

DOCTRINA

TEIXEIRA DE FREITAS, A BUSCA DA PERFEIÇÃO E A DOGMÁTICA JURÍDICA *

SEPARATA

REVISTA FORENSE volume 291

DOCTRINA

Teixeira de Freitas, a busca da perfeição e a dogmática jurídica *

EVARISTO DE MORAES FILHO

"Il y a certains hommes pour qui une oeuvre n'est jamais terminée, étant toujours inférieure à leur conception, et qui, comme Virgile, meurent désespérés de n'avoir pu atteindre la forme admirable que leur intelligence avait rêvée".

A. MORILLOT, "De la Nature du Droit d'Auteur", 1878.

1. De dois anos a esta parte, quiseram os meus amigos cumular-me de gentilezas. Como a maioria deles está aqui presente, não preciso recordá-las, pois se encontram na memória de todos. São daquelas que ficam, elevam, honram e consolam, como nos "Versos a Corina" de MACHADO DE ASSIS. Em geral, essas honrarias costumam chegar no crepúsculo da vida, como que a prever que o tempo vai ficando curto. Neste momento mesmo, não posso deixar de recordar a memória de dois grandes nomes das letras jurídicas, nossos amigos, que partiram antes que lhes pudéssemos prestar, em cerimônia como esta, como mereciam, as homenagens deste Instituto, VICTOR NUNES LEAL e HELENO CLAUDIO FRAGOSO. O mérito da "Medalha Teixeira de Freitas" reside na sua espontaneidade e na forma democrática por que é concedida, livre de pressões e de interesses subalternos. Para ela não há candidaturas nem inscrições, o agraciado somente toma conhecimento da premiação depois dos votos colhidos no Conselho Superior.

Não sei se mereço a distinção que me é conferida, mas garanto que toda a minha vida foi um esforço permanente por merecê-la. Sob o vidro da minha mesa de estudo, encontra-se o poema de ELLA PHEELER WILCOX, em magnífica tradução do saudoso GONDIM DA FONSECA, cujos versos finais são estes:

"Ama o trabalho teu, seja grande ou pequeno!
Ama-o! Trabalha! E entrega a vida ao seu destino!
Só o amor permanece.

E o resto passa, e o resto morre, e o resto esquece..."

As honrarias em vida só se dão entre contemporâneos, como é óbvio. Mas reparar bem o quanto há de fatal e ao mesmo tempo de casual na contemporaneidade. Ninguém escolhe os seus contemporâneos; uns são agradáveis, outros desagradáveis; uns são desejáveis, outros indesejáveis. Mas, que fazer? Temos de viver com os nossos, com aqueles que o destino nos deu, como numa vizinhança forçada. Só se vive em convivência. Nela se encontram as idades mais diversas, diferentes ideais, destinos vários. Tanto são contemporâneos os que estão partindo como os que estão chegando, pois todos chegam a respirar o mesmo ar e sufocariam de igual modo se ele faltasse. Na Academia, por exemplo, sentam-se lado a lado MENOTTI, com 93 anos, e MERQUIOR, com 43; meio século os separa, entre eles até há tempo para mais outro MERQUIOR...

A contemporaneidade é esse encontro de pessoas como companheiros da mesma viagem, passageiros do mesmo barco, com passagens, alegrias e riscos comuns. Eram contemporâneos os que foram pelos ares, sem se conhecerem, na criminoso explosão da estação de Bolonha. Como, desgraciadamente para eles, também lhes era contemporâneo o assassino. Em verdade, a vida se anularia a si mesma se o homem fosse somente o lobo do próprio homem. O ódio cansa e destrói ao mesmo tempo tanto o odiado quanto o que odeia. O ódio chama a atenção sobre si como os desafetos que brigam com alarido na praça pública, mas é o amor, calmo e silencioso, que tece a continuidade da própria vida.

O drama humano, individual ou coletivo, se passa entre contemporâneos, num presente que nem bem o percebemos, como num instantâneo fotográfico, e já vai virando passa-

* Conferência proferida no IAB, em 29.5.85, ao receber a "Medalha Teixeira de Freitas".

TEIXEIRA DE FREITAS, A BUSCA DA PERFEIÇÃO E A DOGMÁTICA JURÍDICA *

SEPARATA

REVISTA FORENSE volume 21

do, na expectativa de um futuro que se anuncia. Por isso ser contemporâneo é um mistério e uma surpresa. Somos contemporâneos de pessoas que vão deixando de existir ou de outras que não existiam pouco antes, como os filhos e os netos que chegaram e nos disputam um lugar ao sol, depois de já o haverem conquistado em nossos corações.

Ser contemporâneo, afinal de contas, é encontrar-se com outros no mesmo momento da história, quaisquer que sejam as idades, as fortunas e os talentos. Mas ser contemporâneo nem sempre significa representar a mesma fase histórica, o mesmo estilo de vida; há sobrevivências e há antecipações, o passado e o futuro interpenetram-se, ocupam o mesmo tempo histórico. Convivem na mesma época os não coetâneos, como escreveu WILHELM PINDER, ao estudar o problema das gerações na história da arte. A verdade é que o estrondo do avião a jato, que assusta a passadeira nas árvores, abafa o ruído do carro de boi que se arrasta pelas estradas de Minas, mas ambos se movem, com velocidades desiguais, sob o mesmo céu brasileiro.

Reservou-me o destino o privilégio de ser contemporâneo dos membros do Conselho Superior deste Instituto, e eles, que não outros, acharam por bem me conferir a Medalha Teixeira de Freitas referente ao ano de 1984. Muito lhes agradeço a generosidade, não querendo destacar nomes — nem mesmo daquele que primeiro me telefonou dando-me a notícia da iniciativa —, porque, em matéria de bondade não há mais nem há menos, não há primeiro nem há último, há somente bondade. Muito obrigado a todo o Conselho, ao plenário da Casa, ao seu Presidente — talento e cultura, a quem tive a satisfação de ter como aluno no ano mesmo em que me empossava catedrático, 1958 — e ao orador que agora me saúda, com palavras de carinho e de elogio excessivo. Queira Deus tenha eu merecido tanta bondade de tanta gente!

2. Por ser breve, mero instantâneo, pequena lâmina de tempo, o presente se nutre do passado, desse passado que fez por merecer ainda ser lembrado, e logo se projeta para o futuro. Ambos o fecundam, pois o presente é sempre também a consciência do futuro possível. É uma tensão dialética, que precisa morrer para frutificar como a semente bíblica, mas os materiais que o informam são como idades geológicas, não se apagam, não se anulam; acumulam-se, superpõem-se. Como adverte o mesmo PINDER, em palavras suas, qualquer momento histórico não é um ponto, mas uma linha, uma sonda de profundidade, que vamos introduzindo verticalmente através de desenvolvimentos de vida, através de conexões da história do pensamento humano, conexões que apresentam diversas épocas de começo e diversas perspectivas de duração. O "instante histórico" já é por si um trajeto. Nesse trajeto, num caminho que ainda não acabou, encontra-se TEIXEIRA DE FREITAS, nosso contemporâneo, pelo que fez, pelo que ensinou e, principalmente, pelo que

não conseguiu fazer. A sua mensagem é essa linha que chega até nós, com o calor e a emoção dos seus dias. Como que lhe circulamos no sangue e lhe sentimos a angústia de não ter sido perfeito, de não haver concluído o que começara e almejava. Costuma ser muito repetida, em duas frases, uma observação de CLÓVIS BEVILAQUA, quando do centenário de nascimento do autor da "Consolidação das Leis Civis", em 1916: "A vida do grande jurista foi, precisamente, a vida das suas idéias." E logo adiante: "Dele podemos, com verdade, afirmar que foi uma pura intelectualidade a serviço de um ideal humano."¹ Sim, são verdadeiras as duas afirmativas, merecedoras, contudo, de algum esclarecimento. TEIXEIRA DE FREITAS viveu como que a se consumir na própria chama, como uma bailarina nas pontas dos pés, vibrando e dando o máximo de si mesmo. As suas idéias foram a sua própria vida, como que o revestiam por inteiro, o envolviam e o encerravam numa túnica inconsútil. Suas idéias eram também as suas emoções e as suas paixões. Nele se confundiam, harmonicamente, o *logos*, o *ethos* e o *pathos*, na busca da perfeição e da satisfação plena do seu projeto.

Nesse espécime de exceção, tenso e sensível, talvez interesse mais a sua vida psicológica e moral do que propriamente a sua obra, por mais alta e importante que esta tenha sido. Neste Brasil dos últimos tempos, tão mergulhado no sibiartismo e no lucro fácil, nos vícios e na indiferença, é preciso que o seu exemplo seja lembrado como um padrão de coragem, de desprendimento e de caráter. Para serem bem compreendidas e aceitas as palavras de CLÓVIS, devem elas ser completadas com estas outras do grande HAHNEMANN GUIMARÃES, dignos os dois da mesma linhagem do autor do "Esboço", pela existência limpa que levaram e pela obra magistral que realizaram. Assim conclui mestre HAHNEMANN, a quem ainda tive a honra de alcançar como companheiro de Congregação nos últimos anos da década de 50: "Prender-se tão invencivelmente a ideais de perfeição define os homens religiosos. TEIXEIRA DE FREITAS realizou no "Esboço" uma obra extraordinária, superior à "Consolidação", que por si só o imortalizaria. Toda esta obra é, porém, menor que as virtudes empregadas para construí-la. Na prática difícil do zelo pela verdade, do amor de perfeição, da paciência, da modéstia e da honradez, consumiu-se a vida de TEIXEIRA DE FREITAS. As teorias e os códigos envelhecem, mas há de ser sempre nova, na memória dos homens, a imagem de quem dedicou à sua obra tanta virtude."²

3. Merece aprofundamentos esse perfeito juízo de HAHNEMANN, pois nele apa-

1 C. BEVILAQUA, "Linhas e Perfis Jurídicos", Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1930, ps. 113 e 114.

2 H. GUIMARÃES, *Discurso*, REVISTA FORENSE, fev. 1944, p. 255.

nhamos o homem TEIXEIRA DE FREITAS inteiro, no que tenha de mais característico e essencial. Dele bem se poderia dizer que tinha os defeitos de suas virtudes: seria capaz de quebrar, mas não cedia antes de exaustivo convencimento racional. Toda a sua vida foi uma linha reta de trabalho e de busca da perfeição, como que a querer superar-se a si mesmo. Não se contentava com pouco, quando podia obter o máximo. Felizmente, o ótimo não o impediu de realizar o bom, como o atestam a "Consolidação" e o "Esboço", além da "Nova Apostila", as suas três obras maiores, esta mais filosófica do que as duas primeiras. Firmada a sua convicção, levava-a até às últimas conseqüências lógicas, embora aberto aos argumentos contrários, desde que construtivos e de boa fé, sempre pronto ao debate e ao esclarecimento. Dirigindo-se ao público em 25 de agosto de 1860, quando da publicação do "Esboço", com humildade deixou escrito: "Expor-me à censura de todos, facilitar minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas: eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa"... "Em um C. Civ. há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica; com a discussão dos princípios os que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertências minúsculas que não são para desprezar. O essencial é que cada um o faça em boa fé, que não procure exceder-se, que não se esforce em vão por parecer o que não for."³

A boa crítica seria bem recebida, como é natural, menos a dos incompetentes ou as de má fé. O autor do "Esboço" não era opinático nem intolerante, mas, consciente do seu valor e do imenso esforço da sua tarefa; era inarredável no que considerava ser a verdade científica. HERMES LIMA — também querido e saudoso colega de Congregação — escreve sobre ele: "Seu desejo quase apocalíptico de perfeição salta, por assim dizer, de dentro dele próprio para assumir a seus olhos o vulto de uma missão que pesa sobre a sua cabeça, sobre o seu coração, sobre os seus nervos." E completa: "TEIXEIRA DE FREITAS a si mesmo se chamou de "líder incansável". Ele o foi, na verdade, incansável e prodigioso."⁴ Sem dúvida o foi — incansável, rigoroso na procura da melhor doutrina e da melhor forma, como o ourives que não se cansa de burlar a jóia mais bela da sua coleção. Nunca satisfeito com o resultado alcançado, procurava sempre ir além, fiel a si próprio. Cabem-lhe sem deixar resto estes

3 T. DE FREITAS, "Código Civil — Esboço", Min. da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952, ps. 3-4. A edição, em quatro volumes, é precedida por extenso e compreensivo "Estudo Crítico-Biográfico" de LEVI CARNEIRO, ps. VII-XXXVI.

4 H. LIMA, *Discurso*, REVISTA FORENSE, fev. 1944, p. 257. Em ensaio anterior, mais longo, já havia HERMES deixado escrito a mesma coisa, *A Personalidade de Teixeira de Freitas*, REVISTA FORENSE, nov. 1941, p. 224.

dois passos de GOETHE: "Povo, escravo e mestre em todos os tempos o reconhecem: o supremo bem dos filhos da terra é a personalidade. Cada vida pode ser vivida quando não se falta a si mesmo; pode-se tudo perder se se permanece quem se é." (O final: "*Alles könne man verlieren, wenn man bliebe, was man ist*"), do "Divan Ocidental-Oriental". E: "Tudo o que é perfeito tem de elevar-se sobre si mesmo, tem de converter-se em algo diferente, incomparável", das "Afinidades Eletivas".⁵ Esse "*muss über seine Art hinausgehen*" goethiano foi a permanente atitude vital de TEIXEIRA DE FREITAS, que o levou dramaticamente até ao desespero e ao esgotamento.

Na "Introdução à Consolidação" não aceitava a divisão da matéria civil proposta por BORGES CARNEIRO: "Não bastava dizê-lo, era necessário que o demonstrasse." Páginas adiante, aludindo à sua própria proposta de consolidação: "Esta distribuição de matérias não é a que o nosso espírito indica como mais perfeita. Nós a melhorariamos, se na empresa de uma consolidação nova tivéssemos de escolher materiais à vontade."⁶ Na célebre carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça, renunciando à elaboração do Projeto do C. Civ., por já haver optado pela unificação do Direito Privado, nunca esteve TEIXEIRA DE FREITAS tão próximo da revelação da sua personalidade e do seu desprendimento: "Há desarmonia profunda, Exm.º Sr., entre o meu pensamento atual sobre tais assuntos e as vistas do Governo Imperial. Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contentado. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado Projeto do C. Civ.; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto do C. Civ., o que ele só computaria como ensaio, e lealmente publicara sob o título de *Esboço*"... "Hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis..."... "Meus esforços na codificação empreendida lutavam constantemente com duas dificuldades de gênero oposto, pelas quais afinal fui vencido. Tal é o poder da verdade!"... "O plano da "Consolidação das Leis Civis" foi obra minha, primeiro tentamen da exatíssima divisão dos direitos em pessoais e reais".... "Se engendrei tudo isso, se alterei minhas primeiras idéias, por que não poderel mais uma vez alterá-las, ou antes requintá-las, no meu ardente amor pela conquista da verdade jurídica?"... "Tal é o plano que nos permitirá erigir um monumento glorioso, plantar as verdadeiras bases da codificação, prestar à ciência um serviço assinalado".... "Bem se vê que aí leveda um nobre sentimento, um

5 Respectivamente: "Goethes Werke", Herausgegeben von Prof. Dr. KARL HEINEMANN, Bibliographisches Institut, Leipzig und Wien, 4. Band, p. 273; 8. Band, p. 369.

