Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros

I. A. B.
BIBLIOTECA
Reg. 364
Est. 98 3

FUNDADO EM 1843

Os novos contratos no projeto de Código Civil

*

L'espansione e il significato del controllo giudiziario delle leggi

*

Homenagem do Instituto dos Advogados Brasileiros ao Presidente da República

*

Efeitos negativos do excessivo apoio governamental ao Sistema Financeiro Nacional

*

Teixeira de Freitas: dois enfoques de seu pensamento

Ano XIX — 1.º e 2.º Semestres de 1985 — Nos 64 e 65

Prêmio Teixeira de Freitas para o Jurista Evaristo de Moraes Filho

Em sessão solene, de 29 de maio deste ano, o IAB fez entregue ao Jurista Evaristo de Moraes Filho, da medalha *Prêmio Teixeira de Freitas* de 1984 destinada ao jurista brasileiro que se tenha destacado, durante o ano imediatamente anterior. O homenageado foi saudado pelo orador oficial, Dr. José Danyr Siqueira do Nascimento. Seu discurso de agradecimento da homenagem exaltou a figura de Teixeira de Freitas, tendo subordinado sua oração ao tema «Teixeira de Freitas, a busca da perfeição e a dogmática jurídica».

O DISCURSO DO ORADOR OFICIAL DO IAB

Esta Sessão Magna do Instituto dos Advogados Brasileiros é de fidelidade à decisão provocada pelo inexcedível fluminense LEVY FERNANDES CARNEIRO, em 19 de setembro de 1929, quando se fixou: «O Instituto concederá anualmente uma medalha de bronze denominada — Prêmio Teixeira de Freitas — a fim de honrar a mais alta cultura do país», e conferível «ao jurista brasileiro que, atendidos seus trabalhos anteriores, mais se tenha destacado, durante o ano imediatamente precedente».

Agora, por força estatutária, a premiação constitui, em si, o discurso desta solenidade, porque o homenageado se mostrou largamente merecedor dela, por todo o discurso que é a sua vida. Eis o Professor Evaristo de Moraes Filho, que por tão nobre razão e tão irrecusável fundamento, irá receber a MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS, a fim de honrar a mais alta cultura do país.

Para que isso acontecesse, entretanto, foi preciso que houvesse o atendimento ao aspecto formal, o formalismo que cobre de proteção a seriedade dos julgamentos. Coube ao ex-aluno de Vossa Excelência, Senhor Professor Evaristo de Moraes Filho, o ex-orador oficial deste instituto o advogado SEBASTIÃO RODRIGUES LIMA, a iniciativa da indicação,

que recebeu inúmeras adesões. O que nela há de curioso é que está contida em três singelos parágrafos, a título de justificação. Não precisou mais, Senhores. Seria demais romper o equilíbrio da sobriedade e fraturar a crosta da concisão, sem prejuízo da verdade. Pois assim foi. O que não foi pequena, — e como é pródiga, bela, repleta de grandeza, como é extraordinária — o que não foi pequena foi a relação dos títulos dos trabalhos de Vossa Excelência, Senhor Professor Evaristo de Moraes Filho, em contraposição, parte de sua obra está posta em nove laudas e conta 237 trabalhos da mais alta qualidade, enquanto a sugestão foi assim concebida:

> «Vimos, com a presente, sugerir o nome ilustre do incomparável Jurista pátrio, que é o Mestre Dr. EVARISTO DE MORAES FILHO, para a outorga de comenda maior de nosso silogeu, que é o Prêmio Teixeira de Freitas, para o ano de 1983.
>
> Dispensável falarmos dos méritos do indicado, homem de cultura enciclopédica. Recentemente, foi eleito membro da Academia Brasileira de Letras e é, sem favor algum, um dos maiores juristas brasileiros, com mais de 230 (duzentos e trinta) trabalhos publicados a partir de 1940. Boa parte de sua vastíssima obra jurídica se encontra abrigada em nossa Biblioteca.
>
> A tudo isso, temos a acrescentar que o extraordinário impulso dado ao Direito do Trabalho pelo Dr. Evaristo de Moraes Filho, nos dá u'a mostra de seu amor ao Direito e, em especial, àquele ramo da ciência jurídica».

Uma outra referência se há de fazer. Em carta de 25 de outubro de 1984, são de Vossa Excelência as palavras dirigidas ao Presidente do INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, depois de identificá-lo como «Prezado Presidente e Amigo, Prof. Sérgio Ferraz», foi manifestado o desejo, por inteiro respeitado e hoje atendido, qual de que: «Faço questão — isto sim — que a entrega seja feita sob a Presidência de Vossa Excelência, pelos antigos laços de amizade e de admiração que lhe consagro desde 1958, quando tive a ventura e a honra de tê-lo como aluno na Faculdade de Direito».

O encontro do mestre Evaristo de Moraes Filho com esses seus ex-alunos, e tantos outros que aqui estão, no momento em que receberá a láurea para a qual o seu saber o convocou, bom será esse motivo ensejador de repetir sobre o que de Vossa Excelência disse Josué Montello, na Academia Brasileira de Letras: «Toda a vossa vida, Senhor Evaristo de Moraes Filho, é uma escalada de triunfos. Da escola primária à colação de grau na velha Faculdade de Direito. Não esperastes a solenidade da formatura para terdes um nome. Adolescente, já éreis escritor. Com o

gosto dos grandes temas. E o desembaraço de discorrer sobre eles. Ora vos atraía a filosofia, ora o direito, ora a literatura. Mas sem esquecer a política. O socialismo que trazíeis no sangue, como uma herança paterna, andou a chamar por vós: ao longo de vossos caminhos, entretanto, nunca vos orientastes pela militância política. Ficastes no puro terreno especulativo das grandes doutrinas. A teoria, para o verdadeiro teórico, não é uma renúncia, na ordem da vida prática. É um modo de se existir. A atuação fecunda, no plano das idéias».

