

CLASSIFICAÇÃO

65:378(51)

34(51)(45)

# REVISTA

DA

## Faculdade Livre de Direito

DA

### BAHIA

CORPO DE REDACÇÃO

DR. JOSÉ AUGUSTO DE FREITAS (Redactor Chefe)

DR. SEBASTIÃO PINTO DE CARVALHO

DR. AFFONSO CASTRO REBELLO

DR. MANUEL JOAQUIM SARAIVA

DR. FIRMINO LOPES DE CASTRO

VOLUME PRIMEIRO

1892

LYTHO-ZINCO-TYPOGRAPHIA LIGUORI & C.

15 - Largo das Princesas - 15

BAHIA

continua, incessante, sem treguas—que perdurará enquanto o mundo perdurar — não ha energias perdidas, como não ha sacrificios inuteis: todos valem na sua medida, quando não pelos seus resultados directos e immediatos, ao menos pelo testemunho, que constituem, de amor do dever, e devotamento á mais nobre e elevada das causas a cujo serviço pôde o homem dedicar sua actividade, e consagrar o vigor do seu espirito.

Bahia, 13 de Agosto de 1892.

*Dr. José Augusto de Freitas*

*Firmino L. de Castro*

*Sebastião Pinto de Carvalho*

*Afonso Castro Rebello*

*Dr. Manuel Joaquim Saraiva.*

## MATERIA DOUTRINAL

340112(04)

### Esboço da evolução conceitual do direito

Estimulo de longas controversias, objecto de fecundas discussões — o direito tem occupado sempre a attenção de notaveis philosophos e de eminentes pensadores.

A' theoria metaphysica, que por tanto tempo avassalou os espiritos e que culminou no genio admiravel de Kant, succede hoje a concepção positiva do direito, como um producto cultural da humanidade, fazendo pela primeira vez a sua appareição no vasto palco da historia, quando no seio das agglomerações humanas assignalaram-se os primeiros esboços de sociedade.

Longe vão os tempos em que a velha doutrina theologica, que tudo explicava pelo prestigio sobrenatural de uma vontade suprema, exercia sobre o mundo uma auctoridade soberana, sustentada e defendida por sectarios ardentes, d'entre os quaes destacam-se os vultos grandiosos dos doutores da Igreja.

Longe vão os tempos em que, alumando ou convertendo as almas, fulgia, como um pharol solitario, o genio immortal do *Doctor Angelicus* ou vibrava, como um clarim de combate, a magica eloquencia do Bispo de Hippona.

O theologismo que, é força confessar, teve ainda no nosso seculo illustres representantes em de Bonald, de Maistre e outros, entooou, pode-se dizer, seu derradeiro cantico de gloria em principios de seculo XVII, quando na arena das discussões philosophicas surgiu a grande figura do publicista hollandez, rasgando nos velhos moldes, até então respeitadas, horisontes novos á metaphysica e emancipando o pensamento scientifico de preconceitos até então triumphantes.

Hugo Grotius, com effeito, reatando o fio de idéas philosophicas da antiguidade, interrompido pela grande tregua da idade-media, proclamou o homem « um animal de natureza superior, que sente a necessidade de reunir-se, segundo os dados de sua intelligencia, em um estado de

sociedade pacífica, a que os estoicos chamavam *estado domestico*. » Den por origem do direito a idéa de vida social immanente no espirito do homem; e a sociedade, conforme a sua theoria, é o resultado de um contracto primitivo, firmado segundo o direito.

Como se vê, a theoria do celebre erudito marca um progresso sensível do espirito humano no campo das especulações juridico-philosophicas, quando afirma que o direito reside na natureza, quer seja esta o producto da elaboração propria da materia, quer seja a criação magnifica de Deus.

Seguindo no terreno desbravado a senda aberta pelo ousado polemista, uma legião de eminentes espiritos, entre os quaes avulta a poderosa individualidade de Rousseau, estabeleceram por ponto de partida de varios systemas a origem naturalista do direito, sustentada por Grotius, e trouxeram, por muito tempo, agitada pelos embates de divergencias subteis a alta e serena região da philosophia.

