Lamartine...

Numa obra recente lia-se: "Um decreto ministerial, publicado numa gazeta, fez o Japão de hoje...". Os decretos todos de 1848 não transformaram a França, e se alarmaram os interesses d'uma burguesia hostil ás reivindicações do trabalho, não lhe interromperam um instante sequer o reinado.

3 — Para que a acção legislativa seja fecunda é preciso que d'algum modo seja impellida pelo ardor das vontades particulares, mas, se este ardor existe, traduz-se por si mesmo nos factos, e a lei não é mais que um coroamento, um remate.

O legislador concebe naturalmente a sociedade como um organismo de que elle é a intelligencia. Mas esquece que ha, em cada cellula, um espirito e uma vontade.

A lei de 1884 foi pelos seus inimigos qualificada de "Sedan industrial", e no entanto os syndicatos já existiam antes d'ella... Em 1883 havia em França 600 syndicatos illegaes. Em 1886, quantos syndicatos legaes havia? 280.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Esta cifra significa não que o numero dos syndicatos diminuiu metade após a lei de 1884, mas que o movimento syndical, recusando submeter-se ás prescripções do texto novo, preferiu antes, para conservar a sua independencia, desinvolver-se á margem da legalidade.

O poder politico cai, como um fructo maduro, nas mãos d'aquelles que adquiriram a preponderância social; não dá porém a força a quem não a possue sem elle.

Uma revolução que pretende, por meios politicos e jurídicos, realizar fins sociaes, é simplesmente *um erro de methodo*.

CAPITULO IX

A incidencia das Leis

§ I. **A Incidencia das leis em materia fiscal**.

§ II. **O caracter geral do phenomeno da incidencia. Exemplos diversos**.

Para ser attingido o fim visado pelo legislador, não basta que as prescripções da lei sejam applicadas.

Com efleito, a propria applicação das prescrições legaes tem geralmente, ao lado dos resultados immediatos, expressamente descontados, uma serie de efleitos longinquos e involuntarios, que umas vezes os ultrapassam, outras vezes os desnaturam: cedendo num ponto a pressão da vontade legislativa, a materia social reage noutro, e se a lei é obedecida no seu texto, é, senão annullada, pelo menos transformada nas suas consequencias.

Uma medida legislativa, muito restricta na apparencia, pode ter repercussões multiplas, sobre o conjunto da sociedade: é a pedra

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

atirada á agua e que levanta em volta uma infinidade de ondulações concentricas.

Um eminente professor da Faculdade de Direito de Paris, o sr. F. Girard, observou espirituosamente: — “E' o trabalho mais attrahente e mais difficil do jurisconsulto, o trabalho de investigar ao cabo d'um certo tempo, como os textos funccionaram, de aproximar o pensamento primitivo do legislador e os effeitos produzidos, *o direito que elle quis fazer e o que fez*.”

§ I

A incidencia das leis em materia fiscal

O perigo da incidencia em materia fiscal é que é necessario sempre prevê-la e que não se pode nunca evitá-la.

Ha um contribuinte legal, que vai levar ao *guichet* do recebedor o montante do imposto. Não é, porém, de todo certo que esse contribuinte official directamente ferido pela lei, não tenha encontrado o meio de fazer passar discretamente para outros hombros, em parte ou na totalidade, o fardo do imposto.

Ora, é bem evidente que, para conhecer o efleito real d'uma lei fiscal, é indispensavel desorientar d'algum modo o contribuinte invisível...

Succede porém que, mesmo quando se está certo da sua existencia, não se pode chegar sem uma difficuldade infinita a determinar a sua identidade exacta: o contribuinte real é geralmente imperceptível e para o fisco seria um vão esforço procurar obter o seu nome e morada. Conforme observa o sr. Stourm, cujo nome é autorizado em materia financeira, à incidencia effectiva do imposto é quasi impossível de seguir na multiplicidade dos seus ricochetes e nunca se adivinha, a não ser duma fórma confusa, a personalidade d'aquelles cujo valor obscuro alimenta

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

afinal as caixas do Estado. O contribuinte apparente é de resto o primeiro a crer que só elle supporta o peso das contribuições, e os privilegiados da fortuna, especialmente visados pela legislação fiscal, não notam que o imposto de que se queixam não é todo pago por elles.

O fisco tem uma tendencia muito natural para ir buscar o dinheiro aonde elle está, sem se preoccupar de saber d'onde elle vem. Quando a lei estabelecendo um imposto sobre o locatario obriga o proprietario a fazer a sua *antecipação*, obedece a esse espirito fazendario. Não é com eííeito extremamente commodo e extremamente seguro para a Administração demandar o proprietario pela percepção do imposto, salvo o reconhecer-lhe expressamente o direito de regresso contra o locatario? O proprietario entrega o dinheiro ao thesouro, mas a bem dizer não é um contribuinte, é um collector de impostos, uma especie de collaborador forçado da administração fiscal. Eis, muito nitidamente, um caso de incidencia legalmente organizado.

E' em virtude d'este mesmo principio, mas sem o dizer, que o legislador para a percepção do imposto se dirige a todos os indivíduos nos quaes vem concentrar-se, num dado momento, e d'uma maneira visivel, todo o numerario circulante na sociedade: da mesma fórma que visa o proprietario de preferencia ao locatario, fere o commerciante de preferencia ao consumidor, o patrão de preferencia ao operario, o banqueiro de preferencia aos seus clientes, Mas ninguem ousaria affirmar que o commerciante, o patrão, o banqueiro não transferem parte alguma do imposto para o consumidor, o operario, o cliente: não ha risco algum em affirmar o contrario.

Muitos contribuintes encontram-se assim em grau variavel collectores de impostos, investidos da missão de levar ao Estado o *dinheiro dos outros*.

Ho ponto de vista puramente fiscal, é o methodo ideal, pois que assegura a cobrança das contribuições da maneira mais simples e

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

mais rapida. Mas desde que se trata de introduzir a justiça no imposto, senão de fazer do imposto um agente de transformação social, a questão da incidencia toma capital interesse.

A sciencia financeira sempre se tem preoccupado, sem todavia o conseguir, em fazer comter numa fórmula breve e precisa este phenomeno complexo.

Já se não julga, com os physiocratas do nosso seculo XVIII, que o unico e verdadeiro contribuinte é a terra, porque se deu conta da productividade do trabalho humano. Mas repete-se sem custo com Ricardo, que o unico contribuinte é afinal o consumidor. Quem não conhece a maxima do bom Franklin: todo o commerciante põe na factura a importancia das taxas que tem de pagar?

Ha nesta theoria uma larga parte de verdade: o consumidor acaba muitas vezes por pagar o imposto.

Não é todavia exacto que o pague sempre. Quando os preços baixam, porque a concorrencia se torna mais viva ou a clientela mais rara, é o commerciante quem supporta por si só o encargo fiscal... O imposto recai, pelo contrario, sobre o consumidor, quando os preços sobem... Conforme as fluctuaçòes da offerta e da procura, o peso das contribuições desloca-se do commerciante para o consumidor, do proprietario para o locatario, do patrão para o operario è reciprocamente.

O imposto estabelecido sobre o rendimento d'uma terra ou d'uma casa equivale a uma expropriação do capital: o proprietario, se quer vender, deve dar conta ao comprador da diminuição do rendimento. Mas o proprietario nada perde, se os bens immobiliarios estão na alta.

Assim, por um declive natural, o encargo fiscal deslisa do mais rico para o menos afortunado: é a injustiça fundamental de todo o sistema de impostos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A distincção entre contribuições directas e contribuições indirectas pode ter o seu valor fiscal, administrativo ou psychologico, não tem grande significação *social*: porque socialmente todos os impostos são mais ou menos indirectos, visto como se desviam, oscillam ou se dispersam ao sabor da incidencia.

O legislador sem dúvida pode prohibir ao contribuinte visado o recuperar abertamente d'outros o montante do imposto. Mas é um tanto inutil a precaução, porque é proprio da incidencia ser occulta. Prohibir por exemplo ás Companhias de seguros que passem uma taxa para cima do segurado, não pode impedi-las de traduzirem por uma elevação das suas tarifas o augmento das suas despesas geraes.

Numa palavra, o imposto agita a materia social, não a transforma, e quasi se não concebe um imposto justo numa sociedade que não é fundada sobre a justiça. A incidencia do imposto só poderia ser evitada se o salario do operario, o lucro do patrão ou o preço das mercadorias fossem determinados por via da autoridade, como o proprio imposto. Porque da coacção não se faz partilha.

§ II

O caracter geral do phenomeno da incidencia

O legislador não sabe de antemão e não pode saber como o meio social vai proceder em presença d'um determinado texto: ha na sociedade uma multidão de elementos apenas suspeitados, é a applicação mesma d'esse texto que deve revelar, a certos respeitos, a existencia e a natureza d'elles. Uma reforma legislativa, por mais bem estudada que seja, assimelha-se um pouco a uma operação chimica com um corpo desconhecido.

Toda a lei tem portanto incidencias e quando não é o fructo da experiencia, é ella mesma uma experiencia.

Qual era o designio dos autores do Codigo civil prohibindo a investigação da paternidade? Fortificar a mulher contra a seducção pelo receio de ter o filho exclusivamente a seu cargo. Mas o Codigo civil apenas incitou o homem... Ha no artigo 310 um erro de psychologia.

Em 1850, o legislador criou a Caixa nacional das aposentações para a velhice, afim de permitir aos operarios, aos empregados, aos camponeses, o constituírem pensões modicas pela accumulação lenta de pequenas quotizações. Aos clientes da Caixa era attribuido um juro bastante elevado... Affluiu logo uma grande clientela, mas era sobretudo uma clientela de pessoas remediadas, e certas Companhias de seguros acharam mesmo combinações engenhosas para facultar aos seus segurados rendimentos com perda pelo Estado, cobrando para si uma com missão... Em 1886, o legislador aproveitou-se da experiencia adquirida e limitando a cifra das quotizações e das pensões, assim como a taxa do juro, cessou de dar esmola aos ricos com o dinheiro do contribuinte.

Em 1893. o legislador elevou o premio aos navios de vela... O resultado não se fez esperar: em alguns annos, os estaleiros franceses lançaram á agua duas vezes e meia mais navios de vela do que no mesmo periodo foram construídos no mundo inteiro. E durante esse tempo, apesar dos premios, a decadencia lamentavel da nossa marinha a vapor accentuava-se. Era um tanto como se o Parlamento, no intuito de favorecer o desinvolvimento dos transportes por terra tivesse para começo resuscitado as diligencias...

