



Os civilistas e o direito civil

A leitura de um curiosissimo livro ultimamente publicado em Hespanha (1), no qual o seu auctor, affastando-se da rotina seguida, procura introduzir no campo do direito as recentes descobertas das sciencias physicas, applicando-as ás relações juridicas e creando novos institutos e novos moldes, taes como o testamento feito por meio do phonographo, foi para mim o incentivo, que me animou a expender perante os doutos o que sómente a meus discipulos ousava declarar, e isso mesmo de um modo vago e incidentalmente, quando o assumpto a explicar o exigia.

Penso que o direito civil (e aqui me refiro mesmo ao direito escripto, ao direito positivo em vigor entre as nações mais cultas) já deveria hoje ter adquirido muito maior amplitude, quer em sua parte material, quer principalmente em sua parte formal em vista do grande desenvolvimento, que no presente seculo têm tido as artes e sciencias e sobretudo em razão das innumeras e maravilhosas descobertas no campo das sciencias physicas e naturaes, que têm produzido uma verdadeira revolução economica.

Não se comprehende mesmo, nem se justifica, que no seculo do vapor e da electricidade continue o direito civil, como outr'ora, a caminhar em seu velho carro puchado a bois, aguardando pacientemente que algum cataclysmo social convulsione o terreno, em que vagarosa-

(1) *El testamento phonografico*, por Don Publio Heredia y Larrea, 1895.

mente se arrasta e desmantele o seu archeologico vehiculo para obrigar-o a galgar per saltos, quiçá perigosos, um novo meio de locomoção que o faça entrar na raia onde se disputa o grande pareo da civilisação.

Se o direito é, como penso, o producto da cultura social, é preciso que esse producto esteja sempre em proporção com a sua causa productora, acompanhando-a em sua dynamica, de modo que ao menos se divise a perfeita homogeneidade que deve existir entre a causa e o effeito.

Se assim, porém, não succede, preciso é conhecer a razão de tal anomalia.

O direito civil não é um direito estacionario, e preso á letra dos textos, como pensam alguns. Apesar da immobilitade da lei, que só pelos meios competentes pode ser reformada, ha sempre a formação scientifica do direito, tendo por base o que Ihering chama *as regras latentes*, que existem de envolta com as *regras expressas* e que só podem ser comprehendidas por quem sabe ler *entre linhas*, para bem fazer uma sabia e verdadeira applicação do texto.

Entretanto, isto, que já é alguma cousa para a evolução do direito, não é todavia bastante para satisfazer o jurista moderno e collocar o direito civil ao nivel da actual structura social, que dia a dia adquire novas formas e muda de aspecto em razão do progresso scientifico e economico, que crêa novas exigencias e demanda novas formas para as relações de individuo á individuo, e de collectividade á collectividade.

Será, porém, somente a imprevidencia dos competentes (legisladores e juristas), que tem entravado a marcha evolutiva do direito civil, deixando-o debater-se ainda quasi no mesmo terreno em que encontrou-o o despontar do presente seculo, e quando os demais ramos de direito e das sciencias sociaes têm caminhado a passos de gigante, ou haverá alguma outra causa occulta, que para isso tenha concorrido?

E' o que passo a examinar, pedindo desde já ao benevolo leitor a devida venia, pois sou o primeiro a conhecer quão atrevida é a empreza que ousou tomar sobre meus hombros.

Era preciso, porém, que alguém, embora incompetente dêsse o grito de alarma, que fizesse convergir a atenção dos doutos para o assumpto; e por isso desejo ao menos fazer o papel dos gansos do Capitolio, que embora inconsciente e instinctivamente concorreram para a salvação da cidadella e para immortalisar o nome de Manlio Capitolino.

Pois bem, salve-se a cidadella do direito civil e immortalisem-se os nomes daquelles que tomarem a hombros tão proficua empreza: que me darei por bem pago em tel-os despertado do marasmo actual com os meus roucos e inharmonicos brados.

*
* *

Ha quem affirme relativamente ao estudo e formação do direito civil que *o bom não é novo e o novo não é bom*.

Tomada a affirmativa no seu sentido absoluto, não passa ella de um *flatus vocis*, que quando muito poderá expimir o *carrancismo* de quem quer pretender que os romanos cultivaram por tal modo o campo do direito e d'elle fizeram brotar tão frondosas arvores, que nenhum terreno mais resta, onde possa nascer uma nova vergon-tea, onde possa germinar e florescer um novo arbusto.