O perfil intelectual de Vossa Excelência foi composto, em síntese maravilhosa, pelo Professor Alberto Venâncio Filho, nosso consócio, no curso de Direito do Trabalho, edição em homenagem a Evaristo de Moraes Filho. Nele está dito que: «A sua vocação seria evidentemente o magistério e o trabalho intelectual, pois, como diria, mais tarde, JORGE ALBERTO ROMEIRO, por ocasião da posse como professor catedrático «na quadra saudosa da nossa vida acadêmica, quando V. ainda não era professor, era, não obstante, meu caro Evaristo, metido a tal. A propósito de tudo, por dá cá aquela palha V. doutrinava, discutia, abstraía, filosofava...» «Formado — indiferente, frio às seduções do Pretório, onde somente o nome que herdou do grande criminalista que foi seu pai Evaristo de Moraes, nome que, por si só, bastaria para assegurar-lhe êxito e fortuna em qualquer dos ramos da advocacia — envereda Você, ao invés, por um caminho radicalmente oposto, inteiramente diverso, labutando na penumbra dos gabinetes das bibliotecas públicas, onde algumas vezes o encontrei, tão empoeirado quanto absorto, para fazer-se muitas vezes professor: professor de Filosofia, professor de Sociologia e, finalmente, professor de Direito. Você outra coisa não tem sido até agora senão professor». «Nasceu professor, viveu professor e só desapontaria, chocaria mesmo aos seus colegas de turma se não estivesse, hoje, aqui, tomando posse de uma cadeira que há muito lhe pertencia não de direito, mas de fato, embora cátedra de direito seu».

A dedicação de Vossa Excelência ao direito do trabalho, segundo, ainda, Alberto Venâncio Filho, decorre do fato de que «enquanto o romanista disseca um cadáver e o civilista cuida de um velho, o tratadista do Direito do Trabalho assiste ao crescimento de um adolescente...», segundo GEORGE SCELLE.

A Vossa Excelência coube o honroso encargo, por solicitação do Ministro da Justiça, JOÃO MANGABEIRA, em outubro de 1962, de elaborar um «Anteprojeto do Código de Trabalho», encargo no qual foi confirmado pelo Ministro Milton Campos, a quem foi entregue, a 15 de julho de 1965, o projeto revisto, trabalho esse com a participação dos professores Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino. Menor não foi a

contribuição para a cultura brasileira quando do exercício da função de Procurador da Justiça do Trabalho.

Ao relatar a tese sobre «O Direito ao Trabalho», na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no Rio de Janeiro, convocado pelo inolvidável José Ribeiro de Castro Filho, tendo por tema central «O Advogado e os Direitos Humanos», porque, dizia o Presidente da ORDEM «A pessoa humana, princípio e fim de todas as aspirações terrenas, em torno da qual tudo se procura fazer e em proveito de quem se busca a paz, a ordem, o progresso, tem que ser o centro e o objeto da atenção dos governantes e dos cuidados que zelam pelo império da lei e da Justiça», a isso Vossa Excelência respondeu:

> «Nada mais exato, pois o direito ao trabalho, como já dissemos, implica toda uma política social, capaz de proporcionar uma estrutura e uma organização ricas em oportunidades, para indivíduos que puderem se preparar com boa aprendizagem e adequada formação profissional; sem o que, o direito ao trabalho permanece no plano lírico dos programas meramente românticos». (Anais da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11 a 16-8-74 — Tese nº 4 — O Direito ao Trabalho, pág. 170. Rio de Janeiro).

> «Dizemos nós, dentro dessa linha: o direito ao trabalho acaba por se confundir, nas suas garantias, com o próprio Direito do Trabalho, nisso que importa a garantia de boas condições de trabalho, de remuneração justa e certa, de permanência no emprego, de negociação coletiva, de liberdade sindical, de tribunais especiais para as ações próprias, de instituições de previdência social, sendo de primordial relevância o seguro-desemprego» (ob. cit., pág. 157).

Em Curitiba, em maio de 1978, na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, o Presidente Raymundo Faoro afirmou que «no passado, quisemos mudança e tudo mudou. Hoje, queremos a transição e queremos o que está além da transição, com o senso de responsabilidade de quem refletirá, no gesto desferido, a conseqüência do amanhã recomendado e reconstruído», «mas a mensagem é de paz, da mudança pacífica, certa que o compromisso está na própria dinâmica da vida democrática», assim abrindo o debate sobre «O Estado de Direito», Vossa Excelência, Senhor Professor Evaristo de Moraes Filho, dissertando sobre o tema «DIREITO AO TRABALHO NO ESTADO DE DIREITO», pontificou:

> «Hoje, como ontem, como sempre, estamos mergulhados no mais rígido regulamentarismo estatal, controlador e paternalista. Vivemos um capitalismo de Estado, absolutista, com absorção cada vez maior de toda a atividade humana nas malhas do Governo central. Nunca apresentamos nada que se aproximasse da chama da *democracia industrial*, com a autoregulação das forças produtivas. Tudo sempre veio de fora, da norma estatal para dentro da empresa, sem penetrá-la orgânica e profundamente. Simples contato epidérmico, mantêm-se empregados e empregadores estranhos entre si. É preciso que sejam apresentados uns aos outros para um diálogo franco, aberto, construtivo». (pág. 398. — Anais da VII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil — Curitiba, 7 a 12 de maio de 1978).