Em 1897, foram instituídos premios em favor da producção assucareira. O sistema attingiu este resultado singular — que o assucar de França, vendido muito caro ao consumidor francês, não custava quasi nada ao consumidor inglês. Para qualquer país o meio de ter assucar mais cm conta, era não o produzir... Este paradoxo cessou em 1902, pelo desapparecimento do regime dos premios.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A limitação do dia de trabalho nos estabelecimentos que occupam mulheres e menores contribui, em larga escala, senão para criar ao menos para aggravar a crise da aprendizagem: o despedimento dos menores, meio muito simples de escapar à applicação da lei, tomou em certas regiões ou em certas industrias o caracter d´uma medida geral.

A lei de 1902 confiou ás communas o direito de expropriar as habitações insalubres e os bairros doentios. Podemos no entanto perguntar a nós mesmos se o desejo de obter uma grossa indemnização pela expropriação, na consciencia de certos proprietarios, não rivaliza com o dever oneroso de assegurar, por novas medidas, a saude dos locatarios.

Em muitos Estados da America do Norte, a luta acérca do alcoolismo conduziu á prohibição das lojas de bebidas. Mas viram-se logo pullular pharmacias vendendo alcool, e o alcool compra-se ainda em muitos estabelecimentos que antes d´isso não o tinham á venda.

Na Russia, as lojas de bebidas devem ter quartos que lhes dêem a dignidade de hoteis; na realidade esta prescrição regulamentar fez annexar a muitas tabernas uma casa de passe.

A serie d´estes exemplos podia indefinidamente continuar-se, e, para brevidade, seria preferivel enumerar as leis que não téem incidencias.

E' pois impossível saber o que ha numa lei antes de a ter visto funccionar.

Por isso mesmo uma lei sem incidencias seria uma especie de milagre, porque suppocia que a sociedade é uma materia inerte, soffrendo com ihteira passividade a acção d'uma vontade exterior.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO X

A lei e a liberdade

§ I. **A' parte as leis que revogam as leis oppressivas, ha leis liberaes ? as leis que limitam o Estado**.

§ II. **0 liberalismo da coacção social acêrca das relaçõeses entre particulares; a liberdade considerada como producto d'uma regulamentação**.

"O direito está no seu maximo, quando a coacção está no seu minimo".

A. FOUILLÉE.

Todas as leis são estabelecidas á custa da liberdade, como pensava Bentham? Ou, pelo contrario, a liberdade não é uma especie de prodígio, obra da lei, como disse Rousseau?

E' a these e a antithese: uma e outra são talvez *meio* exactas.

§ I

A' parte as leis que revogam as leis oppressivas ha leis liberaes? as leis que limitam o Estado

Parece que todas as liberdades, em França, nasceram da lei, porque cada uma d'ellas trás a data do texto que a consagrou.

Ha, por exemplo, uma lei sobre a liberdade do trabalho, uma lei sobre a liberdade do ensino, uma lei sobre a liberdade de reunião, uma lei sobre a liberdade da imprensa, uma lei sobre a liberdade de associação.

E' o caso de dizer, com Alfred de Vigny:

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Vous m'appelez la loi, je suis la liberté.

Mas, d'estes textos, não ha um só que não tenha tido, para instituir um regime de liberdade, de destruir primeiro uma serie de prohibições ou restricções estabelecidas anteriormente pela propria lei.

A lei francesa decretou por fragmentos successivos, a liberdade das manifestações publicas do pensamento: liberdade do livro, liberdade do jornal, liberdade da palavra, liberdade do theatro. Mas havia começado por negá-las, organizando sob fórmas diversas, a censura universal.

Quer dizer que a liberdade resulta do desapparecimento da lei? Seria, no que respeita ás relações do Estado e do individuo, um erro absoluto: a liberdade consiste então, não na lei ausente, mas na lei tranformada.

O individuo encontra-se com o Estado em uma defrontação temível para a liberdade, quando não ha entre os dois *um texto de lei* explicito *e um juiz* independente. O Estado, impotente contra a sociedade tomada no seu conjunto, não é, com effeito, pela sua força material, senhor da vida e dos bens de cada particular? Privado, quanto ao poder publico, de toda a defesa natural, o individuo, pois, tem necessidade d'uma protecção jurídica: ao legislador é que pertence organizá-la.

A lei deve tomar, numa palavra, um caracter novo, o d'uma limitação do Estado pelo direito individual: é d'algum modo *a subversão* da noção primitiva das regras juridicas.

Assim apparece, com a funcção liberal da lei, o valor liberal da democracia.

Jean-Jacques Rousseau, querendo demonstrar a identidade da democracia e da liberdade, quasi que provou a sua opposição.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Apesar do vicio do raciocínio, ha, porém, uma ideia justa sob as fórmulas de Rousseau.

Tomando por ponto de partida o axioma indiscutível de liberdade, apresentou o problema politico nestes termos frequentemente citados: “Achar uma fórma de associação que defenda e proteja de toda a força commum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça comtudo; senão a si mesmo e fique tão livre como antes.”

E' conhecida a solução, dada no *Contrato social*: — “... Alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a communidade.”

Depois d'esta alienação, o individuo não é menos livre que antes, porque “dando-se a todos, não se dá a ninguem”. E se recusa obedecer á vontade geral, “será constrangido por toda a corporação: o que não significa outra coisa senão que será *forçado a ser livre*.”

D'esta theoria, só ha um facto a reter: é que a lei é tanto mais liberal quanto maior é o numero de cidadãos que concorrem para a promulgar. Porque, segundo as expressões já empregadas por nós no nosso livro — *E´tude juridique de l´arbitraire gouvernamental*, se algum tem interesse em limitar a liberdade de muitos ou muitos a liberdade de algum, não pode toda a gente ter interesse em limitar a liberdade de toda a gente.

Mas a lei não possue esta virtude liberal senão na medida em que ella é uma regra geral e igual para todos. Ella exclue então, pela sua propria concepção, o privilegio como o ostracismo.

A legalidade assim intendida é o unico meio para uma sociedade, de escapar ao despotismo, fórma espontanea da organização politica. E' por ella, e por ella sómente, que uma democracia pode

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

differençar-se do cesarismo, em vez de ser uma especie de cesarismo impessoal. Mas, como não ha lei *absolutamente* geral, nem *absolutamente* igual para todos, a propria liberdade na democracia é antes uma tendencia que uma vontade.

§ II

O liberalismo da coacção social quanto às relações entre particulares: a liberdade considerada como producto d´uma regulamentação

Ao passo que o direito constitucional considera a lei como uma garantia de liberdade, a economia politica teme-a como uma manisfestação da autoridade. É uma questão de ponto de vista: para o direito constitucional, a lei é uma protecção do individuo contra o arbitrío governamental; para a economia politica, é um modo de intervenção do Estado no domínio das transsacções privadas. Não ha nisto nada de contradictorio.

Sem dúvida, a liberdade não é a ausencia de regras, a não ha sociedade possivel sem um minimo de prescripções obrigatorias e com sancção, determinado as condições da vida commum, ou, para me exprimir como Kuat, da *coexistência das liberdades*: reconhecer em cada uma liberdade sem fronteira, seria mui simplesmente organizar o conficto incessante e universal das forças individuais. Definir a liberdade, é seguramente limitá-la, mas é tambem dar a uma faculdade incerta e precaria a estabilidade d'um direito incontestado e permanente.

Nunca estamos seguros da propria liberdade, num país em que a dos outros não está garantida.

Alem de que, o contrato, fórma juridica da liberdade nas relações entre particulares, tem necessidade do apoio da lei. Em direito grego, não bastava o accordo de duas vontades para criar o vinculo contratual: era precisa a intervenção de um terceiro para caução. Este

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

era, na expressão justíssima do sr. G. Tarde, uma especie de *executor contratual*. Pois este executor contratual é hoje o Estado, e, sem adhesão social, não ha contrato juridicamente valido: esta adhesão é tacita, resulta da conformidade do contrato ás disposições legislativas de ordem publica. Comprehende-se que o Estado recuse estabelecer sancção, por exemplo, para a obrigação arrancada a um menor ou a um demente.

Ha, pois, casos em que a lei, embora regule as relações particulares, é uma necessidade querida pela propria liberdade: é, rigorosamente falando, a *liberdade organizada*.

Mas a lei é ainda liberal, quando intervem para substituir uma regra imperativa ao accordo de dois indivíduos responsaveis?

Segundo o sr. Fouillée, nas relações contratuaes, "a liberdade fica só em face da liberdade". Esta definição tem sido contestada, porque parece que não pode haver contrato verdadeiramente livre entre individuos desiguaes. Ora na sociedade a desigualdade é a regra; a igualdade, a excepção.

"Pode-se, diz o sr. Duguit, falar rasoavelmente de um contrato de locação de serviços entre o patrão, poderoso capitalista, e o operario; o patrão fixa de antemão e espontaneamente o salario, e o empregado acceita-o; o patrão fixa-o, não porque tal empregado o acceita, mas por qualquer outra causa; o empregado acceita-o e quer trabalhar mediante um salario, porque quer viver. *De contrato não ha nada*."

Por que acto são determinadas, num estabelecimento industrial, as condições do trabalho? Por um *regulamento*. Como téem esses regulamentos sancção? Por meio de *multas*. Assim, o patrão possue, ácerca do seu pessoal, uma especie de poder legislativo e judicial. Uma grande Companhia é uma instituição de antigo regime, iundada sobre o principio do despotismo esclarecido, e não uma Republica parlamentar, procedente do suffragio de todos. Spencer reconhecia que,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

em uma fabrica importante, a disciplina era militar, como em um regimento.

Desde então, observa o sr. Duguit, "se o caracter contratual entre o patrão e o empregado, não é porque a lei positiva interveiu, mas a lei positiva intervém tanto mais *quanto já não ha, nem pode ha ver relação contratual*."

A acceitar-se, porém, como exacta toda esta argumentação, qual é o contrato que fica um verdadeiro contrato? Não ha nenhum, por assim dizer, que não seja, em qualquer grau, como o contrato de trabalho, um contrato forçado. Porventura o consumidor pode viver, sem contratar com o productor ou o intermediario? Até quando o contrato tem por objectivo final instituir uma cooperação entre as partes, o seu ponto de partida é um debate, senão um conflicto, entre dois interesses distinctos ou oppostos, e a parte mais forte tende a ditar a sua vontade á outra: dá-se isto assim nas convenções privadas, como nos tratados internacionaes. Um jurista chegou até a dizer: — todos os contratos são *leoninos*.