6 "Consolidação das Leis Civis", 2ª edição, Tipografia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1865, ps. XII e LXXXI.

amor de perfeição, que só a consciência pode compensar." 7

Pinçamos, na carta, os trechos significativos do seu amor à verdade e da sua ânsia de perfeição, num permanente esforço de superação da obra já acabada. De "ingênua exposição" assim denominou ele a essa magistral carta, que ainda hoje, mais de um século depois, é lida com emoção e respeito, não só como documento para a história do pensamento jurídico neste país, mas, principalmente, como documento humano da maior relevância. Com razão, pois, pôde SA VIANA declarar que a sua publicação constituía "a página de mais alto valor" do livro que dedicava a seu autor.

De maior beleza ainda é a página final da sua monografia "Nova Apostila", datada de 28 de maio de 1859 — há exatamente 126 anos — justificando a severa crítica que acabava de fazer ao Projeto do C. Civ. português, de autoria de ANTONIO LUIS DE SEABRA. Vamos ouvi-lo: "A situação era extrema, pedida remédio heróico, não aceitava meios termos. Se não fizéssemos tudo, e tão bem como pudéssemos, não devíamos fazer nada.

Tendência de uma organização infeliz, que aspira ao perfeito, que em toda a parte o busca, e que sofre em meio de tudo que a cerca! Se deste trabalho não redundar algum bem, se o desconhecemos ou recusarem, a intenção ao menos é magnífica, e nós ficamos satisfeitos. Eis a recompensa, que ninguém nos pode dar, e tirar." 8

Oferecendo, em carta, essa mesma monografia crítica ao Imperador, dizia TEIXEIRA DE FREITAS, em dois passos: "... o triunfo das verdades úteis é só uma questão de data, que todo homem de ciência deve ter empenho de apressar". E depois: "Se o amor próprio não fosse um fatal inimigo da verdade, eu estou certo de que o autor do Projeto do C. Civ. português confessaria seus erros; porém não desespero de que os homens sensatos de Portugal far-me-ão a devida justiça." 9

Vale mais esta confissão: "Entendo hoje que no C. Civ. se pode, e se deve, tratar da propriedade literária, industrial e artística; e assim fá-lo-ei no Liv. 3.º do "Esboço". Esta matéria é de suma dificuldade, sua exata compreensão demanda grande esforço; e em tempo oportuno darei conta de minhas cogitações" (CIV).

Este o homem, estas as suas virtudes, o seu rigoroso senso de honestidade e probidade científicas, tão grandes, ou maiores, como lembrava mestre HAHNEMANN, do que a sua própria obra. Transcreve JOAQUIM NABUCO trecho da carta de FREITAS a NABUCO DE

7 SA VIANA, "Teixeira de Freitas, Traços Biográficos", Tip. Hildebrandt, Rio de Janeiro, 1905, ps. 169 e segs.

8 "Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português", Tip. Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1859, p. 214.

9 In SILVIO MEIRA, "Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império", José Olímpio, Rio de Janeiro, 1979, p. 189.

ARAÚJO, de outubro de 1866, na qual se diz: "São estas as recompensas próprias de tais empresas, e nem eu ambiciono outras. O homem (SARFIELD) me diz em sua carta que está disposto a provocar do público e governo do seu país uma solene manifestação a meu respeito. Pois bem, estamos por ora com o "Esboço", e ainda mui longe da perfeição a que aspiro, e que espero realizar no Projeto. Assim, seus me ampare."

Num crescendo de desespero e de desencanto, às vésperas da rescisão do seu contrato celebrado em janeiro de 1859, deixa escapar da pena estas amargas palavras em 13 de abril de 1872: "O Brasileiro, porém, que de tal comissão fora legitimamente incumbido pelos Poderes do Estado; o líder incansável na fruição de saúde constante, cada vez mais ardente nos primores do seu ideal, que tantos anos gastou num "Esboço" quase acabado com mais de três mil artigos, e no convívio de uma visão noturna resolveu dizer aos donos da empreitada — não quero, porque não devo acabar vosso Código; esse homem não compreendo ainda por seus contrarrazões sonda nesses pélagos de perdição, ou ventura, verdades que outros não conhecem." 10

Dizia-se, na imprensa, que o Governo imperial iria encomendar um projeto de C. Civ. ao jurista português, autor do projeto severamente criticado por TEIXEIRA DE FREITAS em 1859. Daí a sua revolta e o seu protesto.

Não hesitava em discordar acerbamente de PIMENTA BUENO, dando mostras mais uma vez da sua independência crítica, quando esse publicista, em comentários ao texto constitucional, defendia a tese da nacionalidade para o gozo dos direitos civis: "Deus nos livre, de que tão errôneas doutrinas sejam acolhidas: o Direito Civil — direito de família e de propriedade — é o direito de todos os homens. O direito tende à unidade." 11

Vindo a falecer a 12 de dezembro de 1883 em Niterói, encontrava-se TEIXEIRA DE FREITAS ainda vivo, quando ANDRÉ MORILLOT publicou um ensaio doutrinário em Paris, "De la Nature du Droit d'Auteur", no ano de 1878, no qual se encontra um magnífico trecho que é o retrato perfeito da personalidade do jurista brasileiro, como se lhe tivesse servido de modelo. Nada se poderia dizer melhor de TEIXEIRA DE FREITAS, como se para ele houvesse sido escrito, e com isso encerraremos este parágrafo: "Il y a certains hommes pour qui une oeuvre n'est jamais terminée, étant toujours inférieure à leur conception, et qui, comme Virgile, meurent désespérés de n'avoir pu atteindre la

10 Para os dois últimos parágrafos: J. NABUCO, "Um Estadista do Império, Nabuco de Araújo", t. III, H. Garnier, Rio de Janeiro/Paris, 1899, p. 513; T. DE FREITAS, "Pedro Quer Ser Augusto", Tip. Rua Nova do Ouvidor, Rio de Janeiro, 1872, p. 2.

11 46-a "Nova Apostila", cit., p. 180. Já na "Introdução" lhe endereçava a mesma crítica, p. XCV.

12 forme admirable que leur intelligence avait revêue." 12

4. Raramente se terá encontrado em qualquer outro homem do Direito a mesma preocupação de acertar como em TEIXEIRA DE FREITAS. Era rigoroso com todos, porque começava por ser rigoroso consigo mesmo. Embora nem uma vez lhe apareça nas páginas o nome de DESCARTES, é do francês que logo nos lembramos ao ler os escritos do brasileiro. Palpita em ambos a mesma inquietação, o mesmo desejo de critério lógico, de método adequado e perfeito para a aquisição da verdade. Bem sabiam os dois que *claudus in via antecedit cursorem extra viam*. Com absoluto senso, como também veio a acontecer com AUGUSTO COMTE, falecido em 1857, no ano mesmo em que se publica a "Consolidação das Leis Cíveis", convencido estava TEIXEIRA DE FREITAS de que somente um método rigoroso pode conduzir a noções exatas e corretas. O "Discours de la Méthode" e as "Regulae ad Directionem Ingenii", de DESCARTES, nada mais representam, no âmbito da filosofia moderna no século XVII, do que esse esforço de bem pensar, mediante idéias claras, nítidas e distintas. Basta a primeira regra: "Os estudos devem ter por fim proporcionar ao espírito uma direção que lhe permita ter juízos sólidos e verdadeiros sobre tudo o que lhe é apresentado." 13

13 Sem nunca haver lido COMTE, muitas são as coincidências existentes entre os poderosos espíritos de FREITAS e do filósofo de Montpelier. Ensinava o francês: "Em toda ciência real, as concepções relativas ao método propriamente dito são, por sua natureza, essencialmente inseparáveis das que se relacionam diretamente com a própria doutrina" ... "O vigor e a influência de um método medem-se pelo número e pela importância de suas aplicações; aqueles que nada mais produzem deixam logo, absolutamente, de ser empregados" ... "Todos os bons espíritos repetem, desde BACON, que somente conhecimentos reais repousam em fatos observados" ... Se de um lado qualquer teoria positiva deve necessariamente fundar-se em observações, é igualmente sensível, de outro, que para entregar-se à observação, nosso espírito necessita de uma teoria qualquer. Se, ao contemplar os fenômenos, não os relacionássemos imediatamente a alguns princípios, não somente nos seria impossível combinar essas observações isoladas, e, por conseguinte, extrair delas algum resultado, mas seríamos mesmo inteiramente incapazes de retê-las, e, na maioria

12 Apud O. LALIGANT, "La Divulgation des Oeuvres Artistiques, Littéraires et Musicales en Droit Positif Français", Libr. Gen. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, p. 15.

13 A quarta regra como que é repetida literalmente por TEIXEIRA DE FREITAS: "O método é necessário para a pesquisa da verdade". R. DESCARTES, "Règles Pour la Direction de l'esprit", trad. de J. SIRVEN, Libr. Phil. J. Vrin, Paris, 1945, ps. 1 e 18. Para o "Discours de la Méthode", Libr. Phil. J. Vrin, Paris, 1946, ps. 64-66 (os quatro preceitos metodológicos fundamentais).

das vezes, os fatos ficariam despercebidos sob nossos olhos."

COMTE estava convencido da fragilidade da inteligência humana diante da multiplicidade dos fenômenos e de suas relações. Somente com métodos rigorosos e adequados poderia ela obter êxito e organizar a ciência. Para ele consiste "a ciência na coordenação dos fatos; se as diversas observações fossem inteiramente isoladas, não haveria ciência". Só assim se pode "deduzir do menor número possível de dados imediatos o maior número possível de resultados". Por aí distingue-se a verdadeira ciência da simples "erudição", que acumula maquinalmente os fatos sem aspirar a deduzi-los uns dos outros. 14 Mais tarde, diria HENRI POINCARÉ que, assim como um monte de pedras não constitui uma casa, um aglomerado disperso de fatos não constitui uma ciência. E FRANÇOIS SIMIAND daria a fórmula definitiva no campo das ciências sociais: "nem teoria sem fatos, nem fatos sem teoria".

Tudo isso, como veremos, encontra-se fundamentalmente em TEIXEIRA DE FREITAS, na elaboração e sistematização da sua dogmática jurídica. Por outro lado, a mesma ojeriza de COMTE pela metafísica é encontrada em sua obra, advogada de profissão, realista, homem do foro, que, como jurista, criava sistemas, não pelo prazer de os criar, mas para deles deduzir as normas práticas para a conduta dos homens em sociedade, compondo-lhes os conflitos de interesses. O seu objetivo era o comando legal, de natureza prática. Como EUGEN HUBER, o grande autor do C. Civ. suíço de 1907, poderia dizer o preclaro jurista brasileiro: "Ainda que seja possível pensar uma ordem jurídica abstrata, sempre levará consigo a exigência de realização e será como o pensamento de uma ordem jurídica possível na vida concreta e efetiva." 15 Daí, no nosso patricio, o abandono do direito natural e dos vãos metafísicos, por mais belos e sedutores que se apresentassem. Só lhe interessavam — como a TAVARES BASTOS — as "verdades úteis", das quais pudessem originar-se princípios gerais, informativos e reguladores do ordenamento jurídico positivo.

4.1. Numerosas são as manifestações de TEIXEIRA DE FREITAS sobre a metodologia científica, sobre os métodos que devem ser obedecidos para o bom êxito da ciência jurí-

14 48 Por ordem de citação: A. COMTE, "Cours de Philosophie Positive", Schieler Frères, vol. IV, Paris, 1908, p. 151; *Considérations Philosophiques sur les Sciences et les Savants*, "Système de Politique Positive", 5.ª ed., Société Positiviste, vol. IV, Paris, 1929, p. 145; "Cours", cit., vol. I, p. 5; "Cours", vol. II, p. 72; "Discours sur l'esprit Positif", Aubier, Paris, 1943, p. 17.

15 E. HUBER, "El Derecho y su Realización", trad. de H. GRIMM, Inst. Ibero-Americano de Der. Comparado, Madrid, 1927, vol. I, p. 3. No vol. II, p. 1: "A ordem jurídica é, por sua própria natureza, uma tendência de realização. Esta supõe em si mesma um próprio pensar do direito que exige ser aplicado em vista da variedade dos eventos e casos que soem ocorrer na vida prática e social dos homens."

dica. Desses métodos — mormente a observação, a comparação e a classificação — é que depende a construção de um sistema lógico e coerente, segundo rigorosos princípios gerais. Logo às primeiras páginas da "Introdução à Consolidação",¹⁵ esclarece: "Para conhecer a substância viva da legislação... consultamos os monumentos legislativos, revimos e meditamos as tradições da ciência, e com toda a liberdade de espírito procuramos essa unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações e dá esperanças de um trabalho consciencioso." Distingue entre *legistas*, que se limitam à comparação de dispositivos isolados, e *jurisperitos*, os verdadeiros cientistas do direito, que nos preceitos adotados "acharão fecundos traços, proposições suscetíveis dos mais ricos desenvolvimentos" (VII).

Mais ainda: "A parte teórica ou científica demanda algumas explicações, tendentes sobretudo a justificar o método seguido" (VIII).

Para ele, como se sabe, "a chave de todas as relações civis" é a diferença entre direitos reais e direitos pessoais. E muitos chegaram à anulação dessa diferença, como fruto que colheram "de rigorosa aplicação de um enunciado equívoco, que não pode ser preceito de método" (XVII). É da observação da realidade, obediente à natureza das coisas,¹⁶ que parte para a teoria da ciência. Segue "a ordem natural das idéias". Tratando do Direito Natural e dos seus ensinamentos, logo acrescenta: "Descendo dessas regiões aéreas para a realidade das coisas, é indubitável que a toda obrigação corresponde um direito, e a todo direito uma obrigação, relações regidas pelos ditames da legislação." Na mesma linha de pensamento: "Qualquer especulação metafísica, de que não resulta um bem prático, não tem para nós valor algum."¹⁷ Quando os fatos são "causa eficiente ou elemento gerador de direitos", só então "têm importância e merecem a atenção do juriconsulto — *ex facto ius oritur*" (XVII). Porque "os fatos são em grande parte acontecimentos fatais, independentes da vontade do homem" (LXXXV). Do caos desses fatos, involuntários uns, voluntários outros, é que o direito organiza o cosmos, tornando-os significativos ou relevantes para a norma jurí-

dica. Explica TEIXEIRA DE FREITAS: "As causas dos direitos são precisamente os fatos, em sua acepção mais larga, não unicamente os fatos do homem, mas todos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito começam ou acabam" (XIX). E ainda, em outro contexto: "A realidade da vida aí está, basta observá-la".¹⁸

Não se julgue que o seu apego aos fatos e ao real o impeça de atingir os princípios gerais, orientadores de todo o sistema. Pelo contrário, indaga: "Estará para nós reservada a mesma sorte do Advogado, que, embrutecido pela prática forense, não se embriaga em perfumes da Filosofia do Direito?"¹⁹ Mas, num perfeito equilíbrio entre a teoria e a prática, nunca se deixa apartar da realidade, como aconselha a certa altura: "estudai a natureza do homem e suas necessidades" (XXXIII).

Nunca é demais frisar a sua fixação obsessiva em torno do método, da escolha do melhor método, do mais fecundo e do mais adequado à matéria jurídica. De tal escolha depende o êxito da construção de todo o sistema. Depois de haver criticado o Direito Romano, volta-se para a mais célebre das codificações do tempo: "De resto, pouca importância se deu em França à questão fundamental do método; e a prova está em que o Código se foi decretando a retalhos, mandando-se depois incorporar as trinta e seis leis destacadas que o compuseram" (XXII/XXIII). No mesmo tema: "Não obstante seu método artificial, e com o mau princípio da transferência do domínio só por efeito dos contratos, o C. Civ. da França tem exercido poderosa influência" (XXIV).