Em Manaus, o Presidente Eduardo Seabra Fagundes, em maio de 1980, abrindo a VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em face da liberdade, indicou que:

> «A trajetória que os advogados brasileiros têm percorrido, em permanente confrontação com o arbítrio, a opressão e a injustiça, converge, nesta VIII Conferência Nacional, para um tema que se pode ver refletido no fundo de todos os embates em que os profissionais do direito se viram envolvidos ao correr da História» (LIBERDADE — Eduardo Seabra Fagundes — Presidente da VIII Conferência — Discurso, pág. 43 — Anais).

Do tema que foi entregue a Vossa Excelência — LIBERDADE E CULTURA — recolhemos primorosa síntese de conceitos. De fato:

> «Pensamos que ninguém em juízo perfeito, qualquer que seja a sua ideologia, possa hesitar sobre os benefícios — mais do que isso, sobre a necessidade — da liberdade para a criação e florescimento da cultura». (pág. 233).

> «Por cultura entendemos, à maneira da antropologia social, tudo que é produzido pelos indivíduos, pelos grupos, dentro da sociedade global, e por ela própria, como idéias, conhecimento e técnicas». (pág. 233). «Tudo enfim que acaba por constituir o sistema espiritual e material da vida do homem em sociedade.

> «É esse sistema que lhe permite dominar o meio natural e criar certos modelos mais ou menos coerentes de comportamento social». (Ob. cit., pág. 262).

> «Uma cultura verdadeiramente espontânea e criativa, se é possível numa sociedade democrática, aberta e pluralista, livremente consentida pelo povo brasileiro».

«Não bastam campanhas contra o analfabetismo, se ao mesmo tempo não forem proporcionadas iguais condições de oportunidades econômicas e culturais para toda a população, com planos especiais para as camadas carentes da sociedade brasileira».

Essa pequena incursão sobre esses trabalhos, que, ao meu ver, ajudaram a compor a beleza do painel cívico que a esperança nacional começa a usufruir, tal qual a função dos mosaicos, nas suas unidades, fazendo as abóbodas dos templos. Senhor Professor Evaristo de Moraes Filho, Vossa Excelência apanhou o livro, o livro de Clovis Beviláqua, sobre Teixeira de Freitas, e leu, e repetiu: «É um sonho? Mas há sonhos que atuam como força de atração para um mundo melhor». É certo que é assim, porque esse é um modo de ser, assim como Vossa Excelência tem sido. É como foi afirmado aos paraninfos de 1958, «Viver é optar, embora tenhamos que sentir na própria carne a angústia desta opção, daquilo que poderíamos ter sido e não fomos, daquilo que poderíamos ter tido e não tivemos». Não é só. No momento da opção, da escolha é que está o momento de grandeza, a grande vertente da vida. «E é nisso que consiste a grandeza da escolha — uma fé, uma filosofia, uma profissão, uma esposa —: o respeito pela escolha dos outros, a certeza de que tudo faz parte do mesmo universo humano, ao qual não somos de maneira alguma estranhos, e de que a vida é formada por este mosaico desigual e múltiplo de idéias, de sentimentos e de esperanças».

Não vou mais longe. É chegado o dia 13 de julho de 1969. Não será do orador da narração. De Vossa Excelência, quando do recebimento do Título de Professor Emérito a declaração: «Esta noite, Magnífico Reitor, já estava rigorosamente agasalhada no meu destino, mesmo no dia 13 de junho quando fui preso em minha casa, ou no dia 1º de setembro, ambos de 1969, quando fui compulsoriamente aposentado com proventos proporcionais, sem qualquer acusação formal nem direito de defesa». A escada do prédio da Rua Relação, de mármore, era a mesma que Evaristo de Moraes subiu com Vossa Excelência para acudir aos presos que precisavam de defesa. Vossa Excelência estava só. O beijo que Vossa Excelência deu na mão de seu pai, no último adeus na Rua Santa Luzia, um dia antes de sua morte, quando lhe pediu a bênção, naquele momento, depois de tantos anos, se transformou na verdadeira homenagem aos que não desertaram, como ele, do sagrado direito de defesa. Uma página na vida de quem teve a honra de viver no ostracismo, para ser confiável na hora em que recebe a Medalha Teixeira de Freitas — EVARISTO DE MORAES FILHO, nascido a 5 de julho de 1914, na cidade do Rio de Janeiro, filho de Antonio Evaristo de Moraes e de Flávia Dias de Moraes.

À Excelentíssima Senhora Hileda Flores de Moraes, socióloga, mestra em sociologia, professora do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais,

mulher do homenageado, aos seus filhos, Regina Lúcia e Antonio Carlos, este jornalista, advogado e Procurador da Justiça do Trabalho, aos netos — Sérgio Marcos Evaristo, Leonardos, Flávio Luiz e Carlos Eduardo, com 1, 10, 9, 3 anos, e o último, com 7 meses, aos familiares de Vossa Excelência, esta medalha também pertence. Foi lá na casa de Vossa Excelência que pude compreender o seu êxito, quando vi a beleza que tem lá e ouvi Vossa Excelência dizer que «o casamento é um plebiscito de todos os dias. O sim renovado de todos os dias». Foi lá que Vossa Excelência disse ser a sua família a maior alegria de sua vida.