E, afinal, a verdadeira solução do problema da liberdade não seria: *a lei por toda a parte, o contrato em parte alguma*?

Esta concepção da lei, na realidade, não resolve nada; transpõe ao problema da liberdade um problema de igualdade, sob pretexto de que a liberdade pura e simples não é o regime mais liberal.

Mas, nesta transposição, a liberdade perece, e não é certo que nasça a igualdade. As desigualdades sociaes inscrevem-se na lei, como no contrato. Tomar este ou aquella por uma panaceia liberal é um mesmo erro: a oppressão pode disfarçar-se tão bem sob a fórma legal como sob a fórma contratual. A verdade é que a historia parece dar razão a esta constatação de G. Tarde: — "A igualdade não é mais que uma transição

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

entre duas hierarchias, como a liberdade não é mais que uma passagem entre duas disciplinas.”

A liberdade é um producto historico instavel, um estado de espirito nacional: não é a consequencia dum sistema politico determinado.

Sem dúvida, encontra um terreno favoravel na democracia, *corrigida* pelo regime representativo e pela separação dos poderes.

Mas é preciso á democracia um constante esforço sobre si mesma, para acceitar a disciplina da legalidade, isto é para exercer uma *soberania sem arbitrio*.

LIVRO SEGUNDO

A legislação experimental

———————

CAPITULO I

O methodo

§ I. **A observação dos movimentos espontaneos do direito: necessidade, antes de legislar, da "ver em ordem" a vida juridica existente**.

§ II. **A antinomia Irreductivel da vida e das leis: Investigação das attenuações práticas d'esta antinomia**.

§ III. **0 methodo de imitação a o direito comparado**. — 1. Imitar o direito não é copiar os textos. O verdadeiro direito d'um pais não é quasi nunca o que se imita. — 2. A irradiação mundial de certos direitos nacionaes e as suas causas particulares. Não se transplanta um direito, transpõe-se. — Verdadeira funcção do direito comparado.

"O legislador é antes uma testemunha que nota o progresso, do que um obreiro que o realiza."

CELICE

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ I

A observação dos movimentos espontaneos do direito; necessidade, antes de legislar, de "ver em ordem" a vida juridica existente

A lei não tem o direito de ignorar nem os costumes, nem a jurisprudencia; mesmo para combater uma e outros, deve começar por conhecê-los.

Os estudos jurídicos, obedecendo ao espirito da sciencia moderna, tomaram ha alguns annos em França um caracter nitidamente historico e experimental. Na bibliotheca dos juristas, os periodicos, consagrando-se a reter, na massa enorme dos accordãos e sentenças proferidas sobre toda a superfície do territorio, as decisões interessantes como facto ou como direito, supplantaram as abundantes compilações de trabalhos preparatorios. A ignorancia voluntaria e orgulhosa da prática, de que se gabavam os primeiros interpretes do Codigo, a doutrina prefere hoje o exame aprofundado das decisões judiciaes: ao mesmo tempo que um commentario da lei, é uma synthese da jurisprudencia, e por isso constitue uma incessante e preciosa confrontação do direito com o facto. A doutrina começa até a dar um logar d'honra aos formularios, aos livros de prática, aos actos instrumentados, ás applices de seguros, etc. Em todas as obras recentemente publicadas, nos artigos das revistas especiaes, é facil notar esta transformação capital do papel da doutrina; pode resumir-se em poucas palavras: a doutrina viu a existencia de um meio social. Sem dúvida, para ella, o direito não é toda a sociologia; ella, porém, reconhece que toda a sociologia é necessaria para comprehender o direito. Assim, os "autores", segundo o termo consagrado, já não se limitam a ser "professores do Codigo Napoleão", explicando aos juizes e aos cidadãos o sentido dós textos legislativos; fazem ouvir ao legislador as mil vozes da prática judicial ou extrajudicial. E o legislador tem o dever de os escutar.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Um monge, na idade-média, teve um dia este sonho. Em um vasto terreiro jaziam esparsas muitas pedras, de fórmas bizarras, incomprehensiveis, sem razão de ser apparente. De subito, movidas por uma força invisível, entraram a rolar ao acaso. Mas o acaso intelligente aproximava-as e as pedras informes tornavam-se ogivas, columnatas ou capiteis. Um edifício tomava fórma e do chão saía a harmonia complexa e torturada d'uma cathedral gothica. Assim nós vemos, no immenso terreiro social, os materiaes dispersos e mal desbastados. O theorico passa-lhes ao lado sem os ver e vai traçar com toda a independencia da sua imaginação o plano do templo que idealizou. Mas esquece que o legislador é o menos livre dos architeclos, pois que não é senhor nem da quantidade nem da qualidade dos materiaes. E não vê que as pedras são animadas, como as da lenda, e esboçam em traços que é facil concluir, a sociedade de ámanhã, isto é que os costumes e a jurisprudencia indicam as soluções legislativas e estabelecem a *ordem do dia* das assembleias parlamentares.

Ha um partido que reconheceu, na ordem politica e juridica, o valor da experiencia historica: é o collectivismo. De Karl Marx a Kautsky, o socialismo desdenhando a utopia á maneira de Cabet e Fourier, pôs as suas esperanças de futuro no determinismo da evolução social. Mas, entre os adeptos do materialismo historico, encontra-se sempre essa porção de idealismo que consiste em ter por verdade demonstrada uma hypothese sómente plausível.

Dá-se aqui, como disse Tarde, um disfarce positivista do espirito de chimera.

O methodo não é menos excellente no seu principio se toma por escopo não criar completamente, segundo a ambição de Auguste Comte, uma dynamica social, *sciencia do movimento necessario e continuo da humanidade*, mas simplesmente estudar, d'algum modo no interior, cada instituição particular, afim de seguir as linhas directrizes do

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

seu desinvolvimento espontaneo e inserir por assim dizer as modificações legislativas no proprio fio da evolução.

A verdadeira logica é com effeito a da historia, e “a historia não pode deduzir-se”.

§ II

A opposição irreductivel da vida e das leis: investigação das attenuações práticas d'esta antinomia

Se a legislação experimental tem uma patria, essa patria é a Inglaterra.

Macaulay definia nestes termos o methodo seguido desde a epoca de “João” até á epoca de “Victoria”, por 250 parlamentos da Grã-Bretanha: — “Nunca se inquietar com a symetria e inquietar-se muito com a utilidade; não tirar nunca uma anomalia, porque é uma anomalia; nunca innovar, salvo quando algum mal-estar se faz sentir, e então innovar justamente o bastante para afastar o mal-estar; não estabelecer nunca uma proposição mais ampla do que o caso particular a que se trata de dar remedio.”

Aos olhos de Summer-Maine, qual é no caracter d'uma nação a mais alta virtude? E' “a capacidade para applicar e desinvolver o direito como direito, *mesmo em condições contra fias á justiça abstracta*.”

O sr. Chamberlain o declarava com extremada franqueza em um discurso na Camara dos communs: “grande qualidade das leis inglesas *é não serem logicas*.”

Aquelles mesmos dos homens d'Estado ingleses que, comparados aos seus compatriotas, fazem figura de doutrinarios, por exemplo Gladstone, distinguem-se ainda, na expressão do jurisconsulto Dicey, pela preciosa faculdade de “artilhar os sentimentos variados e inconsistentes da sua epoca.”

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

No perpetuo compromisso da sua legislação, a Inglaterra dá-nos o exemplo d'uma nação na qual a classe, rica possue em alto grau o sentimento dos sacrifícios inevitaveis e a classe pobre o sentimento das resignações provisoriamente necessarias.

Assim o legislador inglês, afastando a miragem das proclamações estereis ou das concessões illusorias, soube praticar a arte de capitular a tempo a fim de assegurar aos vencidos as honras da guerra; é por isso que emquanto a legislação francesa *oscillava*, a legislação inglesa *evolutia*.

Uma lei, em Inglaterra, é sempre feita para ser applicada porque corresponde a um fim concreto e immediato. Desde que pelo seu voto reconheceu a utilidade d'uma disposição legislativa, parece que o Parlamento inglês está prompto a dar liberalmente á autoridade publica os homens, o dinheiro e as armas de que ella tem necessidade para a pôr em acção. E' assim que a Inglaterra tem um corpo de funccionarios especiaes para assegurar a applicação das leis sobre a assistencia e é uma das nações ue não hesitara em garantir por castigos physicos a observancia das leis vitaes para a sociedade.

E' raro que a lei inglesa esteja em muito avanço ou em muito atraso quanto aos costumes: geralmente é muito lenta para os ultrapassar, e se quer comprimir-lhes o movimento, o desuso vem feri-la de paralysia.

Mas o legislador ingles intende ás vezes que ha de innovar. E' então curioso notar da sua parte uma tendencia para imitar os processos da vida espontanea do direito, isto é, para preparar por uma serie de experiencias limitadas a formação d'uma regra uniforme e definitiva. A multiplicidade dos estadios attenua, para empregar a linguagem do sr. Tarde, “ descontinuidade propria para as explosões intermitentes da vontade collectiva, chamadas leis.”

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A determinação das condições do trabalho fez-se em Inglaterra por medidas fragmentarias e successivas applicaveis a cada industria determinada: industria do algodão, industria da lã, da seda e do linho, industria das minas e dos caminhos de ferro... etc. Finalmente consolidada em 1878, a regulamentação do trabalho apresenta d'esse modo em Inglaterra um caracter original: é não o desinvolvimento rapido de um principio, mas a lenta totalização d'uma experiencia.

A legislação inglesa sobre a condição das ulheres casadas, no ponto de vista da propriedade e da administração dos seus bens, foi promulgada a principio para a Inglaterra e para a Irlanda, depois extendida á Escossia. O federalismo presta-se admiravelmente á prática dos *ensaios locaes*: é assim que a representação proporcional se desinvolveu na Suissa de cantão em cantão; é assim que a legislação do *homestead*, considerando a inviolabilidade dos bens de família, se espalhou nos Estados-Unidos de Estado em Estado.