Na verdade, Hobbes, Puffendorf, Locke, Rousseau e outros, reconhecendo como Grotius, a existencia de um direito natural, discordam, entretanto, quanto ao fundamento deste direito, quanto á natureza do contracto sobre que repousa a sociedade, e quanto á extensão da força obrigatoria do mesmo contracto. Na esphera do direito publico cada um delles proclama a superioridade da forma de governo que mais harmonicamente amolda-se ás suas theorias.

Hobbes, longe de contemplar no homem um animal de natureza superior propenso á vida social, lança a sua celebre maxima — *homo homini lupus* — e funda o direito sobre a força movida pela necessidade da propria conservação. Proseguindo no desenvolvimento das suas idéas, sempre coherente com os principios da sua terrivel doutrina, Hobbes chega á conclusão de que a melhor forma de governo para os povos é o despotismo — *monarchia absolutissima civitatis optimus omnium status*.

Puffendorf, sem nada crear de original, sem emittir, sequer, um conceito ou uma idéa nova, limitou-se a conciliar as theorias de Hobbes e de Grotius, dando por fundamento ao direito o instincto de sociabilidade aliado ao sentimento do egoismo; o que valeu-lhe, da parte de Leibnitz, o severo juizo: *vir parum jurisconsultus et minime philosophus*.

Locke, afastando-se das theorias precedentes ou antes modificando-as, pois não recusa o principio fundamental adoptado por ellas, funda o direito sobre o interesse.

Rousseau, espirito fecundo e original, formidavel destruidor de preconceitos e incomparavel constructor de paradoxos, publica em 1760 o seu celebre *Contracto Social*, cujas idéas foram desde então de tal modo discutidas que ainda hoje chegam-nos aos ouvidos os echos rumorosos da polemica.

Nesse livro, em que as audacias do pensamento desafiam a pureza incorruptivel do estylo, o grande e infeliz escriptor sustenta que o homem, sendo bom por natureza, a sociedade o corrompe e torna mau; e que, sendo a sociedade o resultado de um contracto que viola a natureza humana, compete ao homem, eminentemente livre como é, quebrar as cadeias que o prendem e procurar o mais possivel voltar ao seio generoso da natureza donde a fatalidade o arrancou.

Expostas assim, em traços geraes, as bases da doutrina de Rousseau, facil é concluir que, segundo a mesma doutrina, o direito tem por fundamento a liberdade individual, ou antes a egualdade das liberdades individuaes ou ainda melhor a egualdade das vontades livres. Taes idéas, de que emana directamente, em materia politica, o principio do suffragio universal, semeiadas no tempo e nas circumstancias em que o foram, não podiam deixar de germinar e produzir algum tempo depois o profundo abalo social da revolução franceza.

«Rousseau, diz Hegel, proclamou a vontade livre a essencia do homem; este principio é a transição á doutrina de Kant, á qual elle serve de fundamento. (1) »

Kant, fundando a philosophia alemã, ou antes reduzindo a systema o admiravel movimento moral de sua patria, vem influir com todo o peso da sua grande auctoridade sobre o curso das idéas até então seguidas. Buscando a norma dentro da razão individual, dá por fundamento ao direito a liberdade moral ou, n'outros termos, a autonomia da vontade humana.

Collocando a razão fóra da natureza, Kant funda o subjectivismo racionalista e eleva-se ás supremas alturas da metaphysica. As suas theorias sobre a moral e sobre o direito resumem, pode-se dizer, o espirito philosophico do seculo XVIII, e nao é, portanto, sem razão que o austero philosopho de Königsberg tem merecido de alguns o glorioso titulo de rei da metaphysica.

(1) *Lições sobre a Historia da Philosophia.*

Despertados os estímulos longo tempo contidos e soltas as azas ao genio allemão, este adejou-as em todos os sentidos pelas regiões nebulosas do idealismo; e uma multidão de theorias, como satellites de um grande astro, gravitaram por muito tempo em torno da doutrina de Kant, descrevendo orbitas mais ou menos afastadas do seu grande centro.