No nosso Direito Civil vigente, "o que há de inovações no método antigo, atribuído às "Institutas", não passa do "Digesto Português", de CORREIA TELES, e das "Instituições", de COELHO DA ROCHA, professor da Universidade de Coimbra". Sobre dois projetos recentes escreve com o desabuso de quem busca a perfeição: "O Projeto do C. Civ. de Portugal tem um método muito defeituoso, ou antes, não tem método algum" ... "O C. Civ. chileno é um belo trabalho, mas seu método está longe de agradar-nos" (XXVII/XXVIII).

Critica as "Institutas", quando propõe a divisão fundamental das ações, em *actio in rem* e *actio in personam*, e conclui: "Forçoso é porém confessar, quando se estuda o Direito Romano, que tal divisão de ações não foi cientificamente estabelecida em razão de alguma diferença anteriormente observada nos direitos" (CXXX).

Lamentava — e isso o fez mais de uma vez, em várias oportunidades — que o autor do Projeto português seguisse "a opinião dos que nenhuma importância davam a questões de método". O método adotado era "artificial, repugnante, de funesta influência para o fundo do Direito Civil".²⁰

19 18 "Esboço", cit., vol. I, p. 19.

20 19 "Nova Apostila", cit., p. 8.

21 20 "Nova Apostila", cit., ps. 7 e 8.

A maneira kantiana, bem sabia TEIXEIRA DE FREITAS que se o homem não ordenar a matéria, natural ou social, acaba por se perder em meio ao tumulto dos fatos concretos e nada conseguirá de válido nem de prático. Também à maneira de DESCARTES, declara: "A verdade é uma só. A humana inteligência funciona em toda a parte pelos mesmos processos, trabalha com os mesmos instrumentos." Mas só se elevando à região dos princípios é que se pode bem distinguir as relações de uma vida real. Interrogando a natureza das coisas, acrescenta: "Não achamos por certo a pedra filosófica, não nos desvanecemos com a vaidade de ter feito alguma descoberta; e todavia, convencidos como estamos de que na ordem física e moral há uma realidade de coisas com as suas relações apreciáveis, que corresponde a um método natural, chegamos à crença íntima e firme de ter aproveitado dos trabalhos e pesquisas anteriores uma fundamental distinção, que nos fornece o único e verdadeiro princípio classificador do Direito Civil propriamente dito."²¹

E sempre fiel ao método que adotou, volta a afirmar: "Uma cousa é investigar o direito no ponto de vista de um tipo ideal, para com ele aferir as instituições e legislações dos povos; e outra cousa observar analiticamente as relações jurídicas, que essas legislações regem, para distingui-las umas das outras, e classificá-las."²²

5. Sem que nunca houvesse se utilizado da expressão "dogmática jurídica", talvez tenha sido TEIXEIRA DE FREITAS o primeiro jurista que entre nós se esforçou por construí-la, segundo a melhor técnica metodológica e com plena consciência do que perseguia. Toda a sua meditação científica orientou-se neste sentido. No Projeto português de SEABRA, "não existe o mais fraco vislumbre de uma idéia de método", não há sistema. Tal só é possível "à luz dos grandes princípios, que constituem a teoria da classificação das leis". E prossegue: "Em todas as aplicações do espírito humano, sob qualquer ramo da Ciência, acontece exatamente o mesmo; pois que a razão humana é só uma, e trabalha por invariável processo. O instrumento vem a ser a divisão e a classificação, sempre de uma necessidade absoluta, base de todas as Ciências; visto que, sem divisões e classificações, não há sistema de conhecimentos."

E com total segurança metodológica, plenamente consciente da dogmática que vai construindo: "Em dividir está o grande recurso da nossa débil inteligência, sem o que a observação e comparação seriam impossíveis, e a memória sucumbiria ao peso de um prodigioso número de idéias. Os fenômenos do

22 21 "Nova Apostila", cit., ps. 6 e 10.

23 22 "Nova Apostila", cit., p. 47. Curiosa, sem dúvida, é a expressão "investigar o direito no ponto de vista de um tipo ideal", que, pelo menos por mera associação de idéias, nos faz lembrar logo do método criado na sociologia contemporânea por MAX WEBER, como instrumento lógico, não empírico, destinado a investigar os fatos sociais em sua realidade concreta, como arquétipo comparativo.

mundo sensível, os fatos da vida inteligente, os segredos psicológicos, se nos mostram em uma síntese primitiva e confusa; nossa inteligência os divide, quando os quer estudar e conhecer; dividindo-os, comparando-os, analisando-os, descobre suas relações e depois desta decomposição, os recompõe de novo, e consegue então uma síntese esclarecida. As leis positivas são fatos da vida inteligente, são fatos sociais, que como todos os fatos, podem ser observados..."²⁴

Em outro passo, e já anteriormente, com precisão: "A demarcação dos limites da Legislação Civil é assunto que não se pode separar do exame geral das outras divisões que compõem a tábua sintética da Classificação das Leis." Pouco adiante, completa: "Sem dúvida, é impossível haver verdadeira classificação sem que se derive das diferenças e conformidades que constituem a natureza das coisas; e tal foi o princípio que cuidamos de fixar logo ao começo dos nossos trabalhos" (IX e XIX). Em nota, sempre preocupado com a construção de uma dogmática jurídica, perfeita e acabada, anuncia TEIXEIRA DE FREITAS a existência de uma nova introdução que seria publicada com o primeiro volume relativo à Classificação Geral das Leis, e informa que suas partes são as seguintes: 1.º Programa oficial; 2.º Teoria da classificação das Leis; 3.º Divisões atuais da legislação; 4.º Divisões das Leis verificadas pela análise; 5.º Tábua geral da classificação das Leis.

A única Tábua que se conhece, no entanto, é a que viria mais tarde a acompanhar o "Esboço", mas na verdade é dele diferente na ordem das matérias e na terminologia, e somente foi descoberta na década de 30 deste século pelo Prof. JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e que a deu à publicidade na integra.²⁵ Em nota à 3.ª edição da Consolidação, datada de setembro de 1875, volta TEIXEIRA DE FREITAS a se referir ao tema, em continuação à nota, citada acima, da edição anterior. Parte dessa Introdução foi publicada na "Nova Apostila" (1859) e outra parte extraiu-se. E logo a seguir: "A Teoria da Classificação das Leis é partitura da Teoria da Classificação como é também a da classificação dos poderes no Direito Público e a da classificação dos direitos no Direito Privado; sempre pelo imprescindível processo da divisão dicotômica, instrumento único, não de arte bruta, mas de Arte-Ciência (BENTHAM — Classificação), e portanto de Direito. O Direito é — dos ramos da Arte — *Ars boni et aequi* —, legitimado pela sua Ciência — *justi atque injusti scientia*." O método dicotômico, adverte, removerá "qualquer dificuldades da classificação dos direitos".²⁶

24 23 "Nova Apostila", cit., ps. 51-52.

25 24 J. C. DE MATOS PEIXOTO, A Codificação de Teixeira de Freitas, REVISTA FORENSE, jan. 1939, ps. 16-17; fev. 1939, ps. 25-31.

26 25 "Consolidação", cit., 5.ª ed., anotada por MARTINHO GARCEZ, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1915, ps. XXIX-XXX.

Como já observava NABUCO DE ARAÚJO a seu tempo, não são idênticas as classificações da Introdução à "Consolidação", a do "Esboço" e a Tábua sintética que o acompanhava. Tudo isso revela o estrênuo esforço do autor em aperfeiçoar cada vez mais o sistema harmônico da matéria jurídica, fixando rigorosamente, como queria DESCARTES, idéias claras, nítidas e distintas.

Fiel ao seu método e preciso na sua aplicação, insistia TEIXEIRA DE FREITAS: "Classificar não é simplesmente dividir, não é somente designar por uma denominação comum os indivíduos que se assemelham a certos respetos. A divisão é instrumento da análise; mas, terminada esta, e conhecidas as diferenças e semelhanças dos entes ou fatos observados; a classificação, instrumento de síntese, os distribui, não em séries isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas às outras, e formando um verdadeiro sistema, que não é um simples *arranjo* e *superposição*, mas um tecido, um agregado de partes reciprocamente unidas, para haver essa união, bem se vê, que a classificação só pode ser produto de uma idéia geral, de um princípio dominante.

Se a classificação não é fundada sobre um princípio, não existe sistema; porque as classes já não dependem umas das outras... A escolha desse princípio é a grande dificuldade, e determina as classificações *naturais* e *artificiais*."

Das páginas adiante, indaga e responde com segurança: "Isto posto, qual o juízo que se deve fazer das classificações e divisões artificiais, que não exprimem as relações naturais? Trabalhos tais só têm valor de um catálogo, mas não têm caráter científico; porque a ciência não se desvia das indicações da natureza"... "As regras das classificações naturais de que nos dão exemplos os botanistas, já nós a indicamos. Fugamos de artificios, de construções puramente nominais, e divinatórias, que não traduzem os fenômenos da vida, que perscrutam causas sem atender às realidades dos efeitos. É pelos efeitos, e não pelas causas, que se observa, compara, e classifica."²⁷

5.1. Eis aí uma das melhores páginas do jurista brasileiro, de elevada informação filosófica, que muito o aproximam dos ensinamentos de BACON, DESCARTES, COMTE e POINCARÉ. O rigor metodológico está presente em todos eles, com o mesmo propósito de precisão e certeza científica. Vejam-se estas palavras de COMTE, de 1822, mas seguramente desconhecidas do autor brasileiro, que mais parecem escritas a duas mãos: "Sendo os naturalistas, de todos os cientistas, os que têm de formar as classificações mais extensas e mais difíceis, é nas suas mãos que o método geral das classificações pôde fazer seus maiores progressos. O princípio fundamental deste método encontra-se estabelecido desde que existe, em Botânica e em Zoologia,

classificações filosóficas, isto é, fundadas em relações reais, e não em aproximações artificiais. Consiste ele em que a ordem de generalidade dos diferentes graus de divisão seja, tanto quanto possível, exatamente conforme à das relações observadas entre os fenômenos que devem ser classificados"... "Conhecer a classificação é conhecer a ciência, pelo menos, sua parte mais importante"... "Se uma boa coordenação dos fatos é importante em qualquer ciência, é tudo na ciência política, que, sem essa condição, faltaria inteiramente à sua finalidade prática."

E na sua obra fundamental: "Consiste esse princípio em que a classificação deve resultar do próprio estudo dos objetos a classificar, e ser determinada pelas afinidades reais do encadeamento natural que apresentam, de tal modo que essa classificação seja, ela própria, a expressão do fato mais geral, manifestado pela comparação aprofundada dos objetos que abrange."²⁸

Ainda hoje outro não é o ensinamento da metodologia científica. Consiste a classificação na repartição de coisas ou fenômenos em um certo número de conjuntos parciais coordenados e subordinados, presentes sempre as relações do gênero às espécies, do todo à parte, no conjunto harmônico de genealogia e hierarquia. Explicitamos em nossas palavras o que a respeito escreve LALANDE, que completa, de forma exemplar, bem à maneira de TEIXEIRA DE FREITAS, seguro do que fazia e aconselhava a fazer: "Chama-se *classificação artificial* a que depende de caracteres arbitrariamente escolhidos, e que tem por fim permitir somente encontrar rapidamente cada objeto segundo o lugar que nela ocupa, ou reciprocamente; *classificação natural*, a que tem por fim agrupar os objetos que apresentem maiores semelhanças naturais e preparar assim as descobertas das leis." O primeiro objeto da ciência, registra CUVILLIER, consiste em tomar conhecimento dos fatos, descrevendo-os, mas procurando levar mais adiante a análise esboçada nas generalizações espontâneas, ainda insuficientes. Com isso introduz-se uma certa *unidade* na diversidade dos dados sensíveis. Elabora-se então um certo número de tipos dos fatos observados, que serão definidos e classificados, segundo caracteres constantes e gerais, ou princípios válidos e explicativos da primitiva massa de dados. Toda ciência representa essa coordenação, essa construção da unidade."²⁹

Na ciência jurídica, é óbvio, não basta a pesquisa empírica do dado, que se completa pelo construído da técnica, de acordo com os valores tidos em vista pelo legislador. Mas a

²⁷ A. COMTE, *Plan des travaux Scientifiques Nécessaires pour Réorganiser la Société*, "Système", cit., ps. 110-111; "Cours", cit., vol. I, ps. 33-34.

²⁸ A. LALANDE, "Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie", Presses Un. de France, Paris, 10^a ed., 1968, p. 144; A. CUVILLIER, "Manuel de Philosophie", Libr. Armand Colin, vol. II, Paris, 7^a ed., 1936, ps. 93-94.

27

27

²⁶ "Nova Apostila", cit., ps. 51-53, 55, 78-79.

pesquisa permanece, para que se evitem os riscos daquelas "regiões áreas" de que falava TEIXEIRA DE FREITAS. A definição e a classificação constituem métodos seus da maior significação e importância. Que é a matéria jurídica? Este é o primeiro ponto que deve ser estabelecido em questões de metodologia, afirma CARNELUTTI, e responde, com AR TURO COLONNA, que é o complexo das normas jurídicas, é um tecido de normas, ou, melhor ainda, é um tecido de ordens. Cabe ao jurista ordenar e classificar essa matéria, na construção do sistema e da unidade. Quase nas palavras de TEIXEIRA DE FREITAS: "O armazém da memória serve para pouco se as imagens se encontram desordenadas. Necessita-se de catálogo e divisões. O meio para pôr em ordem as imagens é compará-las, de onde nasce a classificação... A chave da classificação é a distinção entre o gênero e a espécie"... "A classificação resolve-se, pois, na descoberta dos caracteres comuns nos objetos diversos"... "Convém que os teóricos do Direito se dêem conta da função e da importância da classificação e igualmente compreendam como e por que, se a observação não se faz seguir pela classificação, não serve para nada. A classificação deve ser feita segundo normas que eles próprios devem procurar descobrir."²⁹

Constitui lugar comum a aplicação da comparação e da classificação na ciência jurídica como seus métodos de eleição, dada a natureza do dado jurídico — a norma — e a necessidade da busca da unidade do sistema. A matéria é pacífica entre os tratadistas, como, para exemplos, podem ser indicados GÉNY (em mais de um livro), BOBBIO, DONATI, HERNANDEZ-GIL. Escreve o primeiro: "A *divisão* das noções intervém frequentemente na exposição do direito, para prolongar e completar uma definição principal, desmembrando seu objeto e preparando assim seu desenvolvimento metódico, mediante definições subordinadas. Semelhante operação toma somente um caráter verdadeiramente racional e lógico, torna-se propriamente uma *classificação*, quando parte dos próprios objetos que ela tem em vista agrupar segundo seus caracteres comuns. Com efeito, não deve ela procurar colocar somente uma ordem artificial nos conceitos jurídicos, mas, antes ainda, revelando suas semelhanças e diferenças, permitir, ao direito positivo, um emprego judicioso e seguro da analogia." Tal método só se legitima quando utilizado conforme à sua natureza e com os limites que lhe confere a sua própria finalidade, sob pena de se cair no perigo das classificações puramente aparentes ou falsas ou no excesso das classificações que levem a um fracionamento puramente formal."³⁰

A classificação, ensina BOBBIO, é o instrumento metodológico típico da moderna *jurisprudência sistemática*, e não a dedução, que parte de alguns postulados iniciais, desenvolvidos analiticamente mediante regras preestabelecidas. Seu objetivo, continua BOBBIO, é "reunir os dados fornecidos pela experiência tomando por base as semelhanças a fim de formar conceitos cada vez mais gerais até atingir os conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado".