O sr. Poincaré em *A Sciencia e a hypothese*, faz, a proposito das leis physicas, esta observação: — "Uma lei experimental está sempre submetida á revisão e deve-se sempre esperar vê la substituir por uma lei mais precisa". Porque uma lei natural, tal como o sabio pode formulá-la, é só *aproximadamente verdadeira*. Por maioria de razão na ordem jurídica, os estatutos parlamentares devem ser considerados como essencialmente transitorios. Muitas vezes o Parlamento inglês, para não comprometer o futuro sem regresso, tem votado leis temporarias, e leis á revisão, especie de leis para ver, se assim nos podemos exprimir. O espirito francês tem difficuldade em conceber que o *Ballot act de 1872*, substituindo pelo voto secreto e escripto o voto publico e oral nas eleições legislativas e municipaes, lenha sido primeiro provisorio.

O Codigo civil espanhol de 1889 tivera o cuidado de prescrever a sua propria revisão, após os resultados d'um inquerito permanente confiado a uma com missão, com a collaboração dos chefes de Tribunal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Todos os dez annos, devia-se proceder a uma revisão de conjunto. Sabias disposições! E' verdade que quasi não téem sido applicadas... Mas emfim a intenção era excellente.

Quaes são pois as correcções a fazer na concepção dogmatica da lei? Os resultados positivos da experiencia inglesa, concordando com os resultados negativos da experiencia francesa, permitem distingui-la.

A natureza estabelece ás vezes a harmonia entre effeitos inconciliaveis em geometria absoluta: já o sr. Berthelot o notou. Ora, na ordem juridica, o legislador está condemnado a um "tour de force" analogo: deve attenuar a definição tradicional da lei pelas exigencias absolutamente contrarias da vida.

Esta conclusão paradoxal é inspirada pelos factos.

A lei é uma regra abstracta e racional, mas para ella tambem é uma virtude ser concreta e empirica.

A lei é uma regra uniforme, mas para ella tambem é um merito promulgar prescripções especiaes para as situações especiaes, e prescripções locaes para as situações locaes.

A lei é uma regra igual para todos, mas para ella tambem é uma necessidade reconhecer que ha desigualdades sociaes actualmente indestructiveis.

A lei é uma regra obrigatoria pela sua origem, mas não tem probabilidade alguma de ser applicada se não obriga primeiro pela sua utilidade.

A lei é uma regra com sancção posta pelo Estado, mas a coacção só é efficaz se permanecer excepcional.

A lei é uma regra feita para amanhã, mas para ella é uma qualidade ser uma synthese do passado.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A lei é uma regra feita para sempre, mas, afim de permanecer viva, deve sem cessar evolutir.

Não faríamos mal em falar duma antinomia *logicamente* irreductivel. Esta antinomia, porém, attenua-se *práticamente* ao ponto de desapparecer, se o legislador acceita de boa mente a collaboração do costume e da jurisprudencia, e se sabe por outro lado, quando quer fazer obra de criação jurídica, proceder, como a natureza, por meio de retoques, e ás apalpadelas, e, como ella, ir da minudencia ao principio, do particular ao geral, da variedade á uniformidade.

E' abandonar a concepção admitida da lei? Não, mas é não conservar d'essa concepção senão os defeitos inevitaveis, na medida em que elles são realmente inevitaveis, e os preconceitos uteis, na medida em que são realmente uteis.

§ III

O methodo de imitação e o direito comparado

Quando no estrangeiro existe uma lei boa, para que nos havemos de cançar a fabricar ponto por ponto uma lei nova e original Não basta promulgar uma traducção fiel e intelligente? O senso commum parece indicá-lo.

Mas, no tundo, a questão não é tão simples, e trata-se de saber se a imitação das leis estrangeiras, de moda irracional que era na origem, pode tornar-se um methodo consciente no progresso jurídico.

O desinvolvimento contemporaneo dos estudos de direito comparado dá a este debate um vivo interesse; porque o methodo parece hoje muito facil para não seduzir infinitamente o legislador.

Imitar não é ser com pouco custo innovador?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

As difficuldades começam na applicação, e o direito comparado, *scientificamente concebido*, apresenta-se como o mais laborioso e o mais aleatorio dos methodos.

1 — Imitar o direito não é simplesmente copiar os textos: é claro que para operar a transfusão d'um direito estrangeiro na corrente do direito nacional, seria preciso com as leis importar as jurisprudencias beneficas que as attenuam, os expedientes felizes que as corrigem, ou as práticas acceitas que as annullam...

"Uma regra de direito é o que é, escreveu o sr. Durkheim, e não ha duas maneiras de a perceber".

Não ha, a nosso ver, fórmula mais inexacta.

Em materia de direito criminal, por exemplo, de que serve colher em uma lei estrangeira o artigo que prescreve uma pena, se não se observou a pena *em acto*, isto é o regime penitenciario? É muito menos facil sem dúvida conhecer isto do que aquillo, mas é isto que importa conhecer. Uma lei estrangeira é sempre excellente se se ignoram os seus resultados.

Os nossos velhos autores, traduzindo as prescripções veneraveis do direito romano, commeteram contrasensos ou solecismos, cujo vestígio longínquo, no seculo XX, não desappareceu ainda inteiramente do nosso Codigo civil. Ora se é já difficil não errar sobre o sentido das palavras, como não havemos de equivocar-nos em qualquer grau sobre o valor das coisas que os textos exprimem ?

O verdadeiro direito d'um país quasi nunca é o que se imita.

Os Estados-Unidos em 1787, tentaram uma transposição republicana da' Constituição inglesa, mas concebiam-na sob um aspecto que ella havia cessado de apresentar no seculo precedente, e é por isso

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que a Constituição americana é no fundo mais monarchica do que a Constituição inglesa.

As Republicas sul-americanas, por terem muito servilmente copiado a Constituição federal, instituíram um regime politico que seguramente não havia funccionado nos Estados-Unidos.

Quaes foram, na epoca moderna, de todas as nações, as mais imitadas? A França e a Inglaterra; algumas vezes a Inglaterra através da França. Mas precisamente estas duas nações são inimitaveis: uma é o país das Constituições ephemeras e das leis inapplicadas; a outra, país de costumes lentamente transformados, só um grande exemplo pode dar pela sua historia, o de não imitar ninguem.

2 — Ha, nos annaes da humanidade, dois prodigiosos exemplos de imitação juridica: a expansão do direito romano, e a irradiação do Codigo Napoleão. Demonstram esses exemplos que o methodo de imitação, applicado na sua fórma mais audaciosa, é um instrumento poderoso e commodo de progresso jurídico? Em que medida e em que condições?

O direito romano "chave d'oiro que abre a porta de todos os outros conhecimentos jurídicos", conservou o seu prestigio secular: é o direito *modelo*, como a Inglaterra era para Le Play a nação *modelo*. Por isso os juristas de Roma, esses "philosophos da jurisprudencia", trabalharam conscienciosamente por fazer do direito do seu país, tão estreitamente nacional pelas suas origens, um direito racional e universal, igualmente notavel pela generalidade das suas prescripções e pela subtileza das suas analyses.

Mas a illusão que haviam criado podia resistir á experiencia?

A França meridional, no antigo regime, vivia sob o imperio do direito romano, mas este direito romano já não era o direito de Roma,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

porque havia soffrido profundamente a acção da jurisprudencia francesa. Que difíiculdades, de resto, para fazer penetrar as criações do espirito, francês nos quadros d'uma legislação talhada para uma sociedade ha tanto tempo desapparecida! O que ha de romano no nosso Codigo civil constitue ainda um obstaculo ao desinvolvimento original do nosso direito. Entretanto nós somos *latinos*.

Transplantado no seculo XVII para a Alemanha, que podia vir a ser o direito romano? Um direito alemão, e com effeito os tribunaes acabaram por applicar um direito romano "facticio... deformado, remoçado, falsificado e desnaturado", na expressão do professor Saleilles, e que quasi não tinha de romano senão o nome. O desinvolvimento dos estudos historicos veiu dissipar esta fantasmagoria, e os alemães esforçaram-se por nacionalizar mais francamente o seu direito, restringindo o campo de applicação das regras romanas, até ao dia, por vir ainda, em que um codigo nacional esconjure para sempre da Alemanha moderna a alma jurídica da velha Roma.

A irradiação mundial do nosso Codigo civil é um phenomeno mais extraordinario ainda do que a expansão relativamente limitada do direito romano. Nós levámos as nossas leis não só á Italia, á Suissa, á Alemanha, á Belgica, á Hollanda, mas ainda á Rumenia, ao Egypto e até ao Japão. O nosso Codigo foi mais longe do que as nossas armas, e mesmo onde as nossas armas o impuseram foi pelo seu prestigio pacifico que sobreviveu ao nosso domínio passageiro.

Quando a Italia, brutalmente submetida á applicação do Codigo Napoleão, recobrou, com a queda do Primeiro Imperio, o seu direito nacional, apressou-se a reformá-lo pelo modelo das leis francesas, e o progresso do direito italiano foi a principio um retrocesso para o direito francês. Como explicar esta derrota singular da lei nacional por uma lei estrangeira? Simplesmente constatando com um jurista itaiano, Chironi que a Italia, comprimida no limiar do seculo XIX nas fachas muito

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

apertadas de uma legislação antiquada, tinha instinctivamente reconhecido no direito francês, recentemente refundido, a fórmula perfeita d'um direito obscuramente elaborado em si mesma.

Quando o direito francês foi introduzido nos Países-Baixos, qual era, fóra das legislações provihciaes, o direito commum dos hollandeses? O direito romano.

No Egypto o direito francês foi d'encontro a um direito propriamente, especificamente egypcio? De modo nenhum, mas ao direito de Mahomet: ora, como muito bem se disse já, os seculos punham maior distancia entre o Egypto do propheta o o Egypto moderno do que o Mediterrâneo entre o tribunal de Aix e o de Alexandria. Deve-se acrescentar que a lei do país deixava sem cultura uma grande parte do campo jurídico e que a demais, em razão da jurisdicção invasora dos consules, todas as leis haviam acabado por parecer applicaveis ao Egypto, menos a lei egypcia.

A Rumenia tem uma legislação “imitada, e nada mais que imitada” da francesa: é um; jurista rumeno que o nota, o sr. C. G. Dissescu. Mas a nossa legislação só encontrou diante uma velha legislação rumena, caída em desuso em consequencia de todos os progressos de ordem economica e social que se haviam produzido fóra d'ella ou contra ella. E se a Rumenia importou o nosso Codigo civil, é porque elle lhe dava occasião de romper com o passado.

