



NACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A questão do methodo no ensino do direito civil

**Prelecção inaugural do Dr. Vicente Ráo,
lente cathedratico de Direito Civil, na
Faculdade de Direito de São Paulo.**

Meus senhores,

Ao tomar posse desta Cadeira, disse eu perante a
douta Congregação da Faculdade:

“Vejo na missão do jurista, e principalmente na do professor de Direito, um character propulsor, uma funcção de progresso. Entendo que a elle cabe, não só o estudo das sciencias que regem as relações humanas, taes quaes ellas se lhe apresentam nas sociedades organizadas, mas sobretudo o dever de preparar, pelas suas investigações, pelas suas especializações, os estados representativos das phases novas da evolução social.

Bem sei que esses estados se succedem como partes de uma só cadeia, partes que isoladas não vivem, nem se comprehendem, de sorte que o passado de uma instituição juridica vem a ser a base mais solida sobre a qual assentam os seus aperfeiçoamentos futuros. Mas sempre feriram mal o meu espirito dois feitios actualmente predominantes nos nossos estudos juridicos: — ou um interminavel rosario de subtilezas doutri-

narias recolhidas com paciencia benedictina entre os autores estrangeiros, dos mais notaveis aos mais extravagantes, ou uma paradoxal volupia de reviver a todo instante, e a todo transe, para os casos presentes, os velhos e sabios reinicolas e até os seus não menos doutos antecessores.

As sciencias juridicas brasileiras tiveram sem duvida um periodo aureo após nossa emancipação politica; symbolizam-no, entré outros, dois grandes nomes: Teixeira de Freitas e Lafayette. Mas hoje, difficil é apparecerem estudos nossos, que tenham caracter nacional. E pena é que assim seja. Porque se os principios scientificos por serem abstractos são universaes, menos certo não é que os elementos caracteristicos de cada povo, as razões ethnicas e ethicas e materiaes de cada nacionalidade devem, por sua vez, provocar applicações e concepções especiaes, seja no campo da doutrina, seja no das realizações legislativas.

Desses dois máos feitos dos estudos contemporaneos resultam consequencias graves; decorrem, por exemplo, em nosso systema legal, ora lacunas imperdoaveis, ora transplantações exóticas.

E' preciso reagir contra uma tal tendencia. E' preciso acompanhar e dar impulso á formação da nacionalidade brasileira, da independencia verdadeira e integral da Nação, ajudando-a a crear uma consciencia juridica propria, livre de importações e isenta de velharias que a titulo de erudição procuram desviar-a dos seus destinos"

Por estas palavras quiz eu significar, em linhas geraes, o programma que, com a collaboração dos meus distinctos discipulos, pretendo desenvolver no ensino do Direito Civil. O momento é dos mais opportunos, já por ser sensivel e indeclinavel a necessidade de uma reacção contra os antigos methodos nos estudos juridicos, para que possamos

imprimir-lhes um cunho mais real, mais em contacto com a vida, mais nosso, já porque aprouve a Deus que eu iniciasse este curso na ocasião em que a mocidade academica commemora o Centenario da fundação das escolas de Direito, realizando solemnidades que são grandiosas e permanecerão memoraveis pelo que revelam de patriotismo, de amor ao estudo e de fé no futuro de nossa Patria.

UM PHENOMENO EXTRANHO

Escreveu o eminente professor Gianturco que *“a aspiração das nações cultas na ordem juridica é a uniformidade dos codigos até áquelles limites extremos marcados pelas differenças quasi essenciaes da nacionalidade, originadas da indole especial de cada raça e determindas pelas condições em que a nacionalidade se creou, bem como pelo desenvolvimento historico de sua civilização — causas estas, porém, que pela aproximação material, economica, intellectual e moral sempre crescente entre os Estados, vão constantemente perdendo sua força, a qual encontra seu elemento mais vital no isolamento dos povos:*

Mas ainda estamos longe, senhores, dessa phase de perfeição absoluta, e não sei se a humanidade chegará um dia a nivelar-se, em todos os recantos do globo, numa rigorosa ou mesmo apenas apreciavel uniformização de principios e de regras moraes e intellectuaes, economicas e de vida material. Creio que antes disso seria preciso que um compasso gigantesco e sobrenatural de novo distribuisse os povos na superficie da Terra, dando a cada um delles proporções e condições mathematicamente, rigorosamente iguaes, e que a alma humana se refundisse por todo o universo sahindo de um cadinho só . . .