Com o mesmo rigor de TEIXEIRA DE FREITAS, escreve BENVENUTO DONATI que as metas do conhecimento jurídico somente poderão ser alcançadas pelo êxito do método adequado, daí a importância da questão metodológica na Filosofia e na Ciência do Direito. É na lógica formal que se acham indicados os métodos a serem seguidos, já que os problemas científicos do direito se identificam, quanto a isso, com os problemas de qualquer outra espécie de conhecimento científico. "A sua função principal, esclarece, consiste em dividir, isto é, unir os dados semelhantes e distinguir os dessemelhantes". O primeiro momento desse processo é a definição, que leva à formação do gênero, distinguindo-se de qualquer categoria diversa. O segundo passo é a construção do sistema de distinções e classificações, o sistema das subdivisões internas, que são próprias do dado. E, depois de outras considerações, conclui: "Eis, enfim, os dois processos metódicos que devem ser próprios da ciência do direito: a definição do direito é do âmbito da filosofia do direito; como as distinções e as classificações dos ordenamentos jurídicos pertencem à ciência jurídica propriamente dita, ou seja, à *jurisprudência*."³¹

5.2. Tudo isso, como vimos e ainda veremos a seguir, já sabia TEIXEIRA DE FREITAS a seu tempo. Mas não se pense que se deixasse aprisionar numa jurisprudência de conceitos, puramente analítica. "Um C. Civ., dizia, não é um livro de Filosofia do Direito, um curso de Direito Natural."³² Um código é feito para a vida, para os conflitos concretos de interesses. "O tempo, os costumes, o gênio particular dos diferentes povos, o estado mais ou menos avançado da civilização, e sobretudo a forma de organização política e social, exercem a mais profunda influência" sobre o Direito Positivo" (LIV). Isto, que parece pura Escola Histórica de SAVIGNY, é baseado di-

³⁰ ³¹ N. BOBBIO, "Teoria dell'Ordinamento Giuridico", G. Giappichelli ed., Turim, 1960, p. 79; B. DONATI, "Fondazione della Scienza del Diritto", Cedam, Pádua, 1929, ps. 88-89. Em geral, do ponto de vista histórico e comparativo das doutrinas, veja-se a exaustiva obra de A. HERNANDEZ-GIL, "Metodologia del Derecho", Ed. Rev. de Derecho Privado, Madri, 1945, *passim*.

³² "Nova Apostila", cit., p. 107.

³⁰ ²⁹ FR. CARNELUTTI, "Metodologia del Derecho", trad. de A. OSSORIO, Union Tipografica, México, 2^a ed., 1962, ps. 6-7, 17, 24, 48-49, 51-53.

³¹ ³⁰ FR. GÉNY "Science et Technique en Droit Privé Positif", Recueil Sirey, vol. I, Paris, s/d, ps. 154-155. Cf. também Les Procédés d'Elaboration du Droit Civil, "Les Méthodes Juridiques", Giard & Bri-

re, Paris, 1911, ps. 181-184, 189 (natureza das coisas), 194 (metodologia): "Aqui nos aparece o que sou levado a considerar como a obra capital da metodologia jurídica na hora atual: edificar uma teoria da técnica do direito, fixar-lhes as leis, precisar-lhes os meios e escolher entre eles."

32

33

retamente em DEMOLOMBE, da Escola da Exegese, por ele referido logo a seguir. Admitiu o C. Civ. da França que a propriedade fosse transmitida só por efeito do consentimento das partes e sem necessidade de qualquer ato exterior: "Confundi-se desta maneira, e logo em sua origem, o *direito pessoal* com o *direito real*; e para esta confusão muito contribuiu uma bela doutrina, que principiou em GRÓCIO, e foi depois reproduzida por muitos escritores de Direito Natural." E em nota: "Esta doutrina supunha um imaginado *Estado da natureza*, que não é o do homem no estado social" (CLIV/CLV).

E em outro local: "Logo que o gênero humano desaparecesse ficando reduzido a um só homem, o direito de propriedade e todos os mais direitos ficariam sem razão de existência. O direito quer a vida real, quer a possibilidade de relações de indivíduo inteligente e livre com entes que têm a mesma natureza e o mesmo destino" (XIII). Mas insistia sempre que, para a elaboração e aplicação do direito, se deve "atender às condições da vida social" (CXLVII). Devem ser abandonados "os princípios de um falso Direito Natural, que não combina com os interesses da sociedade" (XXIX). Quanto ao Direito Romano, depois que os estrangeiros foram admitidos a exercer os direitos privados sem distinção dos nacionais, passaram as enumerações de *direitos civis* a "discussões ridículas e inúteis, que remontam a um imaginado *estado da natureza*, hoje sem a menor importância". E diante do direito positivo brasileiro, indagava: "Qual a lei nossa que tem distinguido esses direitos civis mais naturais e menos civis, de outros direitos menos naturais e mais civis?" (XCIX e XCVII). Não se iludia, contudo, quanto ao valor absoluto da lei, "porque o Direito Positivo é transitório, progressivo, até que, a final, pelo bem relativo atinge o bem absoluto da equidade", como reconheceu na 3.^a edição da "Consolidação".³³ Embora sem aceitar os princípios racionalistas e abstratos do Direito Natural a-histórico do século XVIII, reconhecia à maneira de KANT e de STAMMLER: "Aquilo que é natural, aquilo que é necessário e conveniente para a coexistência dos homens, coexistência mantida *a priori* pela noção eterna do direito, e *a posteriori* pelos regulamentos da lei escrita, manifesta-se desde logo na vida dos povos, confirma-se pela história das instituições jurídicas, e pela observação de seu desenvolvimento progressivo."³⁴

Na "Introdução", indagava: "Haverá um princípio determinante dos *direitos reais*, que *a priori* se possa assinar, e que sirva de regra às legislações?" (XLVII). Enquanto os economistas partem *a posteriori* dos empréstimos hipotecários para a noção do crédito real, chega-se às mesmas idéias e às consequências são as mesmas, quando "nós partimos *a priori* da noção dos *direitos reais*, e achamos

a do *crédito real* em sua maior generalidade, e com a possibilidade de todo seu desenvolvimento desde a infância das sociedades até o grau mais aperfeiçoado" (CXLI/XCLIII).

Com esta segurança e este cuidado, TEIXEIRA DE FREITAS não abandonou nunca o firme propósito da elaboração de uma dogmática jurídica — construída sobre princípios coerentes e explicativos de todo o conjunto, como um organismo bem estruturado, capaz de uma interpretação sistemática e sem contradições. Chegou a escrever: "O sistema inteiro de um código depende muitas vezes de uma só disposição" (XXIX). Mas nunca separava os sistemas das reais condições de cada país e de cada época; por mais admirável que fosse, nenhum sistema poderia ser importado ou transplantado como se importam mercadorias. Dizia isto, depois de muito haver elogiado a legislação hipotecária germânica (CLXVI). Referindo-se a certa instituição do direito francês: "E o que tem tudo isto de comum com o nosso Direito Civil, e com a realidade da nossa vida civil?" (CI). E no "Esboço", de maneira exemplar: "A vida real não existe para os sistemas, e pelo contrário, os sistemas devem ser feitos para a vida real."³⁵

6. Antes de prosseguirmos no estudo da elaboração da dogmática jurídica por TEIXEIRA DE FREITAS, convém que alinhemos rapidamente as fontes da sua formação teórica. A nosso ver, foram cinco primordiais: o Direito Romano, os praxistas portugueses, a Escola Histórica alemã, a Escola de Exegese francesa e o pensamento social de AHRENS (e KRAUSE). Este quinto elemento, menos ostensivo, representou, na amálgama de todos, um forte acento social, que ainda hoje lhe mantém a modernidade da concepção jurídica. O grande mérito do jurista pátrio foi tê-lo lido, estudado, meditado, transformando-os num sutil instrumento de construção do seu próprio sistema, da sua própria dogmática, para a elaboração do direito positivo brasileiro, sempre segundo um agudo senso de realidade e pragmatidade.

6.1. O Direito Romano, de seu inteiro domínio, é invocado a cada passo, como apolo, comparação ou mesmo rejeição, mas sempre presente como paradigma na construção do sistema. Acata-o na maioria das vezes, reconhece-lhe as virtudes, mas não tem por ele um respeito reverencial. Discorda do modelo de classificação das leis das "Pandectas", pois "a série de seus livros é tão destituída de nexos, que não denota observância de método algum". E em nota: "CUJACIO entretanto chamava *imperitissimi et ineptissimi* àqueles que até o seu tempo haviam censurado a ordem das Pandectas. Que veneração supersticiosa!" (X). Este tipo de veneração jamais será encontrado no nosso autor por qualquer das suas fontes doutrinárias. A mesma crítica merecem-lhe as "Institutas", "destinadas ao ensino", pelo mesmo motivo.

Apesar disso, rara é a página de suas obras que não venha informada de abundantes princípios e ensinamentos do Direito Romano. Quanto à situação dos escravos, deixava escrito que daquele Direito havia extraido "um copioso subsídio" . . . "única norma na solução dos casos ocorrentes" (VIII). Registrava em outro passo: "Atenda-se à sabedoria e riqueza do Direito Romano" (CLXXIX). Bastava as Ordenações "terem-se reportado muitas vezes ao "Direito Romano" (III), para que qualquer comentarista seu, consolidador ou autor de nova legislação, se visse obrigado a bem conhecê-lo. E TEIXEIRA DE FREITAS bem o conhecia, sem dúvida.

Numerosas, no entanto, são as suas divergências com as fontes clássicas. Concordava com a necessidade da inscrição ou transcrição dos bens imóveis nos registros públicos, mas acrescentava: "Com esta boa teoria, o Direito Romano também nos legou o detestável sistema das hipotecas ocultas" (CLXIII). E veja-se este passo, bem característico da sua independência e modernidade: "Supor atualmente um *Direito Civil* de pura nacionalidade, negar *direitos civis* aos estrangeiros, falar em *morte civil*, é conceber um quimérico estado de cousas, que evoca as tradições do Direito Romano, reproduzidas mais teorias do Direito Francês, mas que nada tem de semelhante com a realidade da nossa vida civil. São aberrações, como diz SAVIGNY, à que sempre conduz uma aplicação inábil de fatos históricos mal compreendidos" (XCIII/CI).

"Não se deve perder de vista" (XVI), adverte TEIXEIRA DE FREITAS, para a exata significação dos institutos e da terminologia no Direito Romano. Torna-se necessário um prévio exame crítico dos seus institutos e do que representavam no seu sistema. Muitos desses institutos passaram para o direito francês, "posto que bastardeados", sem que se pusessem "em linha de conta escrupulosas apreciações da verdade histórica e as controvérsias próprias da matéria (CI e XCV). E no "Esboço": "Para bem compreender minhas idéias, que irei sucessivamente desenvolvendo, é de mister abrir mão do Direito Romano, que considera o vínculo das obrigações em um sentido especial. E também devo recomendar que, suposto estas minhas idéias estejam de acordo com as de SAVIGNY e de outros Escritores alemães, todavia não são perfeitamente semelhantes, por isso mesmo que as enuncio em toda a liberdade, e sem referência ao Direito Romano, sobre cujas noções erigira SAVIGNY o seu sistema."

Páginas adiante: "A teoria do *status* do Direito Romano não é aplicável às legislações modernas, nem quanto ao *status libertatis*, nem quanto ao *status civitatis*; sendo-o apenas quanto ao *status familiae*."³⁶

Os exemplos poderiam multiplicar-se indefinidamente, ora com concordância, ora com discordância de TEIXEIRA DE FREITAS com o Direito Romano, verdadeiro pano de fundo da sua imensa cultura jurídica e da sua ex-

posição doutrinária, mas sempre com inteira autonomia de pensamento.

6.2. Os praxistas, como não poderia deixar de ser, aparecem como os verdadeiros comentaristas do direito anterior à "Consolidação". Eles e todos que escreveram sobre Direito Civil, notadamente em Portugal, são do seu absoluto trato. Deles pouco se serve; comparecem mais como pontos de referência ou de crítica para a elaboração do seu sistema, que dos mesmos se quer desprender como o novo e o seguro se afasta do velho e do inseguro. O que mais busca TEIXEIRA DE FREITAS é a certeza jurídica, a univocidade conceitual. Sobre eles escreve logo de início: "As coisas têm chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas leis que os constituem, do que pelos Praxistas que as invadiram" (III). Por isso suas obras são invocadas a cada passo, como esclarecedoras do estado da doutrina e do direito positivo reinantes até então. MELO FREIRE, COELHO DA ROCHA, LOBÃO, BORGES CARNEIRO, SAMPAIO, CORREIA TELES, são-lhe familiares no manuseio.

Do mais importante deles, MELO FREIRE, por TEIXEIRA DE FREITAS chamado de "autoridade respeitável", declara que o próprio autor lusitano "não deixou de reconhecer a desordem de seu método". E mais, em continuação da mesma nota: "Já se vê que MELO FREIRE dava pouca importância à questão do método" (XI/XII). Falha imperdoável, como sabemos, para o seu julgador. . .

Mas, em escrito posterior, referia-se a ele carinhosamente: "o nosso bom MELO FREIRE" E de CORREIA TELES, cuja "Doutrina das Ações" comenta em edição de 1879, diz-lo "mais legista que jurisconsulto".³⁷

6.3. A Escola Histórica permite-lhe reconhecer a continuidade da ordem jurídica, revela-lhe as suas estreitas relações com o espírito de cada povo e de cada época. Se, por um lado, lhe poderia levar a um certo tradicionalismo romântico; por outro, o impedia de cair no excessivo abstrativismo dos conceitos, de indole analítica. Dava-lhe equilíbrio na construção da sua dogmática. SAVIGNY, inequivocamente, é o seu mestre predileto, cujo "Sistema" vem abundantemente citado, embora também dele discorde em vários pontos, principalmente na própria matéria de classificação do Direito Civil. Seu nome vem sempre seguido das mais encomiásticas adjectivações, tais como: "sábio escritor", "profundo", "primeira autoridade", "assombrosa inteligência". . . "à cuja autoridade deve-se curvar a cabeça", "doutíssimo", "o Jurisconsulto", entre outras. E mais: "Todas as nossas idéias sobre a posse são as mesmas deste Escritor (SAVIGNY)" (CXXIII).

Sem ler alemão, travou conhecimento com os tratadistas germânicos — SAVIGNY, HUGO THIBAUT, ZACHARIAE, MAREZOLL, AHRENS — em traduções francesas. Quanto

34 -33 "Consolidação", 5.^a ed., cit., p. 239.
35 -34 "Nova Apostila", cit., p. 189.

36 -85 "Esboço", cit., vol. I, p. 30.

37 -86 "Esboço", cit., vol. I, ps. 18-19 e 31.

38 -87 "Nova Apostila", cit., ps. 177 e 205.

à classificação da matéria civil, seu angustiante tema de eleição, discordando de POTHIER, cujo "vício tem sua origem nas idéias do Direito Romano", informa que "o método antigo foi quase banido das escolas". E completa: "Falamos da Alemanha, o país da meditação, onde a Ciência do Direito, associando-se à história e à filologia, tem alcançado os mais brilhantes triunfos"... "Quando começaram os trabalhos do C. Civ. francês em 1799, as novas idéias não tinham ainda tomado toda a sua ascendência" (XXI/XXII).

De SAVIGNY dois são os livros citados por TEIXEIRA DE FREITAS, ambos em tradução francesa, o "Traité de Droit Romain", em 8 volumes, trad. de Ch. GUENOUX, e o "Traité de la Possession en Droit Romain", trad. de FAIVRE D'AUDELANGE. TEIXEIRA nunca dá indicações precisas sobre as obras, assim é que a primeira raramente aparece sob a denominação certa (em francês) de "Traité", como, por exemplo, à página LXXXVI da "Introdução". A obra mais viva e polêmica de SAVIGNY contra a codificação em seu tempo, de 1814, não aparece em sua bibliografia. HUGO vem sempre referido através de SAVIGNY, sem indicação de escrito próprio, só de opinião. THIBAUT, nas duas vezes em que aparece, é em rápida alusão, embora numa delas chamado de "autor justamente célebre" (LXII).