Aos seus netos, por derradeiro, a mensagem. Pelos cálculos feitos, eles poderão ultrapassar o ano 2.055. Desde logo, contudo, aprendam os netos de Vossa Excelência e os de todos concidadãos brasileiros, que «todas as invenções já idealizadas têm por objetivo principal auxiliar o homem no seu louvável esforço de passar pela vida com o máximo de prazer em troca do mínimo de esforço» (História das Invenções, Hendrik Var Loon, pág. 42). Que valha como convocação das gerações esse conceito para se compreender melhor o ensinamento de Vossa Excelência na Ordem dos Advogados do Brasil, em 11 de agosto de 1981: «A convocação de uma Constituinte só é válida quando já foram afastados todos os óbices antidemocráticos, quando a sociedade é de fato aberta, pluralista, com livre acesso à opinião pública de todas as fontes de informação». De lá, os que chegarem antes e, até depois, pensem que o seu avô desejou na manhã de uma sexta-feira, no dia 13, ao descer preso de seu apartamento em Copacabana, vendo uma criança no seu carrinho, ele fez voto de amor à liberdade, exclamado no íntimo do seu ser: «QUANDO ESSA CRIANÇA FOR ADULTA QUE NÃO PRENDAM MAIS CATEDRÁTICOS NESTA TERRA» Poderão também, em homenagem ao avô, repetir a lei do poeta Thiago de Mello:

«Fica decretado que os homens
Estão livres do julgo da mentira.
Nunca mais será preciso usar
a couraça do silêncio
nem a armadura de palavras
.....
À partir deste instante
a liberdade será algo vivo e transparente
como um fogo ou um rio,
ou como a semente do trigo,
e a sua morada será sempre
o coração do Homem».

«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 Cláudio 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 interesse 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 Kheeler 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 reparai 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 aquelhes 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 paisagens, alegrias e riscos comuns. Eram contemporâneos os que foram pelos ares,

sem se conhecerem, na criminosa explosão da estação de Bolonha. Como, desgraçadamente 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 passado, 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, com os filhos e os netos que chegaram e nos disputam um lugar ao sol, depois de já o haverem conquistado em nossos corações. Ser contemporâneos, 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 passarada 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, nun 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 almejara. Costuma ser muito repetida, em duas frases, uma observação de Clóvis Beviláqua, quando do centenário de nascimento do autor da *Consolidação das Leis Civis*, em 1916: «A vida do grande jurisconsulto 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 sibaritismo 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

(1) C. BEVILÁQUA, *Linhas e perfis jurídicos*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1930, pp. 113 e 114.

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. Merecem aprofundamentos esse perfeito juízo de Hahnemann, pois nele apanhamos 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 consequências 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 Código Civil há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos portanto podem auxiliar-me na feliz execução deste empresa patriótica; com a discussão dos princípios os que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertências mínimos 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 opiniático 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

(2) H. GUIMARÃES, «Discurso», *Rev. Forense*, fev. 1944, p. 255.

(3) T. DE FREITAS, *Código Civil — Esboço*, Min. da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952, pp. 3/4. A edição, em quatro volumes, é precedida por extenso e compreensivo «Estudo crítico-biográfico» de Levi Carneiro, pp. VII/XXXVI.

nervos». E completa: «Teixeira de Freitas a si mesmo se chamou de «lida-dor 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 burilar a jóia mais bela de sua coleção. Nunca satisfeito com o resultado alcançado, procurava sempre ir alem, fiel a si próprio. Cabem-lhe sem deixar resto estes 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* a *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 matéria não é a que o nosso espírito indica como mais perfeita. Nós a melhoraríamos, 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 Código Civil, 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, Exmº 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 contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado Projeto do Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto do Código Civil, o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob o título do *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

(4) H. LIMA, «Discurso», *Rev. Forense*, fev. 1944, p. 257. Em ensaio anterior, mais longo, já havia Hermes deixado escrito a mesma coisa, «A personalidade de Teixeira de Freitas», *Rev. Forense*, nov. 1941, p. 224.

(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, pp. XII e LXXXI.

oposto, pelas quais afinal fui vencido. Tal é o poder da verdade!». ...«O plano da Consolidação das Leis Civis foi obra minha, primeiro tenta-me da exatíssima divisão dos direitos em pessoais e reais»... «Se engendrei tudo isso, se alterei minhas primeiras idéias, por que não poderei 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 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 Sá 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 Código Civil português, da autoria de Antônio Luis de Seabra. Vamos ouvi-lo: «A situação era extrema, pedia 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 desconhecerem 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 Código Civil Por-

(7) SÁ VIANA, *Teixeira de Freitas, Traços biográficos*, Tip. Hildebrandt, Rio de Janeiro, 1905, pp. 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.

tuguês 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 Código Civil, se pode, e se deve, tratar da propriedade literária, industrial e artística; e assim fá-lo-ei no Liv. 3º do *Esboço*. Esta matéria é de suma dificuldade, sua exata compreensão demanda grande estorço; 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 Araújo, de outubro de 1866, na qual se diz: «São estas as recompensas próprias de tais empresas, e nem eu ambiciono outras. O homem (Sarsfield) 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 Deus 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 lidador 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 compreendido ainda por seus conterrâneos, 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 Código Civil 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

(9) *In* SILVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Império*, Livr. José Olímpio ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 189.

(10) Para os dois últimos parágrafos: J. NABUCO, *Um Estadista do Império, Nabuco de Araújo*, t. III, H. Garnier, Livr. ed., Rio de Janeiro/Paris, 1899, p. 513; T. de Freitas, *Pedro quer ser Augusto*, Tip. Rua Nova do Ouvidor nº 20, Rio de Janeiro, 1872, p. 2.

doutrinas sejam acolhidas: o Direito Civil — direito de família e de propriedade — é o direito de todos os homens. O direito tende à unidade».(10a)

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 desespérés de n'avoir pu atteindre la forme admirable que leur intelligence avait rêvée».(11)

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 Civis*, convencido estava Teixeira de Freitas de que somente um método rigoroso pode conduzir a noções exatas e corretas. O *Discours de la methode* e as *Regulae ad directiones ingenii*, de Descartes, nada mais representam, no limiar da filosofia moderna no século XVII, do que esse estorço 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».(12)

Sem nunca haver lido Comte, muitas são as coincidências existentes entre os poderosos espíritos de Freitas e do filósofo de Montpellier. Ensi-

(10a) *Nova Apostila*, cit., p. 180. Já na *Introdução* lhe endereçava a mesma crítica, p. XCV.

