

FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO

PRIMEIRO ANNO

2.^a Cadeira

1.^a DISSERTAÇÃO DO ALUMNO

N.º 42

Para decidirmos si por ventura alguém tem o direito que affirma pertencer-lhe, observamos umas certas regras approvadas por auctoridade publica, por leis ou por costumes as quaes só determinam si o contendor tem ou não tem direito. O complexo destas regras ou destes preceitos chama-se igualmente direito porem no sentido em q. se costuma dizer *objectivo*; d'onde decorre a existencia dos direitos de cada um dos povos ou cidades como v. g. o direito romano, o francez, o hespanhol, o inglez, o allemão. WARNKÖNIG — Instituições de Dto. Romano Privado — Tit. 1.º — § 3.º

O illustrado professor da Cadeira determinou que a presente dissertação fosse uma analyse do § do Compendio que acima transcrevemos e tractando esse § da determinação e difinição do direito em seu sentido *objectivo* versará o nosso estudo sobre o Direito considerado sob este ponto de vista.

Creemos sêr de utilidade fazermos algumas considerações sobre a idéa do direito, e o direito em geral antes de come-

çarmos á estudal-o sob um ponto vista que deve sêr na presente dissertação — o objectivo. Preciso é que conheçamos os caracteres fundamentaes e eternos do direito antes de particularisando o nosso estudo encararmol-o sob um ponto de vista especial.

A idéa da justiça que é o fundamento do direito é como com todo o acêrto diz o nosso Comp. em § posterior, é uma idéa innata á razão humana; chega o homem áo conhecimento da justiça unicamente em virtude do poder da razão com que o Creador o dotou. Aquelles que pretendem sustentar a opinião de que a idéa de justiça foi revelada approximam-se e quasi que de algum modo confundem-se com os sensualistas. E' facil provar o q. avançamos porquanto não ha outro meio de adquirir conhecimento senão a rasão isoladamente ou a razão estimulada, como diz Laromiguière, pelos sentidos. Ora os sustentadores da revelação pretendem que pela razão o homem não adquira a noção de justiça, e sim pela revelação; mas como chega elle áo conhecimento da existencia da revelação? Si é pela razão vem os sustentadores da revelação á affirmar que o fundamento da idéa de justiça q. elles dizem ser a revelação, é conhecido pela razão. Si são os sentidos que chegam áo conhecimento da revelação segue-se q. a idéa de justiça é adquirida pelos sentidos approximando-se assim os partidarios da revelação de Locke e Condillac e acontecendo á alguns o q. aconteceu a De Bonald em relação á origem da linguagem — o cahirem n'um grosseiro anthropomorphismo. A idéa de justiça é pois innata á razão humana porquanto de qualquer modo que se queira explicar a sua existencia á não sêr pela sua innatividade, cahe-se no absurdo.

Fizemos estas pequenas considerações apenas p.a tornarmos bem claro que em relação á revelação estamos em opposição á doutrina que tam proficientemente tem sustentado a illustrada Cadeira.

Entrando porem em terreno que constitue propriamente assumpto da nossa dissertação abandonamos a questão da

origem da idéa de justiça p.a estudar-mos o § 3.º das Inst. de Warnkönig que servem de Comp. em nossa aula.

Dividiremos o presente § em duas partes: a 1.ª em que diz-se q. “para decidirmos si porventura alguém tem na realidade o direito q. affirma pertencêr-lhe observamos umas certas regras approvadas por auctoridade publica, por leis ou por costumes, as quaes só determinam que o contendor tem ou não tem direito”. Nesta 1.ª parte do § o Comp. lembrando-se q. tem de estudar uma materia toda positiva como o direito romano, deixa as abstracções e reveste o seu pensamento de um character pratico e empirico. Com effeito o Comp. vai logo ao facto, affirmando a existencia de “certas regras approvadas por auctoridade publica por leis ou por costumes as quaes somente determinam si o contendor tem ou não tem direito” e antes d’isso já tinha dito qual o fim á que são destinadas estas regras “para decidirmos si alguém tem realmente o direito q. affirma pertencêr-lhe”.

A existencia destas regras de direito em todas as sociedades é facto, facto inconcuso q. está acima de toda contestação. Não temos aqui nada que vêr com a sua origem não indagaremos si ella está no contracto entre os homens como pretende Rousseau, ou si ellas devem necessariamente existir em virtude dos da humana natureza ou das determinações da Divindade. Não entramos aqui n’esta ordem de considerações não por julgal-as futeis ou inuteis mas porque sendo pelo contrario de grande importancia nos levariam muito longe e nos obrigariam a affastar-nos do objecto do nosso estudo.