Coube a HUGO, cuja obra principal é de 1809, a tese de que "em cada época o direito positivo constitui um todo vivo", pregando o abandono dos velhos princípios racionalistas. Absorvido e ampliado tal ensinamento por SAVIGNY, neste muito se apoiou TEIXEIRA DE FREITAS no combate ao direito natural e incansável pugna pelo rigor metodológico. Muito devem ter impressionado ao autor brasileiro, por exemplo, as palavras de SAVIGNY, no § 5.º da sua obra fundamental, sobre a instituição jurídica, quando escreve: "Todas as instituições jurídicas estão vinculadas a um sistema, e só podem ser compreendidas por completo dentro do magno contexto deste sistema, no qual aparece novamente a mesma natureza orgânica." No § 13, sobre a legislação, mostra SAVIGNY que "o direito positivo, encarnado na linguagem e provido de poder absoluto, denomina-se *Lei* e seu estabelecimento pertence aos direitos mais nobres do poder supremo no Estado".

Na pequena monografia de SAVIGNY, de 1814, que é a suma do seu pensamento criador, muito encontraria TEIXEIRA DE FREITAS de comum com as teses que sempre defendeu: o Direito civil reveste-se de um caráter determinado, peculiar a cada povo, à sua língua, seus costumes e sua constituição política; "o direito vive no comum conhecimento do povo". Quanto à sistemática: "Em nossa ciência toda verdade emana de um certo número de princípios fundamentais; pois bem, são estes o que verdadeiramente constituem a grandeza dos juriconsultos romanos." E mais: "O direito, por sua íntima condição, deve antes de tudo atingir o mais alto grau

de certeza, e a esta deve acompanhar uma uniforme aplicação." Mas, absolutamente fundamental é este longo trecho de SAVIGNY, que, por si só, resume toda a dogmática jurídica, e cujos ensinamentos se fillou TEIXEIRA: "Os juristas precisam, certamente, de uma dupla capacidade: capacidade histórica para recolher com acerto tudo quanto há de característico em cada época e em cada forma de direito, e capacidade, que chamaremos sistemática, para considerar toda idéia e todo princípio em íntima relação e em ação recíproca com o conjunto, o que equivale a dizer, em sua posição natural e verdadeira. Pois bem, esta dupla aptidão escasseia muitíssimo nos juristas do século passado, os quais se distinguiram especialmente por suas múltiplas e agudas investigações filosóficas."³⁷

Neste trecho encontram-se, a um só tempo: a historicidade das instituições jurídicas, a necessidade da organização do direito positivo em sistema ou dogmática, e a crítica ao direito natural racionalista do século XVIII. Neste trecho está toda a concepção jurídica de TEIXEIRA DE FREITAS. Em perfeita síntese, pôde escrever HERNANDEZ-GIL: "O que caracteriza, pois, a Escola histórica neste ponto é colocar a investigação histórica a serviço da dogmática jurídica; dotar esta de um conteúdo histórico. Não parte de postulados prévios, os obtém empiricamente; mas opera logicamente com eles. Ainda mais: o método, na ordem dogmática, é uma imagem do método histórico. Se num sentido ontológico para a Escola histórica o Direito é um todo orgânico, em um sentido lógico também o é."

6.4. Enquanto isso, a Escola da Exegese, diametralmente oposta à Escola Histórica, a favor da codificação, do culto da lei, do respeito à sua letra, era da absoluta intilidade e também admiração do jurista brasileiro, notadamente DEMOLOMBE, de quem diz, depois de lhe citar um trecho: "Eis como os estudos jurídicos tornam-se amenos para um bom amador!" (CXXIX).

Pode-se dizer que não desconheceu nenhum dos integrantes da Escola, tais como BLONDEAU, MALEVILLE, DURANTON, TROPONG, MASSÉ, VERGÉ, MERLIN, DELVINCOURT, TOULLIER, PROUDHON, DUVERGER, DEMOLOMBE, MARCADE, DAMANTE. As referências foram feitas na ordem em que aparecem na Introdução à sua "Consolidação". Da Escola aceitava o respeito ao direito positivo escrito, que consubstancia o preceito que o legislador quer que vigore em sociedade, como o verbo mais perfeito da ordem jurídica, de resto — como vimos — outro não era o ensinamento, a este respeito, do próprio SAVIGNY. O seu culto à lei, é claro, não o levava ao fanatismo, não a admitia como um mandamento inviolável. Escrevia: "Incumbe ao legislador considerar os direitos em todas as suas fases, e por certo a que mais o deve

³⁷ F. DE SAVIGNY, "De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho", trad. de A. POSADA, Ed. Atalaya, Buenos Aires, ps. 43, 46, 54, 62 e 80.

interessar é o da sua violação. O que seria o direito, se a sanção da lei não assegurasse seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou de injustiça, mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade da violação do direito reclama uma série de instituições protetoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inútil. Também nunca o direito manifesta-se mais claramente do que quando, denegado e agredido, a ação aparece, e em virtude dela a autoridade judiciária o reconhece, proclama, e coage a respeitá-lo" (CXXIX).

Mas tão cioso se manifestava TEIXEIRA DE FREITAS com a sua obra legislativa que, desde a própria Consolidação, de 1857, admitia que, como em França e segundo os ensinamentos da Exegese, o sistema da lei fosse respeitado e seguido no ensino do Direito Civil: "Tenham os professores liberdade na opção do método mais próprio para facilitar o ensino, porém, não haja nisto puro arbitrio. O método influi na teoria, e a teoria em matérias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve somente explicá-lo. Para evitar desvios e para ao mesmo tempo constringer a doutrina ou falsificar a ciência, melhor é que, empreendendo-se uma legislação nova, muito se medite a respeito do método conveniente. Nós vamos ver como na distinção dos *direitos reais* e dos *direitos pessoais* repousa todo o sistema do Direito Civil" (XXXI/XXXII).

Em nota, depois de esclarecer que "em França os professores não podem alterar no ensino o método dos Códigos", acrescenta, peremptório: "Nunca aprovaremos que no ensino da legislação codificada altere-se a ordem das matérias, como recentemente, quanto ao nosso C. de Pr. Crim., fizera um professor da Faculdade de São Paulo."

Pura Escola da Exegese, como se vê. Logo no prefácio do seu "Cours" em 32 volumes, escrevia DEMOLOMBE: "*Au reste, ma devise, ma profession de foi est aussi: les textes avant tout! Je publie un cours de Code civil.*"³⁸ E o que, com mais ardor ainda, dizia BUGNET: "*Je ne connais pas le Droit Civil, j'enseigne le Code Napoléon.*"

Segundo BONNECASE, a Escola da Exegese passou por três fases: 1804/1830, 1830/1880, 1880/1900; praticamente todos os seus integrantes das duas primeiras fases foram frequentados por TEIXEIRA DE FREITAS, que os conhecia profundamente. Se TROPONG foi o filósofo da Escola, MARCADE foi o polemista e DEMOLOMBE o seu príncipe. Os cinquenta anos da segunda fase constituem o período de apogeu da Escola, principalmente sob o impulso dos professores. Como lembra BONNECASE, "todos os nomes com os quais se honrará a ciência do direito civil na França no meio do século XIX pertencem, numa boa classificação, à Escola da Exegese". DELVINCOURT, um dos seus fundadores, e

BLONDEAU aparecem nas páginas do autor nacional, sendo de destacar, como o faz o mesmo BONNECASE, o papel que este último desempenhou, com farta colaboração em "La Thémis", revista também de constante manuseio de TEIXEIRA DE FREITAS, que, em seus diversos tomos, vem por ele referida (XIV, XVIII, XXV, L, LXX).

Aqui, como sempre, se a TROPONG ele faz acompanhar o adjetivo de "sábio" (XLIX), e a todos admire e deles muito se sirva, não hesita em aplicar uma exclamação "engano visível!" a um trecho de DEMOLOMBE a propósito de direitos reais e direitos pessoais (LXIV).

Compare-se agora este trecho do discurso de AUBRY, na Faculdade de Direito de Strasbourg em 1857 — por certo, desconhecido do nosso jurista quando publicou a "Consolidação" — com a sua profissão de fé, idêntica à revelada nesta banda do Atlântico no mesmo ano: "A missão dos professores chamados a dar em nome do Estado o ensino jurídico é de protestar, com medida, sem dúvida, mas também com firmeza, contra toda inovação que tenda a substituir uma vontade estranha à do legislador"... "Toda a lei, em seu espírito e em sua letra, com uma ampla aplicação de seus princípios, e o mais completo desenvolvimento das conseqüências que dela decorram, mas nada além da lei, tal tem sido a divisa dos professores do Código de Napoleão. E nesta via de conservação progressiva que eles têm orientado seus alunos."³⁹

Logo no início do Prefácio de DEMOLOMBE, já referido, à sua monumental obra, não se deixa ele ficar somente na letra da lei. Este é o resultado último de todo um processo prévio de dogmática jurídica: "Tomel sempre como ponto de partida as regras primeiras e essenciais, os princípios, os elementos enfim da ciência... os elementos! os princípios! esta base necessária de todo estudo sério e sólido. Também minha constante preocupação é de os assentar bem, de pôr em relevo, de os disciplinar e de os classificar na ordem que me parece mais clara e mais racional, com o encadramento metódico que lhe confere força e verdade."

6.5. O "Cours de Droit Naturel", de H. AHRENS, vem citado seis vezes na Introdução à "Consolidação", na maioria das quais em temas de direito real ou de propriedade. Coube-lhe emprestar à dogmática de TEIXEIRA DE FREITAS um pronunciado acento social, de certa forma antindividualista, equilibrando o interesse individual com o interesse social. Embora não chegue a tanto, muito se aproxima o jurista brasileiro da nação do abuso de direito, isto é, do uso anti-social do direito, legítimo em si, mas que por seus excessos pode transformar-se em algo ilícito ou nocivo, sancionado pela lei. Em sua obra chega a referir-se a um "conflito de direitos", isto

³⁸ C. DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon", vol. I, Durand e Hachette, Paris, 1854, p. VIII.

³⁹ J. BONNECASE, "L'École de l'Exégèse en Droit Civil", E. de Boccard, ed., Paris, 1924, ps. 29-30 (frase de BUGNET); 134 (discurso de AUBRY).

é, "uma colisão, onde aparece de um lado o interesse de um só, e do outro lado o interesse de muitos" (CLVII).

O apelo ao social manifesta-se em várias passagens nas páginas do insigne jurista. Citando CHASSAT, concorda com a sua opinião, quando diz: "O que importa em legislação é consagrar princípios, lançar vistas largas que dominem as opiniões no sentido dos interesses gerais" (CIV). Na teoria da ação: "Antes da violação do direito pessoal já existe um vínculo positivo que na ação produz seu previsto efeito individual. O direito real, porém, como que dorme, para ostentar depois na ofensa que provoca todo o poder de seus efeitos. Pela observação destes efeitos o legislador atento equilibra os variados interesses da vida social" (CXXIX). Defendendo a solididade na transmissão da propriedade imóvel e a sua inscrição pública: "Estabelecido, pois, o direito pessoal, de onde tem de resultar a transmissão da propriedade, e pois que a fé dos contratos deve ser mantida, muitos espíritos não quiseram ver mais nada; e deram logo a propriedade como transmitida, e como adquirida, só pelo simples poder do concurso de vontades em um momento dado. Tomou-se a propriedade em seu elemento individual somente, não se atendendo ao seu elemento social; contou-se com a boa fé das convenções, como se a má fé não fosse possível, ou não pudesse prejudicar a terceiros" (CLVI).

Em nota, na mesma página, cita AHRENS num trecho, que merece transcrito, de inteira inspiração krausiana: "A propriedade compõe-se de dois elementos, um individual e o outro social; se o primeiro é a base, o segundo é o regulador do direito de propriedade; e ambos devem ser combinados e harmonizados para dar à propriedade um caráter orgânico, reflexo das relações orgânicas que existem entre o indivíduo e a sociedade, entre o homem e a humanidade. Do mesmo modo que o indivíduo não deve ser absorvido pela sociedade, também o direito individual de propriedade não se perde no direito social". Eis a doutrina exata, que se fazer derivar só da lei a propriedade, como aliás pensaram MONTESQUIEU e BENTHAM, atribui à lei o que verdadeiramente à lei pertence."

Quanto à matéria dos direitos reais, o tema de sua predileção, não hesitava em escrever que o legislador civil não devia se deixar "dominar por alguma idéia exclusiva, não recusando proteção aos variados interesses da sociedade" (CLXXVIII). E já anteriormente: "Penetrou-se a natureza do ato da transmissão da propriedade, e atendeu-se às condições da vida social" (CXLVII).

O trecho, citado, de AHRENS é exemplar para a identificação do pensamento do autor do "Cours". Vindo diretamente de KRAUSE,

42 40 No "Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit", 6ª ed., F. A. Brockhaus, Leipzig, vol. I, 1866, ps. 25, 77-80, AHRENS faz o elogio de KRAUSE e declara que adota a sua doutrina jurídica. Na introdução à "Encyclopédie Juridique", de AHRENS, que traduziu para o francês — Ernest Thorin, ed., Paris, 1880 —, informa A. CHAUFFARD: "Fervoroso adepto

cuja filosofia orgânica dos interesses gerais do indivíduo, da sociedade e da humanidade, antiindividualista sem ser socialista; pela propriedade privada, mas com função social e gerando obrigações sociais para o proprietário, AHRENS chega a escrever: "A propriedade privada deve ser cedida mediante uma justa indenização, quando o interesse social lhe exige o sacrifício." E mais: "O Estado deve tomar as medidas positivas favoráveis à aquisição da propriedade, cuja tarefa cabe ser desenvolvida mais especialmente pelo direito público e pela economia política." E mais ainda: "O direito de propriedade deve ser posto em relação com toda a ordem social, com todos os princípios econômicos e morais, igualmente importantes para os modos de aquisição e de uso da propriedade." Entre os princípios que "regulam socialmente o direito de propriedade", destaca AHRENS os dois seguintes: "O proprietário que, por falta de inteligência, de boa vontade ou de meios suficientes para utilizar sua propriedade ou para lhe fazer produzir os frutos que dela se esperam, pode ser obrigado pelo Estado a ceder esta propriedade mediante uma justa indenização, a fim de que ela possa, em outras mãos, ser mais útil à sociedade. Este princípio se aplica sobretudo às propriedades agrícolas, cuja boa exploração interessa à alimentação de sociedade. O Estado não tem somente o direito de exigir que as terras suscetíveis de cultura sejam exploradas, mas também o de tomar todas as medidas de interesse público, concordes com os princípios de uma boa exploração agrícola."

43 41 Ai está a reforma agrária... TEIXEIRA DE FREITAS nem de longe chegou a tanto, mas sua concordância com a doutrina de AHRENS é sintomática e todos esses desenvolvimentos se encontram no centro daquele conceito por ele admitido com entusiasmo. *Nihil novi sub sole*: parecia novidade quando a Constituição de 1946 admitiu a desapropriação por interesse social quando tal figura e tal expressão já se encontravam tranquilamente no pensamento jurídico de KRAUSE e AHRENS na primeira metade do século passado.

6.6. Sem tê-lo lido diretamente, dele tomando conhecimento por via indireta, não deixou o autor brasileiro de admirar e render suas homenagens ao alto espírito de LEIBNIZ, que o ajudou no combate a antigos princípios de classificação da matéria civil, embora ve-

43 41 "Cours", cit., vol. II, § 61, "Du Droit de la Propriété", ps. 145 e segs. Cf. nosso A Reforma Agrária e o Direito Natural, "Jorn. do Com.", 12.6.84.

da escola filosófica de KRAUSE, aspirava ele a propagar-lhe os ensinamentos."