(11) *Apud* O. LALIGANT, *La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Libr. Gén. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, p. 15.

(12) 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, pp. 1 e 18. Para o *Discours de la méthode*, Libr. Phil. J. Vrin, Paris, 1946, pp. 64 ss (os quatro preceitos metodológicos fundamentais).

nava 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 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 possivel 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».(13) 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 fundamente 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, advogado 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 Código Civil suiço de 1907, poderia dizer o preclaro jurista brasileiro: «Ainda que seja

(13) Por ordem de citação: A. Comte, *Cours de philosophie positive*, Schleicher Frères, vol. IV, Paris, 1908, p. 151; «Considérations philosophiques sur les sciences et les savants», *Système de politique positive*, 5ª 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.

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».(14) Daí, no nosso patrício, o abandono do direito natural e dos vôos metafísicos, por mais belos e sedutores que se apresentassem. Só lhe interessavam — com 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 jurídica. 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 a anulação dessa diferença, com 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

(14) E. HUBER, *El derecho y su realización*, trad. de H. Grimm, Inst. Ibero-americano de Der. Comparado, Madri, 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».

(15) Como serão muitas as referências à *Introdução*, colocaremos no próprio texto a indicação das páginas, sem necessidade de notas.

(16) Esta expressão, que denota a sua concepção realista, aparece em diversos passos da sua obra — XIX, LXI, LXXI, CXLVI, 29. Ainda hoje, é ela muito invocada nos ensaios e estudos da Filosofia do Direito, como ponto central de importantes teorias jurídicas, de direito natural ou não. Cf. a erudita obra de Nicos Ar. Poulantzas, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Libr. Gen. de Droit et de Jur., Paris, 1965, p. 9: «Esta noção, com efeito, foi retomada pelos juristas, filósofos e sociólogos contemporâneos que lhe atribuiram uma significação *bem precisa*». Veja-se também *Droit et nature des choses*, Libr. Dalloz, Paris, 1965, trabalhos do Colóquio de Filosofia do Direito Comparado (Toulouse, 16/21 de setembro de 1964), com ensaios de Bastide, Husson, Villey, Batiffol, Bobbio, Poulantzas, entre outros.

parte para a teoria da ciência. Segue «a ordem natural das idéias». Tratando do Direito Natural e dos seus ensinamentos, logo acrescenta: «Destendo dessas regiões aéreas para a realidade das cousas, 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 jurisconsulto — *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 cosmo, tornando-os significativos ou relevantes para a norma jurídica. 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 forence*, 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 Código Civil 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 Código Civil de Portugal tem um método muito defeituoso, ou antes, não tem método algum»... «O Código Civil Chileno é um belo trabalho, mas seu método está longe de agradar-nos» (XXVII/XXVIII).

(17) *Nova Apostila*, cit. pp. 47 e 48.

(18) *Esboço*, cit. vol. I, p. 19.

(19) *Nova Apostila*, cit., p. 8.

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 nehuma importância davam a questões de método». O método adotado era «artificial, repugnante, de funesta influência para o fundo do Direito Civil».[20]

À 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 mesmo 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 filosofal, 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 distinguilas umas das outras, e classificá-las[22].

(20) *Nova Apostila*, cit., pp. 7 e 8.

(21) *Nova Apostila*, cit., pp. 6 e 10.

(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.

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 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...».(23)

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 cousas; 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: 1º) Programa oficial; 2º) Teoria da classificação das Leis; 3º) Divisões atuais da legislação; 4º) Divisões das Leis verificadas pela análise; 5º) 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

(23) *Nova Apostila*, cit., pp. 51/52.

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 íntegra.(24) Em nota à 3ª 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 extraviou-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 um dos ramos da Arte — *Ars boni et aequi* — , legitimado pela sua Ciência — *justi atque injusti scientia*». O método dicotômico, adverte, removerá «quaisquer dificuldades da classificação dos direitos».(25)

Como já observava Nabuco de Araújo a seu tempo, não são idênticas as classificações da Introdução à *Consolidação*, e 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 respeitos. 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 *arranjamento* 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 classicações *naturais e artificiais*.»

(24) J. C. DE MATOS PEIXOTO, «A Codificação de Teixeira de Freitas», *Rev. Forense*, jan. 1939, pp. 16/17; fev. 1939, pp. 25/31.

(25) *Consolidação*, cit., 5ª ed., Anotada por Martinho Garcez, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1915, pp. XXIX/XXX.

Duas 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. Fujamos de artifícios, de construções puramente nominais, e divinatórias, que não traduzem os fenômenos da vida, que prescrutam causas sem atender às realidades dos efeitos. É pelos efeitos, e não pelas causas, que se observa, compara, e classifica».(26)

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 qe 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».(27)

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

(26) *Nova Apostila*, cit., pp. 51/53, 55, 78/79.

(27) A. Comte., «Plan des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société», *Système*, cit., pp. 110/111; *Cours*, cit., vol. I, pp. 33/34.

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 descoberta 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.(28)

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 pesquisa permanece, para que se evitem os riscos daquelas« regiões áreas» de que falava Teixeira de Freitas. A definição e a classificação constituem metodos seus da maior significação e importância. Que é a materia jurídica? Este é o primeiro ponto que deve ser estabelecido em questões de metodologia, afirma Carnelutti, e responde, com Arturo 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 armazem 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 descobri».(29)

(28) A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Presses Un. de France, Paris, 10ª ed., 1968, p. 144; A. Cuvillier, *Manuel de Philosophie*, Libr. Armand Colin, vol. II, Paris, 7ª ed., 1938, pp. 93/94.

(29) Fr. Carnelutti, *Metodologia del Derecho*, trad. de A. Ossorio, Union Tipografica, México, 2ª ed., 1962, pp. 6/7, 17, 24, 48/49, 51/53.