Ora, enquanto esse sonho tão seductor — e este é seu maior peccado — não se transformar em realidade, enquanto as razões especificas e peculiares de cada povo continuarem a dar forma e caminho á sua evolução, impõe-se-nos, como juristas, procurar a solução dos problemas que constituem o objecto de nosso estudo, não nas especulações metaphysicas dos doutrinadores de gabinete, nem nas legislações de outros povos, mas nessas proprias razões especificas e a nós peculiares, para, intelligentemente, respeitar e organizar aquellas cuja força, apesar de todos os ensaios especulativos em contrario, apparece irresistivel e util e contrariar as demais, buscando os recursos, para isso, no mesmo meio ambiente, contrabalançando, dentro delle umas forças com outras, para alcançarmos gradualmente o gráo de perfeição que por essa forma, sim, deve ser o nosso sonho.

No Direito Civil, o que é dizer na parte substancial do Direito Privado, fomos e pelas consequencias ainda somos victimas de um extranho phenomeno: desde a Independencia até 1917, isto é, durante 95 annos, continúamos a applicar as leis do paiz que nos opprimira durante seculos de colonização das menos toleraveis registadas pela historia, paiz que tinha em sua legislação, como pena das maiores e mais infamantes, o degredo para o Brasil e do qual nos destacámos justamente porque irreconciliaveis differenças e necessidades geographicas e moraes crearam, entre nós, gráo por gráo, um typo novo, uma nova agglomeração, uma nova raça, uma nova nacionalidade, emfim.

Estranho e paradoxal phenomeno, sim, esse que provocou a emancipação politica, mas não soude ou não soube romper os laços civis do captiveiro.

E no entanto, é sobretudo na ordem civil que se encontram mais assignalados os traços differenciaes que constituem a personalidade propria e distincta de cada povo . .

A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Contemplemos de relance, o quadro dessa antiga legislação, o espectáculo tenebroso desse passado. Vejamos, enumerando-as, as diversas partes etherogeneas, inconciliaveis, contradictorias, desse todo. Observae bem:

I. Em primeiro logar as Ordenações do Reino, amalgama de disposições de Direito Romano, Direito Canonico e de seculares praxes portuguezas;

II. Em seguida o alluvião de leis chamadas extravagantes, comprehendendo estas: as leis propriamente ditas, os alvarás, as cartas régias, os decretos, as resoluções de consultas, as provisões dos tribunaes, os avisos e portarias dos secretarios de estado, os assentos da Casa da Supplicação;

III. Em seguida ainda, o direito consuetudinario, os costumes fazendo lei, desde que obedecessem a estes tres requisitos capitaes: 1.º) — não serem contrarios a lei expressa, 2.º) — nem á boa razão e 3.º) — terem mais de cem annos (lei de 18 de Agosto de 1769, parag. 14),

IV E mais: a legislação subsidiaria, a começar pelo Direito Romano e pelo Direito Canonico, nos textos não reproduzidos ou não mandados seguir expressamente pelas Ordenações, subordinado aquelle ao criterio puramente racional e impreciso da conformidade com a razão ou com o Direito Natural — criterio que os Estatutos da Universidade sujeitavam a duas regras. “verificar se a Lei é fundada em alguma razão puramente civil e peculiar ao povo romano, v. g. da sua religião, costumes e maximas ou circumstancias dos tempos, que hoje não existem, para a rejeitar; — consultar o uso que destas leis fazem as nações modernas da Europa, examinando para esse fim as obras dos jurisconsultos mais acreditados, ou as disposições dos seus codigos, para as seguir, se por ellas estão adoptadas ou vice-versa”,

V. E ainda: a opinião dos jurisconsultos e os arestos.

IV. E por fim: as leis das nações modernas como fontes subsidiarias independentes, isto é além do character acima previsto de fontes de applicação e interpretação do Direito Romano.

Que confusão, que emmaranhado cipoal era esse, meus senhores!

“Bem pobres e mesquinhas, escreveu o Conselheiro Lafayette, são as fontes de nosso direito civil. Sabem as pessoas dadas a esse genero de estudos quão defectivos, incoherentes e disformes são os subsidios que as nossas leis escriptas offerecem para a organização de trabalhos scientificos”

Pois foi o que voluntariamente herdámos de Portugal para reger nosso Direito Civil, até ha dez annos, com o imperdoavel accrescimo de uma legislação nossa tumultuaria, feita de retalhos, de importação, verdadeiro contrabando á consciencia nacional.

Não podia ter sido mais desordenada, mais impatriotica, mais infeliz a obra dos legisladores de então.