Para a filosofia orgânica de KRAUSE, na tradição de FICHTE e a sua noção de direito social, veja-se G. GURVITCH, "L'idée du Droit Social", Recueil Sirey, Paris, 1932, ps. 442-470. Para a sua influência no Brasil e também em TEIXEIRA DE FREITAS, cf. MIGUEL REALE, "Filosofia em São Paulo", 2ª ed., S. Paulo, 1976, ps. 19 e 161 e segs.; Teixeira de Freitas e o Sentido Social do Direito "Figuras da Inteligência Brasileira", Ed. Tempo Brasileiro e Un. Fed. do Ceará, Rio de Janeiro, 1984, ps. 115-125.

nha dele a discordar ao longo da exposição. Mas cabe o registro aqui de mais uma benéfica e ilustre influência sofrida por TEIXEIRA DE FREITAS. Confessa ele que extraiu uma grande parte desses esclarecimentos do artigo de BLONDEAU na revista "Thémis".

Ainda que venha a se separar de LEIBNIZ, ao final, deve-lhe um grande auxílio na crítica à classificação romana, seguida até então com respeito reverencial: "Para evitar os indicados inconvenientes, várias classificações foram outrora propostas por alguns Jurisconsultos de espírito mais independente. Entre eles sobressai o célebre LEIBNIZ, que com o poder de seu gênio censurou as "Institutas", e proclamou o supremo princípio que deve dominar nestas matérias." Concorda, porém, com a crítica que lhe endereça BLONDEAU — pois "direitos que apresentam a maior semelhança podem derivar de causas diferentes, ao passo que a mesma causa pode produzir direitos que não têm entre si a menor analogia" (BLONDEAU) — mas reconhece: "Ao brilhante esforço de LEIBNIZ, que encerra uma verdade eterna, embora mal aplicada, não são comparáveis outras tentativas que se fizeram até meado do século último" (XVIII/XX).

Dois anos depois, porém, o seu reconhecimento a LEIBNIZ parece maior e menos crítico. Na "Nova Apostila" a ele se refere várias vezes, ao aludir a "potestas de LEIBNIZ; autonomia de KANT e personalidade de AHRENS". E no mesmo tema da "Introdução", agradece ao "famoso LEIBNIZ, que com a agudeza de seu grande espírito fez uma crítica tão judiciosa das "Institutas" de JUSTINIANO, traçou o supremo princípio, que deve servir de norma à exposição, ou didática, ou legislativa, do Direito Civil. A consideração, disse ele, que só pode servir de base a uma classificação jurídica, é a da diferença que se observa entre direitos e obrigações. Não são as pessoas e as coisas que se deve distinguir (referindo-se à conhecida divisão das mesmas "Institutas"), mas as suas obrigações e os seus direitos".

44 7. Como em KANT — que não chegou a ser lido, ao que parece, por TEIXEIRA DE FREITAS, mas que a seu nome se refere, de passagem, na "Nova Apostila" —, fazia ele da liberdade, da vontade livre, o fundamento do próprio direito. A mesma importância atribuía à moralidade dos atos jurídicos, fazendo da regra jurídica uma regra moral. Ainda quando esteve em polêmica com CAETANO ALBERTO SOARES, neste Instituto, em 1857, em torno da condição do *statuliber*, que tão mal compreendido o deixou perante os emancipacionistas, a ponto de pedir demissão da sua presidência; pois bem, ainda no seu parecer daquele ano, nunca deixou de proclamar a liberdade como o supremo valor da vida humana. Algumas frases isoladas, que ali se encontram: "A liberdade é indivisível"... "A li-

berdade é inalienável, é um direito natural." Como direito absoluto ele também a reconhecia na sua "Introdução", da mesma época, concebida pela razão antes da lei. É um dos direitos absolutos da personalidade, sendo que o elenco de direitos absolutos se completa ainda com a segurança e com a propriedade. "Sobre eles funda-se o bem-ser moral e material do homem" (XXXV, LXVI). E neste passo, que voltamos a referir: "O direito quer a vida real, quer a possibilidade de relações do indivíduo inteligente e livre com entes que têm a mesma natureza e o mesmo destino" (XIII). E pouco mais tarde: "Os direitos da personalidade humana, que todos se reduzem ao de liberdade..."

45 Por isso mesmo esclarecia logo no início dos trabalhos da "Consolidação": "Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas que não podem servir para a posteridade; fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso" (VIII).

Se o admitisse no corpo da sua dogmática, seria negar todo o fundamento racional e social do próprio direito, construído em torno da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Tais disposições fariam parte de um "Código Negro", separado. Criticado, em parecer de dezembro de 1858, pela comissão incumbida de rever a Consolidação (VISCONDE DE URUGUAI, JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO e CAETANO ALBERTO SOARES), pela omissão "das disposições concernentes à escravidão", na segunda edição foi preenchida a "censurada lacuna" com notas ao texto: "Assim procedemos, no intuito de prestar um serviço ao Foro, porque são mui frequentes e delicadas as questões que este assunto oferece" (VIII, nota).

Na carta tantas vezes aqui referida de 1867, exclama: "A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito, se os povos não se houvessem remido das instituições opressivas."

46 Ao comentar o art. 445 (fato voluntário) do "Eboço", aponta "a íntima união do Direito com a Moral", de vez que "nenhum fato humano, dos da esfera da liberdade, pode ter caráter jurídico, pode dar lugar a efeitos jurídicos, sem que seja apreçado pelo padrão de moralidade, até o ponto em que tal apreciação é possível".

Mas, ainda mesmo neste terreno, não deixava TEIXEIRA DE FREITAS de lhe trazer os temperamentos do interesse coletivo: "Sem dúvida, os direitos absolutos de personalidade, quais são todos os que resultam do desenvolvimento de nossa liberdade, carecem

45 41-5 "Nova Apostila", cit., p. 186.

46 42 "Eboço", cit., vol. I, p. 241.

44 41-1 "Nova Apostila", cit., ps. 57 e 24-25.

de explicações ou restrições, como carece o direito de propriedade, restrições que os harmonizam com as exigências do bem social" (LXXII).

Infelizmente, já ao fim da vida, deixava registrado no "Vocabulário Jurídico", verbete *Habeas corpus*: "Em matéria criminal, é uma instituição inglesa, que passou para o nosso direito moderno nos arts. 340 a 355 do nosso C. Pr. Crim. Eu o considero como base do futuro Sistema do Nihilismo."⁴³

8. A "Consolidação" foi publicada em 1857 e elaborada nos dois anos anteriores, isto é, a partir dos princípios de 1855 (data do seu contrato), quando já havia sido extinto o tráfico africano para o Brasil por iniciativa de Eusébio de Queirós, em 1850. O país vivia um tempo de esperança e de entusiasmo pela nova forma de vida econômica que daí adviria. Os capitais, liberados no comércio dos escravos, deveriam voltar-se para a indústria e os negócios internos do país. Era uma dessas fases desenvolvimentistas por que o país costuma passar, como aconteceu também no início da República, na Presidência Rodrigues Alves, na Revolução de 30 e na Presidência de Juscelino Kubitschek. A euforia que cercou a Exposição Nacional de 1861 foi o coroamento daquela fase. Teve razão CAPISTRANO DE ABREU, quando escreveu que Mauá seria impossível sem Eusébio de Queirós.

A distinção proposta por TEIXEIRA DE FREITAS entre direitos reais e direitos pessoais privilegiava os primeiros, em cuja dogmática mais se esmerou. E entre eles os bens imóveis, como deixa claro: "As cousas (objetos corpóreos) são móveis ou imóveis"... "As segundas — *solum et res soli* — pela sua natural consistência, por seus atributos peculiares, vantagens que oferecem, constituem a *propriedade* por excelência, e são a verdadeira sede dos *direitos reais*." E em nota: "É bem conhecida a antiga máxima — *mobilitum vilis possessio*. São bem pronunciadas todas as legislações na preferência que dão à propriedade imóvel, o que em parte se deve atribuir à influência das tradições feudais" (XLI/XLII). Preocupavam-lhe muito a situação das propriedades rurais no Brasil, o seu cadastramento, o seu regime hipotecário, a segurança e a certeza da sua transmissão e dos demais negócios jurídicos a que pudessem estar submetidas. Tinha ele, no entanto, a visão clara das mudanças que então começavam na sociedade brasileira, o início da sua industrialização, o fortalecimento das suas operações bancárias. E bom não esquecer que Mauá já estava em cena e suas idéias faziam parte do espírito da época.

O seu capítulo sobre *Relações econômicas* é do maior realismo e modernidade e, por si só, mostra exuberantemente a sua acuidade nesses assuntos. Não podemos aqui transcrever tudo que seria do nosso interesse, pois nos levaria muito longe. É exemplar o seu

primeiro tópico: "A civilização moderna, que tanto se distingue por seus admiráveis progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama imperiosamente o movimento constante de toda a sorte de valores. E quais os fenômenos que se manifestam na realização desse destino providencial?" O crédito é "o poderoso motor" da circulação dos capitais, a fecundar todos os ramos da produção do comércio e da indústria.

Explicando: "*Crédito pessoal, crédito real* são as duas potências paralelas às duas grandes classes de direitos, que constituem toda a riqueza nacional." O primeiro liga-se à propriedade móvel, "que segue a pessoa, e presta-se a uma circulação rápida". O segundo "tem por objeto a propriedade imóvel, a grande propriedade, a propriedade por excelência".

E prossegue: "Com o primeiro o comércio e a indústria florescem em quase todos os países. Sem o segundo a agricultura definha, e luta com os embaraços mais graves. Nosso país é agrícola, e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturais, a mobilização do seu solo, a circulação dos imensos valores que ele encerra, eis o mais importante problema a resolver" (CXXXVII/CXXXVIII). Com um sentido vivo e real do ordenamento jurídico positivo, bem sabia TEIXEIRA DE FREITAS que, salvo raras exceções, a matéria do direito é econômica, esse o seu conteúdo. Daí dizer o nosso autor: "É assim que a teoria dos *direitos pessoais* e *direitos reais* também aparece na cena econômica. É assim que ela corresponde à teoria do crédito. É assim que o Direito Civil liga-se à Ciência das riquezas. E pelo meditado estudo destas combinações é que o país tem a esperar um grande benefício do C. Civ., que a sua *Magna Carta* lhe há prometido." Em nota esclarecia: "Tomamos aqui o Direito Civil na acepção em que também compreende o Direito Comercial, formando um só corpo" (CXXXIX/CXL). E na mesma ordem de idéias, colocando o direito a favor dos novos tempos: "A Legislação Civil, que bem compreender as necessidades econômicas da época em que vivemos, deve designar taxativamente os direitos reais, e declarar que não admite outros" (CLXXVII).

Sem chegar a ser o ideólogo de uma burguesia urbana emergente entre nós, como aconteceu com Mauá e, no campo jurídico, mais tarde, com RUI BARBOSA, apesar de privilegiar a propriedade imobiliária, nem por isso faltou a TEIXEIRA DE FREITAS uma aguda consciência do relacionamento íntimo entre o direito e a economia, e da importância daquele na regulação e no bom desenvolvimento desta: "As relações humanas, que na esfera da Ciência Jurídica são consideradas como fatos, a que cabe aplicar uma regra de direito, mostram-se na esfera da Ciência Econômica como veículos de produção, distribuição e consumo de riquezas, — como *trocas* de objetos da natureza física, sem as quais não pode o homem satisfazer suas necessidades, nem desenvolver as aspirações de seu gênio" (CXL).

E de forma inequívoca, com plena consciência dos novos tempos: "Na época em que vivemos — época do comércio, do crédito e da circulação livre e segura de todos os capitais —, esta (constituição e movimento da propriedade) é sem dúvida a parte mais interessante de um C. Civ."⁴⁴ "Ai incluído, como defenda, também o C. Com."

9. Embora sem adotar os princípios do direito natural, individualista e racionalista do século XVIII, não deixava TEIXEIRA DE FREITAS de aceitar os direitos absolutos, inerentes à própria personalidade, sendo a liberdade o primeiro deles. A dignificação da pessoa, o seu reconhecimento como sujeito de direito, capaz de assumir direitos e obrigações, sendo todo o resto do universo objeto de direito, coisa. Dizia, peremptório, em 1859: "*Coisa é tudo que não é pessoa*."⁴⁵ Estas as duas categorias radicais no mundo físico, social ou jurídico.

Classificando as pessoas como sujeitos de direito, no art. 17, do "Esboço", as divide em duas espécies: de existência visível ou de existência ideal. Para ele "todo *homem* é *pessoa*, ainda mesmo em um país de escravos". E em comentário ao art. 317: "Todos os direitos, regulados pelo Código Civil, são direitos adquiridos, facultades exercitadas, poderes efetivos em relação a pessoas ou coisas... A personalidade é elemento dos *direitos*, elemento que preexiste; os *direitos* são criados pela *personalidade*, ou vêm de fora ajuntar-se-lhe. Que esta distinção fique bem fixada no espírito de todos, é o que importa."⁴⁶

Na Introdução à "Consolidação" já propunha a sua dicotomia básica: "A Parte Geral trata em dois Títulos das *pessoas* e das *coisas*, que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil." E em nota: "Os elementos das relações jurídicas na esfera do Direito Privado em geral, e do Direito Público, são também as *pessoas* e as *coisas*, de que se compõe toda a natureza criada" (LXXIX).

Os mesmos pensamentos e as mesmas imagens vão reaparecer na "Nova Apostila", com acréscimos psicológicos ainda mais valiosos: "Ora a personalidade é considerada em sua natureza viva, e aí aparece a noção da unidade, — a unidade natural e verdadeira, que é de cada um dos indivíduos que compõem a espécie humana."⁴⁷

Por simples associação de idéias, mormente por esta sua última frase, tudo isso nos leva à teoria filosófica de WILHELM STERN (1871/1938), proposta nos primeiros anos deste século, para quem, no mundo, tudo que não é pessoa é coisa. Duas são as categorias fundamentais: *Person* e *Sache*. A pessoa, diz STERN, é "um todo vivo, individual, único, que se orienta para determinados fins, contido

em si mesmo, mas aberto ao mundo que o cerca; é capaz de ter experiência".⁴⁸ O antigo professor de Breslau e Hamburgo considerava esta distinção mais fundamental do que qualquer outra cisão na realidade. Enquanto a coisa é simples conjunto de elementos, suscetível somente de aumento ou diminuição, a pessoa é uma unidade orgânica, com atividade e finalidade próprias.

Tão obstinada é a distinção da matéria jurídica para TEIXEIRA DE FREITAS, na sua dicotomia irreductível, como diferenciação fundamental entre direitos pessoais e direitos reais — embora permita e admita espécies mistas —, que só encontramos paralelo, talvez por mero jogo de lembranças, na filosofia personalista de STERN. Sua obra mais importante, em três volumes (1906, 1913 e 1924), tem o seguinte título: "Person und Sache: System der Philosophischen Weltanschauung" — "Pessoa e Coisa: Sistema da Concepção Filosófica do Mundo". Outra não era a concepção filosófica do mundo — e principalmente do mundo jurídico — do consolidação brasileiro.