Com effeito, Fichte, Schelling, Hegel, Krause e muitos outros continuaram brillantemente o movimento iniciado por Kant na Allemanha. Mas nas idéas espalhadas pelas suas doutrinas não se encontram ainda prenúncios desta vasta e esplendida reforma que havia de se operar nos nossos dias e da qual havia de resultar a victoria definitiva do naturalismo positivo.

Entretanto, algum tempo antes da bella efflorescencia da philosophia allemã, um modesto e obscuro pensador da Italia, que estava destinado a morrer envolto na sombra da mediocridade, e cujo nome havia de emergir mais tarde na luz de uma aureola immortal, escreveu uma obra em cujas paginas, só muito depois, foram descobertas e comprehendidas as concepções grandes e fecundas que haviam de conduzir o espirito philosophico ás radiantes conquistas do nosso seculo.

Esse homem foi Vico e esta obra é a *Scienza Nuova*.

N'ella escrevera elle: *il mondo è fatto dagli uomini*; e nesta synthese sublime já elle arrancava, para dal-a ao homem, a auctoridade que até então fôra conferida a Deus ou á natureza. Vico proclama a historia a fonte do conhecimento do homem, e, combatendo varios systemas, declara absurdo, entre elles, o systema de Grotius, por fundar-se n'uma hypothese prehistorica. Sem definir e sem prever talvez o caracter scientificamente universal da lei da evolução, Vico a descobre em parte quando «distingue na historia dos differentes povos tres edades que se succedem uniformemente: a idade divina, infancia das nações, durante a qual tudo é divinizado e os padres são os depositarios da auctoridade; a idade heroica, que é o reino da força material e dos heroes; e a idade humana, periodo de civilisação, depois do qual os homens voltam de novo ao estado primitivo. (1)»

Da rapida noticia que acabamos de dar das principaes doutrinas que se estendem de Grotius até o principio deste seculo, vê-se bem que só para a eschola historica, fundada por Vico, o direito e a moral não são

(1) DEZOBRY ET BACHELET—*Dict. de biogr. et d'histoire, verb. Vico.*

idéas abstractas, mas expressões da consciencia humana que variam e modificam-se conforme as phases da civilisação. Vico foi, portanto, um precursor, e si a elle não pertencem os louros da victoria alcançada pelo genio investigador do seculo XIX, cabe-lhe, pelo menos, a gloria de ter sido um dos que mais poderosamente concorreram para ella. Entretanto, morreu desconhecido e só muito mais tarde a posteridade começou a fazer a justiça devida ao grande reformador Napoles, sua cidade natal, levantou-lhe um grandioso monumento. Mas a sua mais alta, mais soberba, a sua immorretoira estatua, erigiu-a a historia, de que elle foi o mais ardente e dedicado apostolo, no culto de profunda admiração votado universalmente á sua memoria.

Vico teve depois illustres continuadores e ainda hoje contam-se na Europa muitos adeptos do *direito historico*, entre elles o notavel auctor das *Origens da França Contemporanea*.

Só depois, porém, da grande revolução operada no dominio da philosophia pelo genio portentoso de Augusto Comte, e dos admiraveis trabalhos de Stuart Mill, Spencer, Austin, von Ihering, Hermann Post, Sumner Maine e outros que substituíram, no estudo dos phenomenos moraes e sociaes, o velho methodo *a priori*, tão caro aos metaphysicos; pelo methodo positivo, a sciencia do direito constituiu-se definitivamente sobre largas e solidas bases.

Hoje, graças aos assignalados progressos das sciencias naturaes, sobretudo da anthropologia, que, desvendando o impenetravel mysterio que cercava a antiguidade da especie humana, evocou, no sombrio scenario dos tempos prehistoricos, o espectro do homem primitivo, de formas animalescas inferiores, vivendo unicamente de instinctos, actuando em virtude de impulsos naturaes — esvaeceu-se o velho mytho dos direitos innatos, concepções abstractas da razão.