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 freqüentemente 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 parta 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, unir os dados semelhantes e distinguir os dissemelhantes». O primeiro momento desse processo é a defi-

(30) Fr Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Recueil Sirey, vol. I, Paris, s./d., pp. 154/155. Cf. também «Les procédés d'élaboration du Droit Civil», *Les méthodes juridiques*, Giard & Brière, Paris, 1911, pp. 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-lhe os meios e escolher entre eles».

nição, 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 Código Civil, 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 diretamente em Demolombe, da Escola da Exegese, por ele referido logo a seguir. Admitiu o Código Civil da França que a propriedade fosse transmitida só por efeito do consentimento das partes e sem necessidade de qualquer ato exterior: «Confundiu-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 'e 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 inú-

(31) N. Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, G. Giappichelli ed., Turim, 1960, p. 79; B. Donati, *Fondazione della scienza del diritto*, Cedam, Pádua, 1929, pp. 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.

teis, 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 3ª 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 as conseqüências 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 o 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)

(33) *Consolidação*, 5ª ed., cit., p. 239.

(34) *Nova Apostila*, cit., p. 189.

(35) *Esboço*, cit., vol. I, p. 30.

6. Antes de prosseguirmos no estudo da elaboração da dogmática jurídica por Teixeira de Freitas, convem 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-los 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 pragmaticidade.

6.1. O Direito Romano, de seu inteiro domínio, é invocado a cada passo, como apoio, 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 nexo, que não denota observância de método algum». E em nota: «Cujacio entretanto chamava *im peritissimi 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 extraído «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, reproduz más 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 malcompreendidos» (XCII/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 de 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 indefinitivamente, 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 exposição doutrinária, mas sempre com inteira autonomia de pensamento.

6.2. Os praxistas, como não poderia deixar de ser, aparecem como os verdadeiros comentadores do direito anterior à Consolidação. Eles e todos que escreveram sobre o 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 cousas têm chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas leis que o 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.

(36) *Esboço*, cit. vol. I, pp. 18/19 e 31.

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, di-lo «mais legista que jurisconsulto».(36a)

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 índole 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 adjetivações, tais como: «sábio escritor», «profundo», «primeira autoridade», «assombrosa inteligência»... «a 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 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 Código Civil 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*.

(36a) *Nova Apostila*, cit., pp. 177 e 205.

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 § 5º 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 a verdade emana de um certo número de princípios fundamentais: pois bem, são estes o que verdadeiramente constituem a grandeza dos jurisconsultos 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, a cujos ensinamentos se filiou 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 de sistemática, para considerar toda a 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)

(37) F. DE SAVIGNY, *De la Vocacion de nuestro siglo para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*, trad. de A. Posada, Ed. Atalaya, Buenos Aires, pp. 43, 46, 54, 62 e 80.

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 obtêm 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 de absoluta intimidade 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, Troplong, Massé, Vergé, Merlin, Delvincourt, Toullier, Proudhon, Duvergier, Demolombe, Marcadé, 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, o 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 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, po-

rém, não haja nisto puro arbítrio. 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 constranger a doutrina ou falsificar a ciência, melhor é que, empreendendo-se uma legislação nova, muito se medita a respeito do mé todo 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 Cód. de Proc. Crim., fizera um professor da Faculdade de São Paulo».

Pura Escola da Exegese, como se vê. Logo no período 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]. É 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 freqüentados por Teixeira de Freitas, que os conhecia profundamente. Se Troplong foi o filósofo da Escola, Marcadé foi o polemista e Demolombe o seu príncipe. Os cinqüenta 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 Franca 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 Troplong 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 Estrasburgo em 1857 — por certo, desconhecido do nosso

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

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 a inovação que tenha 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. É 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. Esta é o resultado último de todo um processo prévio de dogmática jurídica: «Tomei 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. Tambem minha constante preocupação é de os assentar bem, pôr em relevo, de os disciplinar e de os classificar na ordem que me parece mais clara e mais racional, com o encadeamento metódico que lhe confere força e verdade».

6.5. O *Cours de Droit Naturel*, de R. 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 anti-individualista, equilibrando o interesse individual com o interesse social. Embora não chegue a tanto, muito se aproxima o jurista brasileiro da noção 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 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 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 solenidade na transmissão da propriedade imóvel e a sua ins-

(39) J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, E. de Boccard, ed., Paris, 1924, pp. 29/30 (frase de Bugnet); 134 (discurso de Aubry).

crição 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,(40) cuja filosofia orgânica dos interesses gerais do indivíduo, da sociedade e da humanidade, anti-individualista 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 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».(41)

Aí está a reforma agrária... Teixeira de Freitas nem de longe chegou a tanto, mas sua concordância com a doutrina da 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, qual tal figura e tal expressão já se encontravam tranqüilamente 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 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 venha ele a discordar ao longo da exposição. Mas cabe o registro aqui de mais uma benética e ilustre influência sofrida por Teixeira de Freitas. Confessa ele que extraiu uma grande parte desses esclarecimentos do artigo 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 incovenientes, várias classificações foram outrora propostas por alguns Jurisconsultos de espírito mais independente. Entre eles sobressai o celebre Leibniz, que com o poder de seu gênio censurou as Institutas, e proclamou o supremo princípio que

(40) No *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, 6ª ed., F. A. Brockhaus, Leipzig, vol. I, 1868, pp. 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 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. Gurvithc, *L'idée du droit social*, Recueil Sirey, Paris, 1932, pp. 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, pp. 19 e 161 e segs.; «Teixeira de Freitas e o sentimento social do direito. *Figuras da inteligência brasileira*, Ed. Tempo Brasileiro e Un. Fed. do Ceará, Rio de Janeiro, 1984, pp. 115/125.