10. No firme propósito de erigir a dogmática do direito privado positivo, propôs-se TEIXEIRA DE FREITAS a começar a construção do seu sistema pela questão terminológica. Diante da confusão reinante, da fraqueza ou ausência da doutrina, das hesitações conceituais, resolveu enfrentar e anular o tradicional aforismo de que a definição é perigosa no direito positivo e adotou critério oposto. Como PLATÃO, para quem a primeira função da lei é ser educativa, acha que a lei deve definir, arcando com todos os riscos que pudessem ocorrer. Este era o primeiro passo para a construção da sistemática legal, coluna mestra da sua dogmática jurídica. Era rigoroso em matéria de linguagem, como se vê deste passo, sempre às voltas com a distinção entre direitos pessoais e direitos reais: "Por falta desta análise, sem a qual não é possível fixar o verdadeiro valor dos sinais da linguagem, e sondar as idéias que eles designam, e podem designar, segundo o aspecto das observações psicológicas, comete-se o erro de alargar a esfera do Direito Civil propriamente dito, deduzindo-se conseqüências deploráveis" (LXIX).

Numerosos são os seus tópicos em torno da "precisão da linguagem", como exigência para uma boa dogmática jurídica. Ao começo da "Introdução" escreve, em nota: "Respondendo que muito de propósito evitel esta expressão metafórica, de que tem resultado tantos erros de legislação e de doutrina e que nada tem de exato" (IV). Bem mais adiante: "Não é possível condescender com os admiradores dessa tão veneranda teoria, e na atualidade felizmente todo o seu valor acha-se reduzido

⁴² W. STERN, "General Psychology. From the Personalistic Standpoint", The Macmillan Company, Nova Iorque, 1938, p. 70. Cf., também: BENJAMIN GORDON W. ALPHEM, "The Personalistic Psychology of William Stern", in BENJAMIN B. WOLMAN, "Historical Roots of Contemporary Psychology", Harger & Row, Nova Iorque/Londres, 1968, ps. 321-337.

⁴³ "Nova Apostila", cit., p. 183.

⁴⁴ "Nova Apostila", cit., p. 27.

⁴⁵ "Esboço", cit. vol. I, ps. 19 e 191.

⁴⁶ "Nova Apostila", cit., p. 105.

a um mero aparato de palavras, que não tem alguma significação prática" (CLXI).

Embora sem grande demonstração de erudição especializada, em numerosas passagens referia-se TEIXEIRA a "filósofo" e "filosófico", e percebe-se que eram grandes as suas leituras de tal natureza. Como, por exemplo, a lembrar o célebre sofisma da *flatus vocis* de BACON, criticava o Anteprojeto português, ao aludir a noções "que se têm perpetuado à mercê do som das palavras, mas que não acham lugar em qualquer espírito que distinga e firma idéias sem lhe importar a roupage dos vocábulos". Ainda em censura ao mesmo Anteprojeto: "Na acepção lata da Apostila, o ilustre juriconsulto toma o todo pela parte, o gênero pela espécie, e usa de uma sinédoque, que não se pode admitir em discussões de rigor filosófico." Já na "Introdução", argumentava: "Pela natureza das coisas, por uma simples operação lógica,..."

"Eis a razão filosófica do grande princípio da *tradição*" (CXLVI/CXLVII). E em páginas anteriores, usando os bons princípios da lógica formal: "Do que precede resulta que, definir o *direito real* em relação ao domínio, fora dar uma idéia falsa; pois a definição não compreenderia o definido (LVI).

10.1. É na célebre carta de 20 de setembro de 1867 que tudo isto vem bem exposto e resumido. A maneira do C. Civ. de Luisiana, que em seu último Título "firma a inteligência dos vocábulos, que no corpo do Código não têm sido particularmente definidos", propunha-se também TEIXEIRA DE FREITAS elaborar duas partes distintas no seu Projeto de C. Civ., uma Geral e outra Especial, e explicava: "O projetado Código Geral conterá todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina. Conciliamos destarte o preceito com a necessidade. No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam. O Código Geral para os homens da ciência, os outros códigos para o povo. O projetado Código Geral será muito mais do que um código de definições." Abrangerá todas as matérias referentes a pessoas, coisas e fatos, já como no "Esboço", elevadas, "porém, à sua derradeira altura".

E enfrentando os velhos dogmatismos tradicionais: "Recomendamos os mestres que a legislação não defina, porque as definições são da doutrina. Onde está, porém, a doutrina? Em parte nenhuma, porque nem os livros nem a escola ensinam nada mais do que uma história de opiniões, ou questões de palavras, a ponto de não estar ainda líquida nem a noção significada pela palavra — direito." E completava, parágrafos adiante: "A diferença, que vai de uma nomenclatura legislativa à dos dicionários jurídicos em uso, é a mesma que distingue uma lei e uma opinião, ou a certeza e a dúvida. Do que carece é de força

obrigatória para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras técnicas. Sem tal providência não haverá lei boa, e reinará permanente incerteza na administração da justiça." 48

Coerente com esse rigor metodológico e fiel ao critério que adotara, procurava TEIXEIRA DE FREITAS imprimir o máximo de certeza e de segurança na elaboração da norma jurídica, na sua pureza vocabular, conceitual e sistemática. Caía-lhe da pena: "Cada relação de direito tem sua sede própria, seu lugar de existência" (XCVII). Citando BONNIER, era de opinião que uma legislação deve ser feita "de um só lance e sob a influência das mesmas idéias"; nunca "uma transação entre opiniões divergentes. Ora, o ecletismo é sempre pernicioso em legislação. Não é com peças de relatório que se constrói um grande edifício. Sirva isto de advertência (dizemos nós) aos que entendem que a organização do C. Civ. pode ser obra de muitos" (CLX). Sempre os mesmos propósitos de coerência e unidade sistemática.

Positivista à sua maneira, alheio a uma possível concepção axiológica do direito, estranha ao seu tempo e ao seu meio, defendia ele uma cosmovisão unitária da ciência, ainda que com certa cautela: "No mundo moral as leis naturais (do mesmo modo que no mundo físico) são o princípio das relações; as leis positivas, seu resultado necessário. As leis naturais dominam *a priori* todas as relações morais, e consequentemente as relações jurídicas, e as leis positivas que destas resultam. As leis positivas dominam *a posteriori* somente as relações jurídicas. Eis o traço que separa a Moral, o Direito e a Legislação."

Depois destas preliminares, partia para a rigorosa construção metódica da dogmática: "Ora, se as relações jurídicas, que a Legislação exprime e a que se aplica, manifestam-se por diferenças apreciáveis, constantes e efetivas; essas diferenças existem na Legislação, são as mesmas da Legislação, e nela determinam divisões naturais, suscetíveis de uma classificação rigorosa, visto que derivam de um só princípio, de uma base larga, que é o plano imutável da vida jurídica.

Idênticas e únicas em seu princípio, semelhantes em sua universalidade, mas distintas e diferentes em seu desenvolvimento, as relações jurídicas naturalmente se dividem: 1.º pela simples distinção das personalidades que as entretêm, pela sua razão de existência, e virtude própria; 2.º pelos subordinados caracteres das condições específicas, modos de ação e propriedades." 49

Dentro desta mesma ordem de idéias, levando a extremos lógicos as premissas anteriores, criticava o Projeto português de SEABRA, concluindo: "... para que houvesse um sistema, para que houvesse um plano natural e lógico, fora de mister que se tivesse dividido a massa dessa síntese confusa, o sujeito ativo

do direito, ou os direitos (*faculdades*); que se a tivesse observado, estudado e analisado em cada uma das suas partes; que, analisadas e bem conhecidas todas as partes, se as comparassem entre si, para que surgissem suas diferenças e semelhanças; que, discriminadas as diferenças, se fizessem classes primárias e subordinadas; e que por fim aparecessem essas classes em um só corpo, ligadas umas às outras, formando um tecido, um agregado de partes reciprocamente unidas" 50

10.2. Parecendo às vezes excessivamente formalista e logicista — segundo o mestre HAHNEMANN, "no Código Geral exagerou o paixão pelas generalizações, tão características entre os juristas do século XIX"... "O Código Geral não poderia deixar de ser muito vago" —, TEIXEIRA DE FREITAS jamais separou o direito positivo dos fatos histórico-evolutivos. A historicidade da norma impediu-lhe de se manter preso no simples mandamento da lei como um dado abstrato. A concretude e a realização do direito foram sempre a sua meta final. Veja-se este magnífico trecho de SAVIGNY, por ele jogado contra SEABRA: "Para bem conhecer o complexo das relações de direito, tal como funciona na vida real, não basta conhecer o conteúdo de cada uma dessas relações, e sua ação atual. Cumpre também estudar a marcha de sua organização viva, a parte móvel de sua natureza, o que compreende sua origem, sua dissolução, seus desenvolvimentos, suas transformações possíveis, e sobretudo a repressão de sua violação. Fuja-se, porém, de considerar estas diferentes fases da vida orgânica das relações de direito como direitos novos colocados na mesma linha das relações originárias. Fuja-se de procurar algum lugar que devam ter no edifício do direito. Um semelhante método confundiria todas as idéias." 51

Além da historicidade do direito, em qualquer de seus preceitos, o elemento social sempre lhe ocorreu como o condicionamento básico na elaboração da lei e na sua aplicação. Com um sentido vivo e real do direito, bem sabia TEIXEIRA DE FREITAS que o ordenamento é produto da sociedade, surge dela e para ela se volta na regulação das relações humanas, expressão já por ele utilizada. Este sentido social e histórico do direito, sempre *in fieri*, condicionado e condicionante das forças sociais, o impediu de cair numa dogmática puramente analítica e formalista. Páginas bem adiante daquela citação de SAVIGNY, volta ele ao tema — com forte influência da Escola Histórica —, e com suas próprias palavras torna a afirmar: "Nos sinais de linguagem, nos trabalhos científicos, nas instituições dos povos, há sempre uma tendência espontânea, quase que instintiva, para resultados mais conformes com a natureza das cousas. Quando vos parecer que

houve um acaso, uma imperfeição, não condenai logo, não sede precipitados em reformar. Estudai bem as necessidades do ser humano, apreciái com tenacidade suas relações; e não deixareis de achar uma razão suficiente, uma explicação natural. Guiados por essa luz invisível, por esse tino ou bom senso, imitando de ordinário o que já se fez, seguimos quase sempre o melhor, e legislamos com acerto, independentemente de um perfeito conhecimento de causas." 52 Lembrando mais uma vez DESCARTES: "O senso comum, que de ordinário é o mais sábio dos juriconsultos, bem penetra estas, e muitas outras verdades." 53

Um homem que assim fala não pode ser um puro logicista, um formalista irreduzível. Na elaboração e na aplicação da norma, nesta incluída a sua interpretação — partes principais de qualquer dogmática jurídica —, não pode o direito positivo ser estranho aos fatos sociais e políticos que o informam e condicionam. Veja-se este texto exemplar, atualíssimo nos dias que hoje estamos vivendo neste país: "A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação modelada para uma monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo" (III).

Para os nossos dias, basta substituir *monarquia absoluta* por *ditadura, totalitarismo* ou *autoritarismo*, para que essas palavras recobrem a mais completa atualidade, como que proferidas por alguém empenhado na campanha da Constituinte e da remoção do "entulho autoritário", como a nossa Ordem vem chamando à legislação repressora dos últimos vinte anos. Aquela invocação dos fatos político-sociais na interpretação da lei somente tomou corpo de doutrina neste século, diante dos regimes destoantes da clássica democracia representativa, autêntica ou não, da segunda metade do século XIX.

11. Em rápido comentário a esta proposta de dogmática jurídica de TEIXEIRA DE FREITAS — ainda que ele jamais se tenha utilizado da expressão, embora subentendida na construção do seu sistema — veremos quanto ela corresponde ao estado atual do pensamento jurídico.

Tornara-se lugar-comum, nem sempre devidamente questionado, a repetida locução — *Omnis definitio in iure civile periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*, atribuída a JAVOLENO, "Dig.", 50, 17, 202 — toda definição em direito civil é perigosa, pois não é difícil que possa ser subvertida. A isso poderia TEIXEIRA DE FREITAS ter contraditado com outra afirmativa, já mais no plano filosófico propriamente dito, tão ocupado andava ele com o problema do método e da constituição da sua sistemática: *Omnis scientia a significatione verborum incipit* — toda ciência

50-51 "Nova Apostila", cit., ps. 56-57.

51-52 "Nova Apostila", cit., ps. 87-88. Em páginas anteriores, sensível à temporalidade das instituições: "Só se faz história do que muda."

53-54 "Nova Apostila", cit., p. 167.

54-55 Carta de 20.9.1867, in SA VIANA, cit., p. 181.

53-54 "Nova Apostila", cit., ps. 13 e 12.

54-55 SA VIANA, ob. cit., ps. 178-179, 174-175.

55 "Nova Apostila", cit., ps. 54-55.

cia começa da significação das palavras. Definir é delimitar, é "circunscrever exatamente a compreensão de um conceito, é dizer o que uma coisa é".⁶⁰ Os seus riscos não se circunscrevem ao direito, espalham-se por toda a parte, pois em qualquer campo pode a definição dada ser subvertida. Reconheça-se ainda que, para TEIXEIRA DE FREITAS, não se tratava de uma discussão bizantina de um simples teórico do direito: tratava-se de um legislador, de um homem do direito incumbido de, praticamente *ex nihilo*, construir e apresentar toda uma nova legislação civil para seu país. Era preciso que ficasse bem claro e inequívoco a significação dos termos por ele utilizados, pelo menos, para os fins da sua dogmática legislativa. Já ao início da "Introdução", rogava: "Cumpra, porém, que se me entenda" (VI).

Levado por essa súplica de ser entendido, não hesitou TEIXEIRA DE FREITAS em definir bem, como melhor lhe pareceu dentro do seu sistema, a fim de trazer maior segurança e clareza ao texto legal. Ainda recentemente escreve ANTONIO ANSELMO MARTINO: "O só fato de definir um termo — ou uma expressão — por parte da lei, é índice da importância que lhe atribui o legislador. É uma maneira de distingui-lo de outros termos — ou expressões — da mesma lei, esclarecendo sua significação por temor de que seja mal interpretado. A definição procura eliminar (ou reduzir) a vaguidão ou ambigüidade que campeiam na linguagem natural"... "Por outro lado, não definir, não assumir responsabilidade por parte do legislador produz uma transferência do poder político que em muitos casos nos parece francamente inconveniente. Se o legislador não define, deverá definir o aplicador."⁶¹

A Seção dos Negócios de Justiça do Conselho do Estado concordou plenamente com a orientação do autor em parecer de 1.º de julho de 1868 e ainda lhe acrescentou mais argumentos a seu favor: "Certo, quando, em vez da doutrina, só há dúvida, a falta das definições legais arrisca as leis à controvérsia e a contradições na execução. A lei não deve definir: é um princípio meramente abstrato, violado por todos os Legisladores."... "No estado de ceticismo, que domina entre nós, e quando os princípios fundamentais do Direito são, muitas vezes, objetos de controvérsia, a nova codificação deve concorrer muito para a regeneração da jurisprudência e, por consequência, para a certeza do império da lei."⁶²

60. R. JOLIVET, "Traité de Philosophie", 2ª ed., Em. Vitte, ed., Paris, 1945, p. 72. Sem se referir ao brocardo por nós citado no texto, afirma CARNE-LUTTI, ob. cit., p. 66: "Uma ciência sem definições é tão pouco concebível como uma ciência sem conceitos."

61. Definições Legales, in L. A. WARAT e A. A. MARTINO, "Lenguaje y Definición Jurídica", Coeditora de Der. y Cienc. Sociales, Buenos Aires, 1973, ps. 64-65. E a p. 88: "A definição, então, já não é perigosa, de vez que não constitui mais do que um meio."