Em summa, por quem téem sido imitadas as leis francesas? Por nações incapazes de remoçarem o seu direito. Que se deve concluir? Que para um direito mais vale evolutir pela imitação do que não obedecer de todo em todo á evolução social: nada mais, mas nada menos. E' evidente que uma lei medíocre é excellente, se substitue uma lei peor; que o direito d'outro país pode ser menos estrangeiro a um povo do que as disposições caducas do seu proprio direito; e emfim que uma regra jurídica do momento que era util se torna depressa nacional. E depois é

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

preciso conceder ao sr. Gabriel Tarde que, se os povos imitam, é tambem um pouco pelo prazer de imitar.

Não julguemos porém que apesar das condições particularmente favoraveis da sua transplantação, o direito francês permaneceu no estrangeiro exclusivamente francês.

Mesmo quando cederam, como o Japão, a uma verdadeira crise de imitação, os povos reservaram parte da sua alma nacional: a organização da família é no Japão puramente japonesa, e o Egypto não subtrahiu á lei de Mahomet o regime das successões, nem o estado das pessoas. Um Codigo não é sómente o livro dos interesses, é tambem o livro dos sentimentos.

Além d'isso as leis francesas não tardaram a soffrer o assalto do direito nacional.

A Belgica e a França, assim como notou o sr. J. Van Biervliet, téem o mesmo Codigo, que applicam na mesma língua, em situações similhantes, com magistrados instituídos cm condições quasi identicas, depois de terem recebido unta educação jurídica analoga, e entretanto não téem exactamente a mesma jurisprudencia. De resto, como havia notado o illustre jurisconsulto belga Laurent, o direito da Belgica nunca foi um direito francês: viu-se que as disposições do Codigo Napoleão eram na maior parte conformes a habitos nacionaes, a costumes anteriormente enraizados.

A legislação genebresa é na maior parte devida á legislação francesa. Mas obedece em nossos dias, como a legislação belga, a um movimento proprio de evolução. E sabe-se qual foi em Genebra o motivo do bom exito do Codigo francês! Assegurava a liberdade das convenções, isto é fazia recuar os limites da lei.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

No Japão, o Codigo francês, applicado de 1870 a 1890, devia nesta epoca dar logar a um Codigo redigido lá pelo sr. Boissonnade, conselheiro legista do governo japonês; mas esse Codigo, antes de ser posto em vigor, foi objecto d'uma revisão por parte dos juristas japoneses.

Noutras partes, a reacção foi mais completa: a Holanda unificada tem desde 1838 o seu Codigo, e o Codigo alemão, posto em vigor no 1.° de janeiro de 1900, fez desapparecer dos países rhenanos os ultimos vestígios da legislação francesa.

Assim não se transplanta, rigorosamente falando, um direito, transpôe-se; e na transposição elle perde a maior parte dos seus traços característicos. Duas sociedades differentes podem conformar-se com a mesma legislação, mas pelo modo por que concordam com a mesma religião: vasando-a no molde do seu espirito nacional e tradicional.

3 — Ha do methodo de imitação uma fórma simples e uma fórma sabia.

A primeira consiste em tomar por modelo uma nação eleita na ordem do direito e em segui-la pelo caminho do progresso, como o regimento marcha atrás do tambor-mór que dá o rythmo e marca o passo.

Mas onde está o tambor-mór? E que nação seria hoje bastante modesta e bastante desprovida de espirito critico para imitar em globo uma legislação estrangeira, considerada como boa *em si* e independente do meio historico em que se desinvolveu? Os povos começam a ter consciencia da sua propria originalidade, e a imitação, assim intendida, não apresentaria mais que um interesse puramente retrospectivo, se elles não negassem completamente a originalidade dos outros e não pretendessem pela coacção applicar ás suas possessões exoticas o methodo que para si já não querem.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

No fundo, extender a uma colonia as leis da metropole, não é, com o nome de assimilação, praticar uma politica de *imitação forçada*? A França tem tentado muitas vezes, no curso da sua historia, a experiencia da assimilação legislativa; mas sempre sem exito. A civilização jurídica é apenas o desinvolvimento da civilização material, intellectual e moral, e era vão impôr o nosso direito ás nossas colonias, antes de termos pacientemente transmitido a nossa feição á alma indígena, até então hostil e impenetravel. Mas a ideia de que o direito francês, aproximação do direito ideal, pode ter no mundo uma irradiação indefinida, não permitiu ainda, ácêrca das nossas colonias, o desinvolvimento de uma politica puramente experimental. Sem dúvida, já reconhecemos que é precisa a cada uma das nossas possessões uma legislação original, mas ao governo da metropole, ordenando arbitrariamente pelos seus decretos, deixámos, por uma especie de paradoxo, o cuidado de legislar... Ainda não comprehendemos que uma legislação, colonial deve ser elaborada na colonia e para a colonia, por orgãos coloniaes.

O "direito comparado", fórma sabia do methodo de imitação, por um estudo aprofundado das diversas legislações propõe-se procurar o "typo" de cada instituição juridica e trabalhar assim em distinguir os elementos de um "direito commum" internacional. Tal seria, no dizer do professor Lambert, a "funcção" do direito comparado. Mas por ser mais complicado, o melhodo é mais scientifico?

Cotejar através do direito universal os traços communs em uma instituição jurídica, — o casamento, o divorcio, o direito de associação, o contrato de trabalho, etc, é determinar um ideal? De modo nenhum; é estabelecer uma média. Ora, a uniformidade não é em si mesma desejavel; para um povo, como para um individuo, a superioridade consiste em ser "differente".

Por vermos o divorcio, sob uma ou outra fórma, vigorar por toda a parte, somos obrigados a crer na sua necessidade? A esta

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pergunta, não hesitamos em responder, com o sr. Lambert: *perfeitamente*.

Mas qual é a melhor lórma do divorcio? Não é necessariamente a mais diffundida; vamos encontrá-la talvez numa unica nação, é possível até que esteja ainda por descobrir.

Uma vez estabelecido o typo d'uma institui ção juridica, trata-se de aclimatá-lo num dado país, numa dada epoca. E' o segundo escolho do direito comparado.

O sr. Ch Benoist encontrou no Tribunal supremo dos Estados-Unidos o typo acabado de uma jurisdicção encarregada de fazer respeitar a Constituição contra o proprio legislador. Em condições perfeitamente iguaes, a experiencia americana é decisiva: mas precisamente, como demonstrou o sr. Boulmy, não é valida para a França, porque ha entre o regime constitucional da França e o dos Estados-Unidos, "não só uma differença de grau, mas uma diflerença de genero, que torna as imitações d'um país pelo outro, tão deslocadas e estereis, como os cruzamentos que um criador ignorante tentasse entre duas especies animaes afastadas". Não é absolutamente certo que a intituição de um Tribunal supremo do typo americano sossobrasse *em França*: é uma experiencia a fazer, mas *não se fez na America*.

Quer isto dizer que os materiaes pacientemente unidos pelo direito comparado não sejam utilizaveis? De modo nenhum: o direito comparado é um auxiliar precioso do methodo experimental, quando as suas observações incidem sobre instituições funccionando em condições analogas em povos similares. Para terem um valor geral, só ha as combinações juridicas de ordem puramente technica, como o sistema do *Act Torrens*, organização muito engenhosa e muito commoda da transmissão das propriedades immobiliarías, pela primeira vez applicada na Australia, mas que não está ligada á mentalidade hereditaria d'um povo determinado.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O ponto essencial é não procurar no direito comparado argumentos superficiaes em favor d´uma these preconcebida; a maior parte das vezes, uma rapida colheita de exemplos, aqui e ali, através das legislações, não passa d'uma fórma de dar a um puro *a priori* uma apparencia positiva.

Mas o direito comparado, por mais conscienciosamente praticado que seja, deve ceder o passo ao methodo historico fundado sobre a observação dos movimentos espontaneos do direito; antes de recorrer á imitação, convem examinar se não é possível encontrar na evolução do direito nacional o germen, facil de desinvolver, da reforma desejavel. Se o estudo das legislações estrangeiras então é util, é afim de fazer comprehender melhor nas suas qualidades, como nos seus defeitos, a legislação do país: um direito não é verdadeiramente percebido na sua originalidade, senão comparando-o,

A unificação final do direito no mundo civilizado é ainda uma hypothese seductora, e nada mais que uma hypothese: é certo que na raça branca os direitos cada vez offerecem mais analogia, como as maneiras de viver, de pensar e de sentir. Cria-se entre os homens um direito commum, porque a troca dos productos e das ideias está a ponto de criar entre elles uma sociedade commum. Mas é forçoso deixar esta sociedade ir a pouco e pouco formando por si o seu direito, e não tentar, pela imitação sistematica, um nivellamento antecipado das legislações nacionaes.

O progresso jurídico, effectivamente, só pode resultar da *concorrencia* dos povos para um direito melhor; quer dizer: o verdadeiro titulo do direito comparado não é dar ás diversas legislações uma orientação uniforme, é suggerir, pelo estudo das legislações estrangeiras, soluções verdadeiramente nacionaes.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO II

A funcção legislativa e os seus orgãos

§ I. **Sociedade politica e sociedade real: os dois suffragios universaes** — 1. O suffragio universal,como processo de estatística social. O seu valor é ser relativamente verdadeiro. Estatística minuciosa das opiniões pela representação proporcional. — 2. O suffragio universal dos actos sociaes. As resistencias sociaes effectivas á applicação das leis succedendo ao desapparecimento total das minorias nas assembleias. O homem social rehavendo ou corrigindo o voto do eleitor.

§ II. **As assembleias legislativas: organização do trabalho juridico**.

"Tenho sustentado que o povo tem sempre razão..."

J.-J. ROUSSEAU.

§ I

Sociedade politica e sociedade real: os dois suffragios universaes

Os alemães, nos seus tratados de direito publico, costumam construir a theoria do Estado sem fazer apparccer a multidão movediça dos cidadãos; por isso, ao acabarem, não sabem onde hão de pôr a nação e ás vezes são levados a negar a sua existencia jurídica, como se não fosse verdadeiramente absurdo negar juridicamente uma força real, sempre capaz por definição de talhar logar a si mesma. Conta-se que o imperador, apreciando o esboço de um quadro official, fez ao autor esta observação: "Não tem bastante povo, meta muito povo". A sciencia alemã

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

parece pelo contrario recommendar á nação que occupe o menor espaço possivel e sobretudo que não se mexa, afim de não incommodar nenhum dos grandes poderes do listado.