Felizmente, o esforço dos juristas patrios não merece igual censura. São notabilissimos, já o sabem todos quantos me ouvem, os trabalhos de Ribas; permaneceram inexcediveis, em grandiosidade, as obras de Teixeira de Freitas no Esboço do Codigo Civil e na Consolidação das leis Civis cuja introdução, no dizer de Sylvio Romero

“é um dos pontos culminantes do pensamento theorico entre nós, na esphera do Direito; é a mais importante contribuição para o estudo do Direito Civil brasileiro, que nos legou o imperio”;

são inegualaveis os ensinamentos de Lafayette na tarefa ingrata do systematizar o Direito Civil então existente.

Mas, e mesmo neste ponto surge doloroso reverso da medalha, não provocam iguaes applausos todos os proje-

ctos de código, inclusive o ultimo que veio a dar na corporificação de leis existente; nelles predominou o mais completo desprezo das condições sociaes do meio ambiente que visavam reger. Nelles, doutrinas e legislações estrangeiras, de par a um tradicionalismo mal entendido, deram logar a um conjuncto de normas sem unidade, sem alma propria.

UM MIXTO DE HEREDITARIEDADE E DE INNOVAÇÃO DOUTRINARIA

São palavras do proprio illustre autor do ultimo projecto estas por elle escriptas a titulo de esclarecimento:

“Seguindo o conselho de Bluntschli, o actual projecto procurou collocar-se no ponto de confluencia de duas forças de cujo equilibrio depende a solidez das construcções sociaes: a conservação e a innovação, as tradições nacionaes e a theoria das escolas, o elemento estavel que já se adaptou ao character e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira particular pela qual elle estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina scientifica. A tradição, ligando entre si os diversos estadios do Direito, representando uma applicação da hereditariedade a esse phenomeno de ordem social, é um principio organico da vida juridica. Nem será um código adeantado demais, nem tão pouco uma simples consolidação do Direito nacional vigente. E fugindo ao dilemma, escapa ao perigo de ficar alheio á alma nacional e de oppôr embaraços, á reconstrucção social, que se opera em nossos dias”.

Eis assim revelado por seu proprio autor o prumo de que se usou para a construcção do edificio — a heredita-

riedade e a doutrina innovadora, um mixto de uma e de outra cousa, da tradição de um regimen tumultuario e anarchisado, cuja força mais do que “*hereditariedade*” devia ser dita “*atavismo*” e da influencia das idéas feitas, feitas por outros, e para outros, por francezes, para a França; por allemães, para a Allemanha; por italianos, para a Italia, só esquecido das licções dictadas pelo meio ambiente brasileiro, aquellas, licções, isto é, que deviam ter inspirado o codigo para o Brasil !

Mas, dirão os senhores, que meu pessimismo é arrazador; que sobre base taes nunca poderá levantar-se o edificio de um Direito nacional, pois o passado está totalmente errado.

Não; não ha propriamente pessimismo, senão apreciação serena, no quadro que acabo de lhes expor. Nem tão pouco reputo só e só de erros a obra legislativa e doutrinaria que se tem desenvolvido até nossos dias. Ao contrario, enxergo no Codigo Civil uma grande, uma extraordinaria vantagem para o estudo e para a formação do direito novo, do direito que ha de vir aos poucos justamente em consequencia da applicação e da critica deste mesmo corpo de leis, dessa systematização, que tem ao menos a virtude de nos dizer a certo qual é o Direito Civil que nos rege e nos emancipou de vez do cháos impraticavel e quasi incomprehensivel que era o direito anterior a elle, sujeito aos azares de todas as interpretações.

Eis, portanto, delimitado nosso campo de acção. Eis afinal, depois de um seculo, corporificadas as nossas leis civis. Quando são boas as suas disposições e quando são más, havemos de dizel-o no decorrer de nossos estudos. Mas através de que processos faremos nosso exame? Pela analyse da lei, texto por texto? Pela explanação dos principios, bons ou más, que os animaram? Qual o methodo a seguir no estudo do Direito Civil, dentro do programma que nos propuzemos?

A QUESTÃO DO METHODO

Na primeira tentativa de fundação dos cursos juridicos no Brasil, determinava o projecto de 19 de Agosto de 1823, apresentado, perante a Assembléa Geral Constituinte, pela Commissão de Instrucção Publica, que emquanto as escolas não organisassem estatutos proprios, se regeriam pelos da Universidade de Coimbra.