62. J. NABUCCO, ob. cit., p. 519. Assinavam o parecer SALES TORRES HOMEM, JEQUITINHONHA e NABUCCO DE ARAÚJO, seu autor.

11.1. Inicialmente, não há que confundir dogmática com dogmatismo, a despeito da raiz etimológica ser a mesma. Nem deve ser confundido o dogma do jurista com o dogma do teólogo, o *credo quia absurdum* de SANTO AGOSTINHO.⁶³ Dogmática jurídica significa tão-somente o ordenamento orgânico da matéria legislada, isto é, do direito positivo, à maneira do cientista físico que elabora, sem contradições aparentes, o edifício lógico da construção teórica, explicativa dos fenômenos, objetos da sua ciência. A Dogmática não se confunde com a Ciência do Direito, é uma das suas partes, tendo como objeto, como dissemos, o ordenamento jurídico positivo. No início da segunda década deste século, PEDRO LESSA defendeu a tese de que a dogmática inclui-se, como técnica, como aplicação prática e normativa, dentro do conceito de arte, e não de ciência. E assim a definiu: "A dogmática jurídica encerra um conjunto de preceitos, formulados para a realização de fins determinados: é a explanação de uma arte. Confundi-la com a ciência importa desconhecer um dos mais vulgares elementos de lógica." Baseava-se em STUART MILL, no seu "Sistema de Lógica", para quem tudo o que se exprime por meio de regras, ou normas, formuladas para a realização de atos com um fim prático, pertence ao domínio da arte.⁶⁴

Esta posição não prosperou, nem entre nós, e não encontra defensores entre os teóricos contemporâneos do direito. Segundo LEGAZ LACAMBRA, o pai da dogmática jurídica é JUSTINIANO. O "Corpus Iuris" apresentava-se como um livro dogmático e inalterável, que não podia ser criticado nem deformado por interpretações e epitomes. No pensamento atual não se pode considerar nenhum dogma jurídico como absoluto, como algo que deva ser venerado e obedecido cegamente, sem discussão. O que importa são os princípios gerais e supremos, informadores do ordenamento jurídico positivo em determinada época e em determinado país. Ainda recentemente, STRÖMHOLM chamava a atenção para o sentido pejorativo que o termo possa ter, por isso mesmo deve ser tomado numa significação inteiramente técnica neutra. Consiste a dogmática na sistematização e interpretação das normas jurídicas vigentes.⁶⁵ Não esgota, dizemos nós, toda a matéria da Ciência do Direito, mas é sem dúvida a sua parte mais importante, pois lhe cabe ordenar, sistematizar, segundo princípios gerais diretivos, o ordenamento jurídico positivo, imprimindo-lhe unidade, eliminando as contradições internas,

63. Para a discussão do tema, com alguma extensão: L. LEGAZ LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1953, ps. 68 e segs.

64. P. LESSA, "Estudos de Filosofia do Direito", ed., Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916 (2ª ed. de 1912), ps. 65 e segs.

65. STIG STRÖMHOLM, "Allgemeine Rechtslehre", Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1976, p. 11. Também: R. ZIPPELIUS, "Einführung in die Methodenlehre", Verlag C. H. Beck, Munich, 1971, ps. 15 e segs.; para o problema das definições e significado das palavras, ps. 38 e 53 e segs.

permitindo assim, coerentemente, a analogia na sua aplicação. Devem ser evitados o formalismo excessivo e o logicismo estéril, como quem joga com conceitos abstratos e longe da realidade, utilizando somente do método dedutivo. Lembra RADBRUCH que o ideal de uma unidade absoluta do sistema jurídico nunca poderá ser atingido, por mais que dele se aproxime o legislador.⁶⁶

TEIXEIRA DE FREITAS libertou-se dessa tentação, nunca separando a lei da vida econômica e social, a forma da matéria, e para isso muito o ajudaram as diferentes fontes doutrinárias de que se serviu, desde a Escola Histórica ao krausismo. A mera jurisprudência analítica de conceitos não o tentava, não fosse ele um homem do foro, da realização concreta do direito. O direito vivo era a sua permanente inspiração, os interesses, individuais ou sociais, constituíam a matéria com que lidava. A mesma coisa acontecia na Alemanha com VON IHERING, cujo finalismo foi a porta aberta para a doutrina posterior da jurisprudência de interesses, a despeito de lhe caber, exatamente, editar os "Anuários de Dogmática do Direito Civil" ("Jahrbücher für die dogmatik des bürgerlichen Rechts"). Interessavam-lhe, no entanto, as condições existenciais da sociedade como o objeto fundamental da ordem jurídica. Começou com IHERING a reação contra a jurisprudência analítica dos pandectistas alemães, como recorda FRIEDMANN: "As reflexões sobre a evolução do Direito Romano e o gênio da ciência jurídica romana levaram IHERING a detestar cada vez mais o estilo que assumiu com a *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência de conceitos). O estudo do Direito Romano ensinou-lhe que sua sabedoria reside, não tanto no refinamento de conceitos lógicos e sim em cifrar conceitos que sirvam a objetivos práticos. Através desse estudo, IHERING convenceu-se fortemente da necessidade primordial do direito em servir a interesses sociais."⁶⁷

Outra não era a orientação de TEIXEIRA DE FREITAS: como IHERING, buscava a sistemática do Direito Civil, mas sem nunca perder de vista os interesses dos indivíduos e da sociedade. Em qualquer tempo e em qualquer regime político-social, há sempre que existir e ser construída a dogmática jurídica, mas desde que não se afaste nem sofoque as necessidades reais da vida humana. Em 1937 escrevia mestre HAHNEMANN, em defesa da dogmática: "O jurista precisa ser um sociólogo e um político, mas o que há de caracterizar a sua especialidade é a feição técnica; é que ele conhece a técnica para elaborar

66. G. RADBRUCH, "Introducción a la Ciencia del Derecho", trad. de L. R. SICHES, Libr. Victoriano Suárez, Madrid, 1930, ps. 254-256. Ainda: "Propedeutica alla Filosofia del Diritto", trad. de D. Pasini e G. A. Agnesotti, G. Giappichelli, ed. Turim, 1959, ps. 85 e segs.

67. W. FRIEDMANN, "Legal Theory", Stevens & Sons, Londres, 1949, p. 213. Para as concepções de IHERING sobre o sistema jurídico e a técnica, cf. "L'Esprit du Droit Romain", trad. de O. de MEULENAERE, vol. III, Libr. Maresq Aine, Paris, 1887, *passim*.

normas de ação obrigatórias e para aplicá-las aos casos especiais. A atividade do homem do direito é essencialmente formalista. Negar ao direito caráter formalista é negar o direito. Cs que combatem o formalismo jurídico erram em seu propósito. O verdadeiro ponto de mira é outro; o que eles querem combater de fato é a ordem política consagrada na lei, quando já não corresponde às necessidades. Ao invés de assim procederem, lutam contra uma técnica, que serve indiferentemente a qualquer ordem política."⁶⁸

11.2. Praticamente, não há um só tratado ou compêndio de Filosofia ou de Teoria Geral do Direito que não cuide do estudo e explanação da dogmática jurídica. Não há tempo nem propósito para acompanhá-los aqui em suas exposições. Entre nós, neste século, também muito já se tem escrito sobre o tema, como o demonstramos com PEDRO LESSA. Desde 1940 nunca mais deixou MIGUEL REALE de se dedicar ao assunto, com dissertações valiosas e, embora sem aprofundar nem esgotar o filão que insinuou, foi o primeiro a sugerir uma dogmática jurídica em TEIXEIRA DE FREITAS.⁶⁹ Com valor desigual, outros ensaios se seguiram, grandes ou pequenos, como o de SAN TIAGO DANTAS, PAULO MAIA, STRENGER, TERCIO SAMPAIO FERRAZ, sem esquecer ligeiros acenos de PONTES DE MIRANDA e de outros autores mais recentes.⁷⁰

Em TEIXEIRA DE FREITAS, se não chegaram as suas preocupações aos fundamentos epistemológicos nem axiológicos da dogmática jurídica, há que ressaltar, a seu crédito, a inteira tomada de consciência da necessidade da sua construção, como vimos, sem divórcio

68. H. GUIMARÃES, *Defesa do Formalismo Jurídico*, "Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros", Anexo II, ps. 474-482. Noutro trecho: "Sendo indispensável à realização da ordem social, o direito tem de ser necessária e exclusivamente uma técnica. Na regra jurídica o que não é técnica, constitui matéria política, é dado extraído da observação dos fatos sociais, apreciados de acordo com os valores sociais preponderantes. Os fatos e valores podem variar, mas a técnica tem de ser sempre a mesma, ou, então, não se poderá falar em direito."

69. M. REALE, "Teoria do Direito e do Estado", Livr. Martins Ed., São Paulo, 1940, ps. 11 e segs.; "A Doutrina de Kant no Brasil", São Paulo, 1949, ps. 71-74; "Filosofia do Direito", 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1965, diversos parágrafos indicados no índice; "Figuras da Inteligência Brasileira", *ib.*

70. FRANCISCO SAN TIAGO DANTAS, *Nova Dogmática Jurídica*, REVISTA FORENSE, maio 1944, ps. 291-293; P. C. MAIA, "Da Dogmática Jurídica", RT, São Paulo, 1954; I. STRENGER, "Da Dogmática Jurídica", Contribuição do CONSELHEIRO RIBAS à Dogmática do Direito Civil Brasileiro, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1964, com apoios teóricos fundamentais em REALE, JOSÉ H. SARAIVA e ENRICO PARESCE; T. S. FERRAZ JR., "Função Social da Dogmática Jurídica", RT, São Paulo, 1960, a grande monografia nacional sobre a matéria; definição, p. 7; PONTES DE MIRANDA, "Sistema de Ciência Positiva do Direito", Jacinto R. dos Santos, ed., Rio de Janeiro, 1922, vol. I, ps. 481-484; vol. II, p. 378; P. DOURADO GUSMÃO, "Introdução à Ciência do Direito", 2ª ed., FORENSE, Rio de Janeiro, 1960, ps. 7 e segs. Também relevantes são: T. S. FERRAZ JR., "A Ciência do Direito", Atlas, São Paulo, 1977, e J. P. GALVAO DE SOUSA, "A Historicidade do Direito e a Elaboração Legislativa", São Paulo, 1970.

da historicidade das instituições que sistematiza e regula. Ninguém o disse melhor do que ENRICO PARESCHE, e as suas palavras poderiam ser subscritas pelo jurista brasileiro: "O momento histórico é imanente ao momento dogmático e o é sob duplo aspecto. A abstração dogmática é solicitada pela historicidade dos dados e, mais ainda, pela atualidade histórica do que dogmatiza."⁶⁴

A verdade é que, antes do CONSELHEIRO RIBAS — em 1857/1860 —, já TEIXEIRA DE FREITAS defendia ardentemente a construção de uma dogmática jurídica, no seu legítimo e próprio sentido de teoria geral do direito positivo, como sistematização coerente e lógica, tendo por matéria a sua elaboração, interpretação e aplicação, nos seus comentários e na sua exegese. Não bastam os ligeiros acenos que, a este propósito, lhe faz IRINEU STRENGER, de resto, baseado nas indicações de MIGUEL REALE.

12. Nunca lhe faltou uma aguda e angustiosa consciência do real, da necessidade de prover o país de uma nova legislação, que lhe satisfizesse os anseios de liberdade e de justiça social, abrindo-lhe o caminho do desenvolvimento econômico para todos. Por isso TEIXEIRA DE FREITAS é nosso contemporâneo. Vivemos a mesma situação que ele viveu em seu tempo, há perfeita homologia entre as duas, com a revolta dos fatos contra o direito vigente, que se tornou caduco e opressor. Havia também ao tempo do grande Consolidador um entulho legislativo a ser removido e toda uma nova ordem a ser construída. E ninguém o sentiu mais dramaticamente do que o autor do "Esboço", que tinha plena consciência da imensa tarefa de renovação que realizava, explodindo de paixão e de ímpeto criador, lutando como um gigante acorrentado contra a incompreensão e a inércia natural dos acomodados e dos titulares de direitos adquiridos. A seu tempo, como hoje — em suas próprias palavras — a força do hábito tem perpetuado as velhas leis que entravam o progresso da sociedade brasileira, "e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatórias" (IV). Também ao fim do Estado Novo predominou "a força do hábito" e faltaram essas "disposições designadamente revogatórias", como vêm sempre faltando nas timidas e superficiais mudanças políticas ao longo da

história nacional. Mais felizes foram a Itália e a Alemanha, que viram toda a antiga legislação totalitária expressamente revogada, iniciando-se um novo período institucional sem compromissos com o passado recente. Não se impediu a continuidade histórica, mas se afastou o continuísmo...

TEIXEIRA DE FREITAS teve o privilégio de viver um momento histórico de exceção — de elaboração de uma nova legislação civil; consumiu-se desesperadamente, na função que lhe incumbiram, de erguer uma nova dogmática jurídica para este país. Embora tenha criticado "os que abusam de seus talentos por amor da novidade" (XXVIII) ou os que façam da inovação "um puro esforço racional", sem confirmação da experiência (CLXV), não deixou de ter a mais absoluta consciência do que de novo e revolucionário trazia para a sua proposta legislativa. Colocou todo o seu saber, toda a sua cultura, toda a sua erudição a serviço da sua missão. O já aludido parecer da Seção dos Negócios de Justiça do Conselho do Estado reconheceu que a codificação apresentada era uma coisa nova.

É o de que estamos precisando também agora: de uma nova dogmática jurídica. Outro não era o título do magnífico ensaio de SAN TIAGO DANTAS em maio de 1944, clamando urgentemente por uma nova dogmática jurídica, cujas palavras iniciais são estas: "A vasta transformação por que presentemente passam, no Brasil e em todo o mundo, os vários sistemas de Direito positivo, impõe aos juristas o grande trabalho de renovação da antiga dogmática, quase toda construída sobre um corpo já obsoleto de leis. A lei é o dado imediato sobre que a doutrina se levanta."

Hoje, mais do que em 1857 ou de que em 1944, vivemos um momento de mudança, que não pode se contentar com remendos: há que renovar ou perder o passo histórico. Quisemos prestar, com este pálido discurso, homenagem a TEIXEIRA DE FREITAS, mas a ele associamos os nomes de três queridos colegas de Congregação, HAHNEMANN GUIMARAES, MATOS PEIXOTO e HERMES LIMA, meu examinador, este último, na Docência de Sociologia em dezembro de 1955, na Faculdade Nacional de Filosofia. Aos quatro quero e desejo associar o nome de outro grande colega de Congregação, meu examinador na Docência de Direito do Trabalho em março de 1953, SAN TIAGO DANTAS. Foi esse, sem dúvida, o melhor pedaço da minha vida, "pensamentos idos e vívidos", como na saudade de MACHADO DE ASSIS.

A hora de mudança é esta, e já vamos nos atrasando. Que o exemplo de TEIXEIRA DE FREITAS nos inspire, e com SAN TIAGO concluo e descanso: "Não haveria, talvez, exagero em dizer que a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é, pois, a renovação da antiga Dogmática... Vivemos um momento de dualidade teórica que urge ultrapassar."

⁶⁴ E. PARESCHE, "La Genesi Ideale del Diritto", Milão, 1938, p. 162. Também B. DONATI, ob. cit., p. 91 ("necessidade não só de investigações descritivas de valor dogmático, mas também de investigações reconstitutivas de valor histórico. Estas investigações são distintas, mas profundamente conexas"); H. COING, "Fundamentos de Filosofía del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, trad. de J. M. MAURI, 1961, p. 281 ("Todo direito positivo se baseia em certas idéias valorativas que constituem uma conexão histórica em si mesmas e que, como espírito de uma nação ou de uma época, como concepção da idéia do direito, formam uma totalidade histórico-concreta"). E esta era, sem dúvida, a concepção de TEIXEIRA DE FREITAS.