(41) *Cours*, cit., vol. II, § 61. *Du droit de la propriété*, pp. 145 e segs. Cf. nosso «A Reforma Agrária e o Direito Natural», *Jorn. do Com.*, 12-6-84.

deve dominar nestas matérias». Concorda, porém, com a crítica que lhe endereça Blondeau — Pois «direitos que apresentam a maior semelhança podem derivar 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*, agradecia 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 da *diferença que se observa entre os direitos e obrigações*. Não são as *pessoas* e as *cousas* que se deve distinguir (referindo-se à conhecida divisão das mesmas Institutas), mas as suas obrigações e os seus direitos».(41a)

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 de *statuliber*, que tão malcompreendido 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 liberdade é inauferível, 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» (XXXI, LXVI). É 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*».(41b)

(41a) *Nova Apostila*, cit., pp. 57 e 24/25.

(41b) *Nova Apostila*, cit., p. 186.

Por isso mesmo esclarecida logo no início dos trabalhos da Consolidação: «Cumpre 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 freqüentes 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».

Ao comentar o artigo 445 (fato voluntário) do *Esboço*, 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 apreciado pelo padrão de moralidade, até o ponto em que tal apreciação é possível»(42).

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 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 Cód. de Proc. Crim. Eu o considero como base do futuro *Sistema do Niilismo*»(43).

(42) *Esboço*, cit., vol. I, p. 241.

(43) *Vocabulário Jurídico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1983, vol. I, p. 98.

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 — *mobilium 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. É 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 Código Civil, que a sua *Magna Carta* lhe há prometido». Em nota esclarecida: «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 um 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 movilação livre e segura de todos os capitais —; esta (constituição e movimento da propriedade) é sem dúvida a parte mais interessante de um Có-

digo Civil»[43a]. Aí incluído, como defendia, também o Código Comercial.

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: «*Cousa* é tudo que não é pessoa»[44]. 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, faculdades 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».[45]

Na Introdução à *Consolidação* já propunha a sua dicotomia básica: «A Parte Geral trata em dois Títulos das *pessoas* e das *cousas*, 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 *cousas*, 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»[45a].

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

(43a) *Nova Apostila*, cit., p. 183.

(44) *Nova Apostila*, cit., p. 27.

(45) *Esboço*, cit. vol. I, pp. 19 e 191.

(45a) *Nova Apostila*, cit., p. 105.

mundo que o cerca; é capaz de ter experiência».[46] O antigo professor de Breslau e Hamburgo considera 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 irredutível, 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 personalística de Stern. Sua obra mais importante, em três volumes (1906, 1918 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 consolidador 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: «Respondo que muito de propósito evitei 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 venerada teoria, e

(46) W. STERN, *General Psychology. From the Personalistic Standpoint*, The Macmillan Company, Nova York, 1938, p. 70. Cf., também: Ben Gordon W. Allport, «The Personalistic Psychology of William Stern», in Benjamin B. Wolman, *Historical Roots of Contemporary Psychology* Harper & Row, Nova York/Londres, 1968, pp. 321/337.

na atualidade felizmente todo o seu valor acha-se reduzido 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 distingue e firma idéias sem lhe importar a roupagem dos vocábulos». Ainda em censura ao mesmo Anteprojeto: «Na acepção lata da Apostila, o ilustre jurisconsulto toma o todo pela parte, o gênero pela espécie, e usa de uma sinédoque, que não se pode admitir em discussões de rigor filosófico»[47]. Já na *Introdução*, argumentava: «Pela natureza das cousas, 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 compreendia o definido» (LVI).

10.1. É na célebre carta de 20 de setembro de 1867 que tudo isto vem bem exposto e resumido. À maneira do Código Civil 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 Código Civil, 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*, elavados, «porém, à sua derradeira altura».

E enfrentando os velhos dogmatismos tradicionais: «Recomendam 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

(47) *Nova Apostila*, cit., pp. 13 e 12.

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 Código Civil pode ser obra de muitos» (CLX). Sempre os mesmos propósitos de coerência e unanidade sistemática.

Positivista à sua maneira, alheio a uma possível concepção axiológica do direito, estranha ao seu tempo e ao seu meio, detendia 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 resultaram. 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: 1º) pela simples distinção das personalidades que as entretêm, pela sua razão de existência, e virtude própria: 2º) pelos subordinados caracteres das condições específicas, modos de ação e propriedades».[49]

(48) SÁ VIANA, ob. cit., pp. 178/179, 174/175.

(49) *Nova Apostila*, cit., pp. 54/55.

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 uma às outras, formando um tecido, um agregado de partes reciprocamente unidas».(50)

10.2. Parecendo às vezes excessivamente formalista e logicista — segundo mestre Hahnemann, «no Código Geral exagerou a 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 impedia-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 Savingny, 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 colocando 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 relaçãoes 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 tabalhos científicos, nas instituições dos povos, há sempre uma tendência espontânea, quase que institiva, para resultados mais conformes com a natureza das cousas. Quando vos parecer que houve um acaso, uma imperfeição, não condenai logo, não sêde precipitados em reformar. Estudai bem as necessidades do ser humano, apreciai 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 jurisconsultos, bem penetra estas, e muitas outras verdades».(53)

Um homem que assim fala não pode ser um puro logicista, um formalista irredutível. 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 expres-

(50) *Nova Apostila*, cit., pp. 56/57.

(51) *Nova Apostila*, cit., pp. 87/88. Em páginas anteriores, sensível à temporalidade das instituições: «Só se faz história do que muda».

(52) *Nova Apostila*, cit., p. 167.