O nosso ponto de partida, de nós franceses, é inteiramente differente; é até inteiramente opposto .. Mas chegamos quasi ao mesmo resultado. Soberana, a nação não exerce a soberania; não julga, não legisla nem governa, e da sua soberania nominal não retem a titulo effectivo senão o exercício periodico do direito de voto. Mais ainda: a nação eleitoral é apenas uma fracção da nação real e a mais forte das maiorias politicas quasi representa apenas uma minoria social. Em summa, no dizer do chorado Boutmy, a soberania nacional, que parece a principio no primeiro plano, é afinal um simples fundo de quadro, e, dada á nação, a soberania aproveita ao Estado.

Por outro lado, os cidadãos possuem d´algum modo uma dupla personalidade; uma politica, outra social. Téem na ordem jurídica duas maneiras de exprimir a sua vontade: pelos seus votos e pelos seus actos. Contribuindo pelos seus votos para estabelecer leis que são incapazes de realizar pelos seus actos ou criando pela repetição e unanimidade dos seus actos habitos sociaes que não querem inscrever na lei, perpetuam a opposição do direito social e do direito legal.

O problema da organização legislativa, é deprimir ou supprimir em a nação o dualismo da sociedade politica e da sociedade real; o problema da educação jurídica do espirito publico é deprimir ou supprimir no individuo o dualismo do ser social e do ser politico.

1 — O suffragio universal é um processo muito simples de estatística social; traduz, de maneira rudimentar, mas por algarismos claros e precisos, a transformação das necessidades e o movimento das ideias. Censuram-lhe, com razão, ser inintelligente. A intelligencia, porém, é uma qualidade individual, aliás pouco diffundida, não um attributo da

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

conectividade; o merito do suffragio universal, e nâo pode ter outro, é ser verdadeiro, relativamente verdadeiro, grosseiramente verdadeiro.

O suffragio restricto tem um vicio irremediavel, que é recusar existencia politica á immensa maioria d'aquelles que téem existencia social. Era 1878, havia em França um milhar de eleitores por departamento: ricos proprietarios, grande negociantes, altos funccionarios; em 1846, tresentos mil censitarios, fornecendo 200:000 votantes, ou seja uma maioria de 100:000 e um votos... Numa palavra, a classe rica fizera da sua preponderancia social um monopolio absoluto na ordem politica; a estatística eleitoral era uma pura mentira, porque a nação real óstava quasi toda fóra do país legal. Recusa-se o suffragio politico a todo o ser que não tem na vida social uma parte independente de actividade, criança, mulher casada e sem profissão, muito bem! Mas o illetrado que trabalha é um elemento da sociedade; se o seu voto é esquecido na grande addição em que se pretende distinguir a orientação legislativa, o total é inexacto. Na ordem dos interesses concretos, a opinião d'um operario ou d'um camponês vale a d'um membro do Instituto; completam-se até porque os dois não téem o mesmo ponto de vista e nenhum ponto de vista é para desprezar. Bella missão a de confiar á classe culta o cuidado de representar no concerto politico a classe ignorante e pobre; mas esta não pode ser representada senão por si mesma e a classe rica, em questão de intelligencia, tem sobretudo a dos seus proprios interesses, que identifica com o interesse geral... Assim como o suffragio restricto tem um grande defeito, que é precisamente ser restricto, o suffragio universal tem uma grande virtude, que é ser universal. Ampliar o suffragio universal é portanto augmentar o seu valor “estatístico”, que constitue o seu valor essencial.

Do facto de que é universal ha de concluir-se que o suffragio politico deve permanecer uniforme? A estatística eleitoral estaria mais perto da realidade se o voto de cada um fosse não só contado, mas tambem pesado. Os theoricos e os práticos da politica é que não encon-

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

traram ainda, para dosar o merito social, nenhuma balança aproximadamente exacta.

Conceder duplo, triplo ou quadruplo voto á instrucção, á riqueza, á idade madura, á profissão, á situação de família, é politicamente amplificar differenças sociaes que se altenuam perante a força crescente do numero e por conseguinte correr o risco de falsear o suffragio universal, a pretexto de o tornar mais delicado. “Que é uma desigualdade, senão um privilegio da banda de um e uma servidão da banda de outro?”, disse o sr. Fouillée. A democracia, que difficilmente se inclina perante as desigualdades naturaes, é impaciente com todo o privilegio legal, com toda a servidão politica. E o sistema do *voto plural* não resgata pela certeza e pela importancia dos seus resultados uma apparencia de iniquidade.

A representação dos interesses parece inspirada por um puro espirito scientifico, estranho a toda a ideologia. Mas fazer do suffragio politico um suffragio estrictamente profissional, é em verdade fundir a nação real e a nação legal? Dãos-se um ou muitos logares de deputado ao meu syndicato, á minha camara de commercio, à minha universidade; mas eu não sou completamente o homem do meu sindicato, da minha camara de commercio, da minha univer-sidade; sou o homem das minhas ideias, da minha familia, da minha patria; não sou com pletamente empreiteiro, cambista ou esculptor, sou pai, marido, consumidor. O ponto de vista profissional é um ponto de vista unilateral e em verdade seria absurdo tormar por meio de um recrutamento profissional assembleias legislativas que levam a maior parte das suas reuniões a elaborar leis, que não são profissionaes. O sistema da representação dos interesses é uma manifestação d´essa especie particular de ideologia que se pode chamar a ideologia materialista.

Como chega uma estatistica a ser verdadeira? Á força de ser minuciosa. Um total só tem interesse se se pode analysar a multiplicidade

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

dos elementos de que é a somma. O sistema da *representação proporcional* responde a esta exigencia; não desloca a maioria em a nação, mas permite à maior variedade possivel de interesses e de opiniões exprimir-se numericamente a cada consulta eleitoral. numa palavra, tende a realizar o fim do suffragio universal, que é tornar visíveis, sem convulsão revolucionaria, as forças latentes da nação, todas as forças, a das minorias como a das maiorias, a das ideias como a dos appetites materiaes.

Um parlamento deve ser um microcosmo nacional para que a nação tenha alguma probabilidade de se reconhecer na lei.

2 —Como todas as estatísticas, a estatística eleitoral exige ser interpretada; é necessario procurar nella outra coisa além da soberania bruta d'uma cifra global. Nada poderia substituir as informações fornecidas sobre as tendencias d'uma nação pela estatística eleitoral, mas essas informações necessitam primeiro ser bem comprehendidas, e em seguida completadas e rectificadas.

Mesmo quando as minorias estão representa- das no seio das assembleias legislativas, não téem uma acção jurídica exactamente equivalente á sua acção social. No parlamento, a maioria tem toda a força, e se quer usar d'ella, a resistencia da minoria, exgotando-se em alguns discursos, torna-se rapidamente nulla. Mas ao retrahimento total ou parcial das minorias nas assembleias succedem as resistencias sociaes á applicação das leis. Thcoricamcnte, uma lei tem a mesma força obrigatoria, seja qual fôr a maioria que a votou. A experiencia, porém, tem demonstrado que a lei, se não fosse sustentada pelo sentimento quasi unanime da nação, permaneceria mais ou menos letra morta. O numero constitue a aproximação mais perfeita dos dados de equilíbrio social nas sociedades contemporaneas. Não se governa contra o numero, é necessario pois governar com elle. Mas o numero limita o numero, e o algarismo que exprime uma minoria tem seu valor, tal como o algarismo

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que exprime uma maioria. Do facto de que é impossível encontrar a fórmula prática duma representação organica das forças vivas da nação, d'uma synthese politica das energias reaes da sociedade, não se deve concluir que essas forças não existem, que essas energias dormem.

Por outro lado, uma nação, ainda mesmo com um voto unanime e enthusiasta, não é senhora de se transformar pela lei, porque uma nação é o que é, e não o que quer ser: contra si mesma não podia legislar sem se assimilhar a esse barão d'uma lenda alemã que puxava pelos cabellos para se erguer ao ar. A febre eleitoral é uma febre ideologica: o eleitor, escapando pelo segredo do voto á compressão das servidões sociaes, exaltado pela illusão da soberania, credulo na poesia d'um programma ou na eloquencia d'um orador, parece-se com o philosopho edificando sobre a taboa rasa. Bem depressa, pois, longe da multidão politica, o eleitor encontra-se a si proprio, e encontra-se homem particular, muito menos especulativo e altruísta na sua vida de todos os dias do que no exercício do seu poder soberano.

E' o suffragio universal dos actos sociaes a rectificar o suffragio universal dos actos políticos.

E' portanto necessario, para determinar com toda a sinceridade as tendencias da vontade publica, examinar *parallelamente* como a nação vota e como ella vive.

Os partidos modernos téem a este respeito uma feliz propensão para pôr em foco a solidariedade de interesses que une os seus adheren-tes, é o começo de uma evolução para a politica concreta, um primeiro passo para a educação realista de suffragio universal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ II

Assembleias legislativas: organização do trabalho juridico

O melhor parlamento é o que mais escrupulosamente exprime a nação na sua complexidade. Não ha argumento mais forte para justificar a dualidade das assembleias legislativas, Camara alta e Camara popular, eleitas por um modo differente de escrutínio.

Duas estatísticas eleitoraes valem mais que uma, porque se interpretam e corrigem uma pela outra.

Além d'isso, como já dissemos, a estatística eleitoral ensina, não ordena. E' bom que a nação imponha aos seus representantes uma direcção geral, porque as assembleias não podem levar a nação por um caminho que ella não quer seguir; é mau que ella lhes dite soluções particulares, porque o suffragio universal, competente para apresentar problemas, não é apto para elaborar soluções, isto é para exercer a funcção juridica e legislativa.

Mas as assembleias politicas, que são uma imagem reduzida da grande multidão eleitoral, não estão nesse particular feridas de uma incapacidade relativa?

“Quero ser governado pelas melhores leis possíveis, escreveu o sr. de Laveleye; como sou incapaz de as descobrir, nomeio para este effeito pessoas especiaes, da mesma fórma que para ter caminhos de ferro me dirijo a engenheiros”.

Ora, resulta precisamente da origem popular das assembleias legislativas que não são unicamente compostas de “pessoas especiaes”, profissionalmente seduzidas por uma funcção especial.