O segundo projecto, o de 5 de Julho de 1826, expressamente dispunha em seu artigo sexto:

“cada um dos lentes fará a escolha do compendio da sua profissão, ou o arranjará, não existindo já feito, e exporá á approvação dos lentes congregados, etc”

Era o regimen dos compendios, do ensino official com peso e medida certos, a sciencia por dóses, com prévia approvação governamental.

Em sessão de 11 de Agosto de 1826, por exemplo, amplamente se discutio a quem competia a approvação dos compendios, se aos lentes congregados, se ao Governo. E o deputado Lino Coutinho assim sustentava seu modo de vêr favoravel ao segundo alvitre:

“eu ainda estou que a approvação dos compendios pertence ao corpo legislativo, e que é objecto de lei. Só o corpo legislativo é que deve designar as doutrinas e o methodo de as ensinar; e se assim não é, não sei por que razão aqui se fez o catalogo das sciencias que hão de formar este curso. Torno a lembrar a comparação que já apresentei. Senhores, os lentes são como as amas de leite; toda a ama de leite diz que o seu leite é bom, mas quem é que decide? É a ama? Não, é o medico. Da mesma forma é a assembléa que ha de julgar na escolha dos compendios”

E' verdade que teve oppositores tão extravagante cõrrente, mas os proprios pareceres divergentes não escondiam o temor da opposição "*às idéas recebidas*".

Julgae por esta replica de Nicolau Vergueiro :

"Se o lente professa uma doutrina differente da que se vê obrigado a ensinar, elle terá muitos meios de illudir os estatutos, os compendios e as ordens mais positivas; e por isso o unico meio de prevenir a PREVARICAÇÃO é a exclusão desses homens inimigos do nosso systema. Lembrome que um dos meus lentes em Coimbra era obrigado a explicar por um compendio, com cuja doutrina elle nem sempre se conformava, principalmente quando este compendio, definindo os poderes espiritual e temporal, dizia que o espiritual era o poder da Igreja e o temporal o poder dos reis. Elle reproduzia esta mesma idéa e, depois, accrescentava: "Vamos com os nossos estatutos, que nos obrigam a seguir esta opinião" — e por fim dava uma risada. Elle certamente era obrigado a ensinar um principio tão erroneo para satisfazer os estatutos, porém não podia dissimular que semelhante proposição era absurda e revoltante, e porque seria? Porque respeitava a opinião publica, que ha muito reconhece que o poder temporal não é dos reis, mas dos povos; e não queria que se rissem delle. Portanto, meus senhores, não tenhamos tanto medo de que os lentes venham a escolher compendios, oppositos ás idéas recebidas"

Afinal, resolveu-se pelo disposto no artigo 7 da lei de 11 de Agosto de 1827, i. é. que os lentes fizessem a escolha dos compendios, ou os arranjassem não existindo já feitos, comtando "*que as doutrinas estivessem de accordo com o sytema jurado pela Nação e que fossem approvados pela Congregação e pela Assembléa Geral!!!*"

E assim por longo periodo, serviram de compendio de direito civil, nesta Faculdade, as Instituições de Direito Civil Portuguez, de Mello Freire.

Ora, com estas restricções, com taes peias, com correntes tão pesadas atadas aos pulsos, como haviam de progredir os estudos juridicos, como se haviam de emancipar do ranço de Coimbra os velhos professores?!

Pois este regimen vigorou bastante tempo, até ao actual de prévia approvação dos programmas pela Congregação, simplesmente dos programmas e simplesmente pela Congregação, o que constitue garantia da liberdade de investigação scientifica, apesar de tudo, ficando ao criterio do professor a adopção do melhor methodo e da melhor doutrina.

Libertos, assim, da escravidão rançosa dos compendios, procuremos investigar, scientificamente, e não mais officialmente qual o methodo a seguir.

DUAS CORRENTES EXTREMADAS

A materia é das mais debatidas e longe está de apresentar conclusões incontestes.

Duas grandes correntes reclamam fôros de victoria na solução do problema: a escola franceza e a doutrinaria, tambem dita germanica.

A primeira pretende que o estudo do direito civil deve ser feito através da analyse, da exegese do texto da lei, reclama a segunda o estudo através das doutrinas, dos principios, para que de character scientifico se revista a investigação.