Convem notar aqui que a noção positiva do homem primitivo não escapou á prodigiosa intuição dos gregos e dos romanos, pois já em Platão, Aristoteles, Diodoro de Sicilia, Lucrecio, Horacio e muitos outros encontram-se importantes e claras referencias neste sentido. Mas esta e muitas outras noções positivas dos antigos foram afogadas, depois do triumpho do christianismo, pela onda invasora da cosmogonia judaica e das tradições biblicas, estando reservado ao espirito fecundo do nosso seculo a grande missão de reconstituil-as, desenvolvel-as e completal-as.

A' luz da sciencia moderna o direito apparece-nos como uma criação do homem, como um producto da cultura humana energicamente

estimulada pelas necessidades da existencia. E de accordo com este conceito está o sabio professor da Universidade de Messina, quando diz que « os direitos são necessidades humanas cuja satisfação é reconhecida legitima pelo poder social e regulada por leis opportunas. (1) »

O direito, como phenomeno historico, é posterior ao homem e a outras creações do homem, pois só quando, n'uma phase relativamente adiantada da evolução biologica, esboçou-se a vida social no seio das aggregações primitivas, só quando foram-se formando os *nucleos*, as *tribus*, os *grupos patriarchaes* e muito mais tarde o *Estado*, é que foram apparecendo como norma os *usos e costumes*, depois os *preceitos especiaes* transmittidos de geração em geração e finalmente o *direito escripto*.

Terminando: o direito faz parte dessa infinita e inextricavel teia de phenomenos que constituem o universo, e, sendo assim, modifica-se e desenvolve-se em virtude de uma lei universal, sob o influxo das leis geraes que presidem á evolução humana, da qual elle é um simples producto natural.

Bahia, 23 de Julho de 1892.

(1) PUGLIA—*Diritto di proprietà*, pag. 147.

Affonso Castro Rebello.

347.7 (P1) (02) (04): 340.115 (04)

## O Codigo Commercial Brasileiro

CONTRIBUIÇÃO PARA A HISTORIA DA SUA ELABORAÇÃO

Ao tempo da emancipação politica do Brazil a legislação mercantil portugueza era pobrissima.

Além dos titulos 44 e 47 da *Ord. Liv. 4*, extrahidos quasi textualmente do direito romano, apenas se conhecião os Alvarás de 6 de Abril e 19 de Outubro de 1789,—6 de Setembro de 1790,—16 de Janeiro de 1793,—29 de Outubro de 1796,—e 12 de Julho de 1802, que regulavão determinados casos occasionaes.

Os usos commerciaes não tinham auctoridade, por que não erão geralmente praticados.

N'esta situação, a falta de leis protectoras da boa fé e coercitivas da fraude, devia produzir, como effectivamente produzio os seus effeitos naturaes.

A ambição de adquirir grande fortuna, sem arriscar capital proprio, dominou no commercio, que então progredia em larga escala.

Em pouco tempo todo o imperio, especialmente a praça do Rio de Janeiro, converteu-se em mercado universal.

Mas, o apparatus de numeroso pessoal não é elemento constitutivo da solidez do commercio, que só pode prosperar, sem perigo de decadencia, quando o favoreçam leis capazes de proteger o commerciante probo contra as invasões da má fé.

Assim aconteceu entre nós. Uns de boa fé, mas inexpertos, e outros de má fé, delapidarão grossos cabedaes, que a indiscreção confiou á insuficiencia de uns e á perversidade de outros.

A bancarrota tornou-se geral, a ponto de ser considerada como meio facil de fazer fortuna, porque ficava sempre impune.

A imprensa em todo o paiz levantou clamores.

Então o governo da regencia, por Decreto de 7 de Dezembro de 1832, referendado pelo ministro da justiça, Honorio Hermeto Cerneiro Leão, nomeou uma comissão composta de um magistrado e quatro commer-