Um parlamento não tem unicamente por missão elaborar regras jurídicas: está associado tão intimamente ao exercício do poder governamental que uma questão tem tanto menos probabilidades de

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

interessar as assembleias legislativas quanto é mais “jurídica” e menos “politica”. A maior parte das modificações introduzidas no Codigo civil francês téem sido votadas sem discussão, ou com a sombra d'uma discussão. Os debates puramente jurídicos decorrem sem ecco, perante assembleias reduzidas a um pequeno numero de membros que se encontrara, pela sua anterior profissão, ou pelos seus estudos pessoaes, mais aptos para lhes comprehender o alcance.

Por isso mesmo, nas sessões publicas das assembleias legislativas, todo o trabalho serio de elaboração jurídica, é práticamente impossível. O direito novo parece nascer nos labios dos deputados e receber na saída a consagração das suas mãos levantadas: mas, na realidade, a assembleia é uma especie de *meeting* chamado a pronunciar-se sobre textos laboriosamente preparados, fóra d'ella, no seio das commissões ou nos conselhos do governo: ella vota a lei, não a “faz” rigorosamente falando, e é mesmo para temer que, por uma emenda improvisada, não vá destruir o sabio equilíbrio d'um projecto longamente meditado. Numa discussão oral, os espíritos atacam-se, não téem tempo de se penetrar; é o corpo-a-corpo dos argumentos, dos partidos e dos homens.

Ora, o trabalho jurídico é d'aquelles que exigem o maximo de paciencia e de imparcialidade. Estudar duma maneira aprofundada os movimentos dos usos e da jurisprudencia, os resultados effectivos das legislações estrangeiras, reunir e interpretar os dados da estatística, é um trabalho propriamente scientifico e technico. Nenhuma intuição nelle pode ter logar.

O que fez o alto valor do Codigo civil francês é que foi quasi todo obra de juristas profissionaes procurando resumir, sem intuitos políticos reservados, o direito vivido, o direito historico, o direito nacional do seu país.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Em França, o trabalho jurídico faz-se d'uma maneira fragmentaria e incoherente; não está organizado. A collaboração do Conselho d´Estado na redacção dos projectos de lei é rara e accidental.

Na Inglaterra ha uma especie de officina legislativa, o *Parliamentary Counsel´s Office*, á qual é ordinariamente confiada a redacção dos *bills* governamentaes, e como se sabe naquelle país a maior parte das leis nascem da iniciativa governamental. É uma instituição modesta, funccionando sem ruido e por assim dizer de perfeito accordo, graças á qual o estylo verboso e obscuro das leis inglesas ganhou em precisão e em clareza. O nosso Conselho d'Estado podia prestar ao Parlamento serviços menos estreitamente technicos e assegurar pela reconhecida competencia dos seus membros, uma base verdadeiramente scientifica á discussão dos textos legislativos. Ha, fóra de dúvida, no seio das com missões parlamentares, homens eminentes e instruídos, mas a composição, variavel e variada, d'essas com missões permite-lhes antes a troca rapida das ideias que o esforço persistente necessario para reunir os materiaes da elaboração legislativa, e dar por este modo ao estabelecimento d'um texto o solido alicerce das realidades objectivas previamente verificadas.

Note-se aliás que é impossível “centralizar” de maneira absoluta a preparação das leis, porquanto eilas levantam as questões mais complexas, e para cada uma d'estas ha logar a pôr em jogo todas as competencias especiaes. Ha no Codigo civil um certo numero de artigos cujas prescripções, assentando sobre dados physiologicos, não poderiam ser sabiamente revistas senão mediante um relatorio da Academia de medicina: puberdade, idade do casamento, duração legal da gravidez.

Em França certas sociedades particulares, taes como a Sociedade de estudos legislativos, a Sociedade francesa de habitações baratas, a Sociedade geral das prisões, téem tomado a iniciativa de elaborar projectos legislativos, de que o Parlamento tem muitas vezes

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

acolhido as disposições essenciaes. E' a preparação das leis pela *iniciativa privada*!... A esta preparação parece reservado um fecundo futuro, porque os “especialistas” téem qualidade para inspirar, mais que ninguem, soluções cuja applicação estão destinados a soffrer ou a assegurar.

Significa isto que toda a gente preparará qualquer dia as leis, menos o proprio legislador? Seria para a nação o meio de retomar indirectamente, mas seguramente, o exercício do poder legislativo: fim em si mesmo desejavel, porque se a nação delega um attributo da soberania, não é por principio, é *por necessidade*.

———————

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Conclusão

A relatividade da lei e a funcção jurídica da illegalidade: o conflito permanente do legislador, do juiz e dos costumes, como agente do progresso jurídico. — A efficacia mínima das leis: a lei, resultante e não criadora. — A noção de força, substituída á de soberania. A noção de funcção substituída à noção de poder. Nem poderes, nem soberano: funcções e orgãos. Mudança de palavra, implicando uma mudança de methodo.

"Não nego o poder das medidas politicas: circunscrevo-o."

AUGUSTE COMTE

A observação imparcial da vida jurídica, objecto da sciencia do direito, mostra que existe em toda a sociedade um coefficiente de illegalidade, do qual se pode dizer que é inevitavel, pois que, se varia segundo o tempo ou o logar, jámais é inteiramente nullo: parece que a illegalidade, *numa certa medida*, é um phenomeno normal da vida do direito, e muitas vezes, com effeito, já o notámos, o progresso jurídico opera-se pelo conflicto reciproco do legislador, dos juizes e dos costumes.

A lei só existe se a respeitam: é certo.

Mas, não sendo atacada pela palavra ou pelo acto, progride? E' pelo menos duvidoso.

O pobre quando vai incommodado a andar, fende cora um canivete o coiro do seu calçado muito apertado, se o tem... Mas livra-se de ir descalço.

Ora, é talvez o caracter *relativo* da lei que permite â sociedade evolutir sob esta carapaça rígida, sem abandonar, *no seu conjunto*, o regime de legalidade, tutelar da liberdade individual.

E sem dúvida convem respeitar bastante a lei, mas não respeitá-la *muito*: a illegalidade, como o crime, segundo o sr. Durkheim, é uma manifestação do individualismo, e é pelo individuo que tudo começa, *até o direito*.

Depois, a illegalidade, emquanto se conserva individual, não põe a lei seriamente era perigo. Tornando-se collectiva, constitue uma advertencia ao legislador: indica-lhe o desaccordo crescente da sociedade e da lei. Demonstra-lhe pelo facto "que o mundo social, como disse Spencer, está muito longe de ser uma massa á qual a cosinheira pode dar a fórma que mais lhe agradar: a de pastel ou a de torta".

Seria muito facil legislar se as más leis fossem sempre applicadas.

Ha, pois, de certo modo uma funcção juridica da illegalidade, como ha, podia-se dizer, uma funcção intellectual da heresia.

Mas se as illegalidades se multiplicassem, sem occasionar o *accordo final* dos textos e dos costumes, seriam, em logar dum fermento de vida, um symptoma de decomposição.

Uma sociedade não pode, sem soffrimento, estar em contradicção comsigo mesma.

Este estado de anarchla pode ter por causa o desinvolvimento da indisciplina social: muitos desobedecem á lei, porque não querem tolerar nenhuma regra, não porque desejem outra regra.

O mal-estar, porém, resulta as mais das vezes do erro das assembleias legislativas, tomando á letra a ideia de soberania: apesar da

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

experiencia, não querem perceber a efficacia mínima da lei, resultante e não criadora.

Em verdade, ha, na ordem constitucional, antes funcções ou orgãos do que poderes: mudança de palavras, que implica uma mudança de methodo.

Para as democracias a grande necessidade da hora presente é conhecerem-se bem a fim de melhor operarem: uma democracia, que é um esforço consciente para favorecer a liberdade e a justiça pela legalidade, não tem o direito de se enganar sobre o valor exacto do instrumento legislativo.

Apparecerá entre os legistas um Claude Bernard para escrever uma *Introducção ao estudo da legislação experimental*?

Esse trabalho não seria por certo inutil á educação politica da nação soberana e dos seus representantes.

Sem dúvida, deve-se dizer com Cousin que "é um facto tambem, e um facto incontestavel que aos olhos dos homens o facto não é tudo e que a ideia do direito é uma ideia universal".

Mas deve-se tambem reconhecer que os homens não estão aptos para a realizar immédiatamente em todas as suas consequencias sociaes: ora, para o legislador, não ha outro absoluto senão o possível.

E se fosse preciso com uma phrase resumir a conclusão d'esta obra, diriamos: o direito não domina a sociedade, exprime-a.

———————

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

INDICE

———————

INTRODUCÇÃO

A genese das leis e a soberania do legislador

I. Consagração dogmatica da lei. — II. A liberdade do individuo perante o direito illimitado da nação soberana; inefficacia d'uma theoria philosophica para moderar a acção do Estado. — III. A força effectiva do Estado aggravada pelo temor desarrazoado da sua omnipotencia imaginaria. — IV. Necessidade de encarar o direito como uma questão de facto. — V. Das sociedades primitivas ás sociedades modernas, o direito mudou de fôrma, não de caracter. Se não nasceu do costume e da jurisprudencia, a lei para entrar no direito vivo é obrigada a tornar-se jurisprudencia e costume. — VI. O methodo da experiencia e as correcções a fazer na concepção theorica da lei. — VII. Unico limite efficaz da omnipotencia legislativa: noção experimental da inutilidade prática das leis contrarias ao equilibrio real da sociedade.....2

———————

PRIMEIRA PARTE

O direito espontaneo e a lei escripta

LIVRO PRIMEIRO

O direito do juiz e o direito do legislador

CAPITULO I — **O respeito ficticio do direito consagrado**.....18

§ I — **A evolução do direito romano e a prática judicial**. — 1. A interpretação do direito consagrado como modo de formação do direito novo. — 2. O typo do magistrado-legislador: como o pretor

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

criou o direito pretoriano. — 3. A arte de illudir os princípios; papel das ficções e simulações na evolução do direito romano. — 4. A negação do direito espontaneo e a anitose do direito romano. — 5. As instituições jurídicas de Roma, producto da historia 20

§ II — **O alcorão e as tranformações clandestinas do direito muçulmano**. — 1. Reforma do direito pela alsificação dos textos — 2. Como os jurisconsultos muçulmanos fizeram falar Mahomet legislador. — 3. Rehabilitação não confessada do costume. — 4. As quatro interpretações orthodoxas dos textos sagrados..... 27