(53) Carta de 20-9-1867, *in* Sá Viana, cit., p. 181.

são, 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 começa da significação das palavras. Definir é delimitar, é «circunscrever exatamente a compreensão de um conceito, é dizer o que uma coisa é».(54) Os seus riscos não se circunscrevem ao direito, espalham-se por toda a parte, pois em qualquer campo pode a definição dada ser submetida. Reconheça-se ainda que, para Teixeira de Freitas, não se tratava de uma discussão bisantina, 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 o início da *Introdução*, rogava: «Cumpre, 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.»(55)

(54) 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 Carnelutti, *ob. cit.*, p. 66: «Uma ciência sem definições é tão pouco concebível como uma ciência sem conceitos».

(55) «Definiciones legales», *in* L. A. WARAT E A. A. MARTINO, *Lenguaje y definición jurídica*, Cooperadora de Der. y Cienc. Sociales, Buenos Aires, 1973, pp. 64/65. E à p. 88: «A definição, então, já não é perigosa, de vez que não constitui mais do que um meio».

A Seção dos Negócios de Justiça do Conselho do Estado concordou plenamente com a orientação do autor em parecer 1º da 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 à contradição 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 conseqüência, para a certeza do império da lei».(56)

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.(57) Dogmática jurídica significa tão-somente o ordenamento orgânico da matéria legislada, isto é, direito positivo, à maneira do cientista físico que elabora, sem contradições aparentes, o edifício lógico da construção teórica, explicativa dos fenômemos, 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 definia: «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».(57)

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 epítomes. No pensamento atual não se pode considerar nenhum dogma jurídico como absoluto, co-

(56) J. NABUCO, *ob. cit.*, p. 519. Assinavam o parecer Sales Torres Homem, Jequitinhonha e Nabuco de Araújo, seu autor.

(57) Para a discussão do tema, com alguma extensão: L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1953, pp. 68 e segs.

(57) P. LESSA, *Estudos de Filosofia do Direito*, 2ª ed., Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916 (a 1ª é de 1912), pp. 65 e segs.

mo 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 vigente».(58). Não esgota, dizemos nós, toda a matéria da Ciência do Direito, mas é sem dúvida a sua parte mais importante, pois lhe cabe ordenar, sistematicamente segundo princípios gerais diretivos, o ordenamento jurídico positivo, imprimindo-lhe unidade, eliminando as contradições internas, permitindo assim, coerentemente, a anologia 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».(59)

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*). Intressavam-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: «reflexões sobre a evolução do Direito Romano e o gênio da ciência jurídica romana levaram Ihering a detectar 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 cifrar conceitos que sirvam a objetivos práticos. Através desse estudo Ihering convenceu-se fortemente da necessidade primordial do direito em servir a interesses sociais».(60)

(58) STIG STRÖMHOLM, *Allgemeine Rechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1976, p. 11. Também: R. Zippelius, *Einführung in die Methodenlehre*, Verlag C. H. Beck, pp. 38 e 53 e segs.

(59) G. RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de L. R. Siches, Libr. Victoriano Suárez, Madri, 1930, pp. 254/256.
Ainda: *Propedeutica alla Filosofia del Diritto*, trad. de D. Pasini e C. A. Agnesotti, G. Giappichelli, ed., Turim, 1959, pp. 85 e segs.

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 sufoque 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 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. Os 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».(61)

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 Texeira de Freitas.(62) Com valor desigual, outros ensaios se seguiram, grandes ou pequenos, como o de San Tiago Dantas, Paulo Maia, Strenger, Tércio

(60) 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. Marescq Aîné, Paris, 1887, *passim*.

(61) H. GUIMARÃES, «*Defesa* do formalismo jurídico», *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Anexo II, pp. 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, e dado extraído da observação dos fatos sociais, apreciados de acordo com os valores sociais preponderantes. Os fatos e valores sociais podem variar, mas a técnica tem de ser sempre a mesma, ou, então, não se poderá falar em direito».

(62) M. REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, Livr. Martins Ed., São Paulo, 1940, pp. 11 e segs.; *A doutrina de Kant no Brasil*, São Paulo, 1949, pp. 71/74; *Filosofia do Direito*, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, diversos par. indicados no índice; *Figuras da inteligência brasileira*, *ib.*

Sampaio Ferraz, sem esquecer ligeiros acenos de Pontes de Miranda e dos outros autores mais recentes.(63)

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 da historicidade das instituições que sistematiza e regula. Ninguém o disse melhor do que Enrico Paresce, 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.»

A verdade é que, antes do Conselheiro Ribas — em 1857/1860, já Teixeira de Freitas defendida 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 direito 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 tímidas 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 atatou o continuismo...

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 nacional», sem confirmação da experiência (CLXV), não deixou de ter a mais absoluta consciência do que de novo revolucionário trazia, para a 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 mudançda, 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 Guimarães, 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 vividos», como na saudade de Machado de Assis.

(63) FR. SAN TIAGO DANTAS, «Nova dogmática jurídica», *Rev. Forense*, maio 1944, pp. 291/293; P. C. Maia, *Da dogmática jurídica*, Rev. dos Tribunais, 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*, Ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 1980, 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, pp. 481/484; vol. II, p. 378; P. Dourado Gusmão, *Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1960, pp. 7 e segs. Também relevantes são: T. S. Ferraz Jr., *A ciência do direito*, Atlas, São Paulo, 1977 e J. P. Galvão de Sousa, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, São Paulo, 1970.

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. PARESCE, *La genesi ideale del diritto*, Milão, 1938, p. 162. Também B. Donati, *ob. cit.*, p. 91 (a necessidade não só de *investigações descritivas de valor dogmático*, mas também de investigações *reconstrutivas* de valor histórico. Estas investigações são distintas, mas profundamente conexas»); H. Coing, *Fundamentos de Filosofia 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 formam uma totalidade histórico-concreta»). E esta era, sem dúvida, a concepção de Teixeira de Freitas.