Como vimos nesta primeira parte do § do Compendio do qual nos sccupamos acha-se claramente affirmada a existencia de regras de direito que servem p. reconhecer-se o direito que compéte á cada um, enunciando o Comp. nessa mesma 1.ª parte do § 3.º a proposição seguinte... “que servem p.a ver-se si o contendor tem ou não o direito” na qual acha-se explicada a utilidade das regras de direito sobre as quaes versa o § .

Vamos agora nos occupar dos caracteres de que devem revestir as regras de que falla o §. Diz o compendio: regras approvadas por auctoridade publica, por leis ou por costumes. Cremos q. o Com. foi redundante dizendo q. as regras de que falla devem ser approvadas por auctoridade publica por leis ou por costumes porquanto a approvaçãõ da auctoridade publica manifesta-se pelas leis e a decretaçãõ de leis constitue a mais importante de todas as attribuições da auctoridade publica. São pois caracteres indispensaveis das regras de verificaçãõ da existencia de um direito a approvaçãõ da auctoridade publica ou do costume. A approvaçãõ da auctoridade publica manifesta-se pelas leis e a do costume pelo direito costumeiro. Neste ponto apparece ainda o excellent methodo que seguiu o Comp. apresentando em poucas palavras o que sejião as regras que constituem o direito objectivo, qual o seu fim e quaes as condições para a sua existencia p.a a sua validade e legitimidade.

Passamos agora á tractar da 2.^a parte do § 3.^o.

Diz o Compendio:

“O complexo destas regras ou destes preceitos chama-se tambem direito porem no sentido objectivo como se costuma dizer” Determina o Compendio perfeitamente n’esta proposiçãõ os limites a extensãõ e a comprehensãõ do direito objectivo.

Chama-se portanto direito objectivo a reuniãõ ou o complexo de regras ou preceitos de direito pelos quaes regem-se os homens e está contraposto ao direito subjectivo —

A existencia do direito objectivo é a condiçãõ imprescindivel da existencia de qualquer sociedade. Entre os povos selvagens existe o direito objectivo; o conjuncto de suas superstições, das penas infligidas aos crimes, de suas crenças formam o direito objectivo.

Este direito pôde sêr escripto, ou não escripto ou costumeiro. Debaixo de qualquer destas duas fórmas o direito objectivo ou antes de ambas encontra-se o direito objectivo.

Sob a fórma do costume na infancia das sociedades

quanto estas ainda não senão uma generalisação expansão ou dilatação da familia. E' sob esta forma primitiva que encontramos o direito objectivo nos começos do estado romano, é sob esta forma que existe entre os povos selvagens — Razão tem portanto, a escola historica baseando o direito objectivo no costume porquanto é este sua fórma primordial, sua fórma originaria. O direito objectivo si acontece não achar-se constituido do costume é entretanto a expressão do costume e o seu producto.

Mais tarde quando as sociedades aperfeiçoam-se o direito objectivo vai perdendo o seu character costumeiro vem-o transformar-se de direito objectivo costumeiro em direito objectivo escripto. Esta nóva fórma do direito objectivo é mais ou menos perfeita, mais ou menos conforme áo direito natural que é o ideál para o qual tendem ou devem tender todas as aspirações do legislador.

Mais clara mais evidente torna-se então a existencia do direito objectivo do q. quando achava-se revestido dos caracteres do direito costumeiro.

Sob a fórma de direito escripto o direito objectivo adquire melhor organização, mais completo desenvolvimento, torna-se mais fixo menos variavel, e menos sujeito á alterações.

Entre os povos que já acham em adiantado estado de civilisação e eperfeiçoamento, as legislações que constituem o direito objectivo, são todas completas, aperfeiçoadas, e como o crescente desenvolvimento da humanidade vão cada vez mais se accomodando ás tendencias e á natureza do homem.

A publicidade, as codificações das leis, as instrucções das auctoridades para a sua execução, as interpretações, os systemas tornam mais forte, mais conhecido e de mais facil applicação o direito objectivo que então adquire o seu maior desenvolvimento.

Termina o Compendio o § 3.º dizendo que de “ser o direito objectivo o complexo de regras de direito vem á chamar-se direito francez, o complexo de leis que existem em

França, inglez, a collecção de leis inglezas, allemão a dos allemães, hespanhol a das da Hespanha etc.

Creemos têr de algum modo preenchido o nosso devêr analysando quanto esteve em nossas forças o § 3.º do Compendio.

Esperamos benevolencia e desculpa p.a as faltas que sem duvida abundam em nosso trabalho:

Quod potui feci; faciant meliora potentes —

São Paulo, 6 de Julho de 1871.

Eduardo Paulo da Silva Prado.