O estudo dos allemães, diz Chironi, é de erudição, de exposição theorica do direito romano, tal qual nos foi legado, bom e feito; o estudo dos francezes, exegese do direito civil francez, tal qual foi constituido pelo legislador e aos poucos se desenvolve, visa a applicação na pratica da vida”

Em França, até 1895 os programmas officiaes obrigavam os professores a seguir a ordem do cod. de Napoleão e muitos autores, diz Planiol, ainda pensam que esse é o melhor processo, porque vem familiarizar os alumnos com os textos legaes. Os dispositivos legaes mais recentes não se desviam muito desse methodo antigo; assim, o dec. de 2 de agosto de 1922 continúa a indicar a materia de cada anno do curso por artigos ou partes do codigo, provocando a seguinte repulsa de Planiol:

“é para lamentar que as decisões ministeriaes, que se succedem, se obstinem a indicar os elementos do programma pelos numeros dos artigos como si a lei fôsse um texto santo, fóra do qual nada existisse, capaz de formar materia de ensino”

Um tal processo, quando outros vicios não tivesse, constituiria chocante violação da sabia regra de Paulo:

non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.

A chamada escola doutrinaria, preferida pelos autores germanicos, constitue uma volta ás fontes purissimas do direito romano. E' o extremo opposto do methodo anterior; e em summa, poderíamos dizer que o primeiro é mais propicio para formar rabulas, emquanto visa o segundo formar doutrinadores, mas nem um nem outro, isoladamente applicado, jamais produziram um jurista.

O mal da segunda corrente, define-o Ihering elegantemente.

“todos os romanistas tiveram o sentimento da grandeza do direito romano; mas alguns levaram este sentimento até ao mais cego fanatismo”

Cessada a força obrigatoria da monumental construção juridica dos romanos, por força dos dispositivos de nosso Codigo, é certo que, apesar de tudo, a ella devemos frequentemente recorrer, ora para conhecer a evolução

historica dos institutos, ora para evocar determinados principios. Nunca, porém, devemos sujeitar-nos ao fanatismo alludido por Ihering e sim á conhecida formula desse grande jurista:

*“pelo direito romano, porém, mais, além do di-
direito romano”*

Finalmente, cumpre-nos observar que entre as duas correntes extremadas, nasceu na Italia, amparada pelo illustre Chironi, uma solução intermediaria, dictada como reacção á influencia avassaladora, entre os juristas da daquelle paiz, dos estudos tudescos. Este terceiro processo, mais verdadeiro, concilia o exame dos textos com o estudo systematico e o citado Chironi assim o resume:

*“studiare il diritto civile con l'intento si dell'ap-
plicazione pratica, ma studiarlo nel suoi principi,
come scienza; raccogliere le fila dell'analisi sparse
nei voluminosi commenti, e generalizzare proced-
endo cautamente, al lume della critica.*

Bom, excellente criterio esse, de vez que lhe accrescentemos expressamente, como guia *“del lume della critica”*, uma systematica verificação da correspondencia, ou não, dos diversos institutos juridicos com as condições sociaes proprias dos povos a que se destinam.

Assim, para concluir, direi que na pratica das idéas por mim expostas e sustentadas, visando nacionalizar o ensino desta disciplina, explicarei as partes successivas do programma, investigando:

a) — a evolução historica do instituto na doutrina dos nossos grandes mestres e nas nossas leis;

b) — sua adaptação, ou não, ás condições sociaes do meio ambiente que o mesmo instituto visa reger;

c) — o alcance dos textos legaes, filiando-os aos principios scientificos respectivos.

Tudo isso, naturalmente, sem desprezar as fontes originarias, nem as doutrinas e as legislações estrangeiras, como subsidio, e tendo em mira, como finalidade, um aperfeiçoamento tendente a formar o conceito do direito civil genuinamente brasileiro.

Senhores,

Reaffirmo, como Filinto Bastos, esta indiscutível verdade:

“o direito civil, comquanto receba os influxos da civilização universal, porisso mesmo que visa reger as relações de ordem particular de um povo, ha de necessariamente exhibir um cunho differencial do de todos os demais, até mesmo o de idênticas origens. O jus ipsius civitatis dos Romanos, sem embargo de ter hodiernamente conceito diverso do de outr’ora, não deixa de significar que a influencia de um meio reflectirá na ordem juridica de que elle é o ambiente, cujas condições physiologicas concorrerão de modo decisivo para o incremento ou a atrophia das boas normas entre os individuos”

O programma que me proponho realizar é arduo. Reclama, sem duvida, a dedicação dos meus intelligentes discipulos, dedicação da qual já é penhor o acolhimento carinhoso que me dispensaes e que agradeço do fundo d’alma.