§ III — **O Juiz legislador na Inglaterra e o tradicionallismo evolutivo do direito inglês**. — 1. O corpo do direito consuetudinario inglês, um direito occulto "no seio" dos magistrados. — 2. Culto perpetuo dos precedentes judiciaes. — 3. Evolução jurisprudencia d'um costume theoricamente immutavel. — 4. 0 Juiz inglês e os estatutos do Parlamento 31

CAPITULO II — **A acção innovadora da jurisprudencia francesa** 36

§ I — **A logica Judiciaria e a interpretação automatica dos textos**. — 1. Hostilidade tradicional contra o juiz legislador. — 2. Concepção mathemalica da interpretação das leis..... 37

§ II — **A casuistica judiciaria e o sentido evolutivo das leis**. — A illusão de tirar todo o direito da lei. — 2. O duplo sentido dos texto: sentido historico e sentido logico — 3. A combinação dos artigos. — 4. O jogo dos princípios. — 5. O juiz, legislador á força..... 39

§ III — **A Jurisprudencia Iniciadora do direito novo: exemplos trrados da evolução do direito francês**..... 45

CAPITULO III — **O valor da Jurisprudencia** 51

§ I — **O ponto de vista concreto do Juiz e o ponto de vista abstracto do legislador: caracter experimental da legislação judiciaria** 52

§ II — **O arbitrio do juiz e a disciplima dos textos; utilidade prática do preconceito da lei**. — 1. Perigo d'uma sophisticação consciente do direito consagrado. — 2. A lei, imperativo categorico da consciencia social 54

§ III — **Ossificação final do direiito Jurisprudencial; a rotina judiciaria** 59

LIVRO SEGUNDO

O direito dos costumes e o direito do Estado

CAPITULO I — **Os costumes politicos contra as leis constitucionaes** 61

§ I — **Uma nação constitucional sem Constituição: a Inglaterra** ... 62

§ II — **A revisão das constituições escriptas, pelos costumes políticos**. — 1. Deformação da Constituição dos Estados-Unidos. — 2. Deformação das Constituições francesas; impossibilidade de encontrar na historia da França uma Constituição applicada 65

§ III — **Theoria Juridica das revoluções e dos golpes d´Estado**. — 1. A tradição francesa: a Revolução como modo normal de abrogação das Constituições escriptas. - 2. A fragilidade das Constituições escriptas e suas causas; conflicto das forças oonstitucionaes e das fórmas politicas..... 72

CAPITULO II — **O governo contra a lei: as práticas illegaes da Administração** 76

§ I — **A psychologia da funcção administrativa: ordem publica e legalidade** 77

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ II — **A autoridade administrativa e o poder de não executar a lei**. — 1. O abuso das dispensas. — 2. A inapplicação das leis 79

§ III — **Ha uma sancção possível das leis quanto ao governo**? Soluções simplesmente aproximativas do problema 84

CAPITULO III — **O direito sexual e familiar na vida e nos textos**..... 88

§ I — **União legal e união natural dos sexos**. — I. Como a lei favorece a concubinagem, ignorando-a. — 2. O divorcio, estatística judicial dos esposos desunidos 90

§ II — **Os ataques modernos ao governo cesariano da família**. — 1. O enfraquecimento do absolutismo marital. — 2 A limitação do absolutismo paternal 94

CAPITULO IV — **O conflicto da Lei e da Evolução economica**..... 97

§ I — **O desinvolvimento autonoma do direito do capital** 98

§ II — **Os delictos operarios de hontem como elemento do direito operaria de hoje** 101

CAPITULO V — **O direito corporativo e a lei nacional** 102

§ I — **A sobrevivencia do direito canonico: a Egreja catholia e as congregações** 103

§ II — **O renascimento do direito corporativo; theoria juridica da soberania dos syndicatos operarios** 105

CAPITULO VI — **O direito dos contratos e o direito do Estado**..... 109

§ I — **A derogação das leis por accordo privado** 110

§ II — **A reacção contratual quanto ás leis imperativas** 112

CAPITULO VII — **O valor do costume** 116

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ I — **A jurisprudencia dos actos sociaes** 117

§ II — **A rotina costumaria** 119

———————

SEGUNDA PARTE

O dogmatismo legislativo o a legislação experimental

LIVRO PRIMEIRO

Os elementos da concepção dogmatica da lei: defeitos necessarios e preconceitos uteis.

CAPITULO I — **A Lei como formula dos princípios: existem principios?** 124

§ 1 — **Os "a priori" do direito racional: não ha, nem pode haver direito theorico**. — 1. Formação historica dos principios. — 2. As variações do direito ideal; o pretendido direito natural. — 3. Esterilidade Jurídica das ideias puras. — 4. Funccão pratica das abstracções em matéria juridica 126

§ II — **O caracter ficticio da generalidade das regras legaes** — 1. Papel dos factos particulares na genese das leis. Historia legislativa da revisão dos processos criminaes — 2. Os meios jurídicos de violar a lei: por medida individual. 0 legislador contra a lei: as "falsas leis"; casos em que a autoridade legislativa põe obstaculo á execução das leis. A desigualação da lei pela administração: o regime do favor. A individualização da lei peio juiz; o renascimento do caracter arbitrario das penas..... 134

CAPITULO II — **A igualdade perante a lei, e a luta do individuo pelo direito** 139

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ I — **O poder como medida do direito: os privilegios legaes das classes socialmente preponderantes**. — 1. O Codigo civil, direito da burguesia. — 2. O Codigo do trabalho, direito da classe operaria 140

§ II — **O beneficio apparente e o beneficio real das leis de protecção: luta dos indlvlduos e das classes pela conservação e valorização dos seus direitos legaes** 145

CAPITULO III — **A Psychologia da obediencia ás leis** 147

§ I — **Os fundamentos caducos da obediencia as lei** 148

§ II — **O respeito das leis e a ideia da soberania nacional; o regime democratico, governo do espirito critico** 149

§ III — **O enfraquecimento geral e inevitavel da autoridade moral das leis e a psychologia comparada da obediencia ás leis** .. 151

CAPITULO IV — **A luta do Estado pela lei** 154

§ I — **A especialização da industria de administrar e o preço das leis** 155

§ II — **O fraco resultado da coacção** — I. A decadencia das sancções legaes: progressos parallelos do direito penal e da criminalidade. — 2. O crime, industria privada; a repressão, industria do Estado. O melhor direito penal, uma boa policia. — 3. Diflicutdade de forçar a vontade individual. Gol laboração necessaria das forças espontaneas. Substituição nas relações entre o Estado e os particulares, da subordinação peia cooperação, da hicrarchia pela associação. — 4 O codigo pe nal, moral do Estado. Utilidade jurídica da moral privada. A abundancia das leis como symptoma do abastardamento dos costumes 157

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO V — **A illusão de legislar para o futuro; atraso necessario das leis sobre os factos** 164

§ I — **O papel normal da lei; a conflagração dos factos adquiridos**..... 164

§ II — **O poder revolucionario da invenção e a linha quebrada da evolução**..... 166

§ III — **As sobrevivencias legislativas**..... 170

CAPITULO VI — **A morte natural das leis: o desuso** 173

1. Existencia puramente tbeorica dos textos attingidos pelo desuso. — 2. A prescripção de facto das leis inapplicadas. — 3. Sistema francês e prática inglesa. Repugnancia do espirito francês em dar consequencias jurídicas a um facto natural 173

CAPITULO VII — **A ignorancia das Leis** 178

§ I — **Da maxima "A Ignorancia da lei não aproveita a ninguem"** — 1. A vida quotidiana e os textos legislativas. — 2. Leis excellentes: as que se observam sem se conhecerem 179

§ II — **A organização do reclamo legislativo: beneficios e maleficios da ignorancia das leis**. — 1. As fissuras dos textos e a deshonestidade publica. — 2. Accrescimo do resultado social das leis pela sua vulgarização..... 181

CAPITULO VIII — **A Conquista do Poder politico e o Methodo revolucionario** 184

1. A Revolução francesa de 1789 foi social? — 2. Uma revolução politica: a revolução de 1830. Uma revolução social: a revolução de 1848. Legislação grandiloqua e inapplicada da segunda Republica. — 3. A acção legislativa, remate da acção social..... 185

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CAPITULO IX — **A incidencia das Leis** 189

§ I — A Incidencia das leis em materia fiscal 190

§ II — O caracter geral do plenomeno da Incidencia. Exemplos diversos 193

CAPITULO X — **A lei e a liberdade** 196

§ I — **A' parte as leis que revogam as leis oppressivas, ha leis liberaes? as leis que limitam o Estado** 196

§ II — **O liberalismo da coacção social acerca das relações entre particulares: a liberdade considerada como producto d'uma regulamentação** 199

LIVRO SEGUNDO

A legislação experimental

CAPITULO I — **O methodo** 203

§ I — **A observação dos movimentos espontaneos da direito: necessidade, antes de legislar, de "ver em ordem" a "vida Jurídica existente** 204

§ II — **A antinomia Irreductivel da vida e das leis; investigação das attenuações práticas d´esta antinomia** 206

§ III — **O methodo de Imitação e o direito comparado**. — 1. Imitar o direito não é copiar os texlos. O verdadeiro direito d'um país não é quasi nunca o que se imita — 2. A irradiação mundial de certos direitos na-cionaes e as suas causas particulares: não se transplanta um direito, transpõe-se — Verdadeira funcção do direito comparado 210

CAPITULO II — **A funcção legislativa e os seus orgãos** 220

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

§ I — **Sociedade politica e sociedade real: os dois suffragios universaes**. — 1, O suffragio universal, como processo de estatística social. O seu valor é ser relativamente verdadeiro. Estatística minuciosa das opiniões pela representação proporcional. — 2. O suffragio universal dos actos sociaes. As resistencias sociaes effectivas á applicação das leis succedendo ao desappare-cimento total das minorias nas assembleias. O homem social rebavendo ou corrigindo o voto do eleitor 220

§ II — **As assembleias legislativas; organização do trabalho juridico**..... 226

Conclusão

A relatividade da lei e a funcção juridica da illcgalidade; o conflicto permanente do legislador, do juiz e dos costumes, como agente do progresso jurídico — A efficacia mínima das leis; a lei, resultante e não criadora. — A noção de força, substituída á de soberania. A noção de funcção substituída á noção de poder. Nem poderes, nem soberano; funcções e orgãos. Mudança de palavra, implicando uma mudança de methodo 230

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br