E' a velha exclamação de Saint Just arrogantemente lançada no seio da convenção: « O mundo está vasio desde os romanos e a sua memoria o enche. »

Mas, si desprevenidamente lançarmos as vistas para o que até hoje se ha produzido, tendente á formação do direito civil e á orientação do seu estudo, veremos que infelizmente têm em parte razão os que assim se manifestam.

De facto, se os romanos confeccionaram um corpo de direito, que foi em seu tempo uma *obra prima* e immortalisou o nome de seus jurisconsultos, principalmente pela perfeita homogeneidade dos textos com a organização politica e social de então, e por ter sido vasado em moldes originaes, decorrentes do progresso industrial e scientifico da epocha, não é isto motivo para que ainda

hoje deva ser esse corpo de doutrina a base fundamental de todos os codigos, quando já não pode elle manter igual homogeneidade com as modernas organizações politicas e sociaes, e muito menos com o hodierno estado scientifico e industrial.

E' portanto evidente que o *romanismo* excessivo de que em regra se mostram affectados os juristas e legisladores preteritos e coevos, têm sido uma das principaes causas, que obstem a perfeita evolução do direito civil.

Mas por outro lado não posso deixar de reconhecer (é convicção minha que provavelmente me conferirá o diploma de *retrogrado*) que effectivamente o *novo não é bom*, isto é, que a orientação ultimamente dada ao estudo do direito civil não é a mais apta para emparelhar o com o actual estado economico social e scientifico dos povos.

Passo a justificar o meu enunciado, por mais paradoxal, que pareça.

Penso que em sciencia, do mesmo modo que em politica, é sempre de resultado improficuo, si não funesto, o radicalismo extremado. Os factos ahí estão para attestar a verdade do asserto.

Si a humanidade ainda não attingio um maior gráo de perfectibilidade, é porque tem tido sempre um *fetiche* a entrar-lhe a marcha, uma superstição que a não deixa agir livremente.

Relativamente ao direito, são bem conhecidos os *fetiches*, que tem obstado o seu mais perfeito desenvolvimento, e que até por vezes o tem desnaturado.

A historia de sua vida poderia ser narrada em forma de novella, sob o titulo "aventuras de um tutelado", que tal é ainda hoje o desditoso filho de Themis.

E' por isso que um moderno escriptor chistosamente affirma que *a historia matrimonial do direito é tão aterradora que faz eriçar os cabellos ao mais desbreoccupado e de valor mais provado*.

E á proposito, mesmo porque *je prends mon bien où je le trouve*, procurarei resumir o que á respeito narra o citado escriptor por uma forma jocosa e interessantissima, e ao mesmo tempo rigorosamente verdadeira.

Diz elle que o *direito* jámais contrahio matrimonio

algun por sua propria vontade, e somente por imposição e capricho de seus implacaveis tutores.

Que, sendo ainda mui jovem, o casaram em primeiras nupcias com duas senhoras esquentadas, intolerantes e avinagradas, (a Theologia e a Philosophia), as quaes durante muitos seculos o tiranisaram de tal modo, que mal se apercebia a sua existencia ; e para cumulo de sua desdita o odio de morte, que entre as duas esposas ha sempre existido, transformou-lhe a casa em um inferno e fez d'elle a victima obrigada, de modo que o pobre marido, já farto de soffrer, procurou fugir d'ellas e atirou-se por esse mundo de Deus em busca de paz e socego.

A sua má estrella, porém, fel-o enccntrar com a Diplomacia e a Politica, duas damas de bom aspecto, porém tão intrigantes, altaneiras e enredadoras, que a primeira lhe ha creado um conflicto diario, e a segunda fazia-lhe taes exigencias, que o infeliz Direito, já abatido e estropiado pelos desgostos de suas duas primeiras consortes, chegou a ficar tão *torcido*, que não havia meio de conhecê-lo.

Ligaram-no ainda com a Guerra, que é a negação do Direito, com a Administração, que só vive de meios tortuosos e até com a Historia, que de todas as ligações foi a mais sensata e a que menos prejudicou-o.

Succedeu, porém que, apesar d'essas novas ligações, conservaram-se todas as antigas consortes agarradas ao pobre Direito, de sorte que o seu completo aniquilamento era de receiar.

E eis que, quando ia de mal a peor, se hão d'elle apoderado n'estes ultimos tempos, varias filhas da Philosophia, que sem a severidade e alto juizo da velha mãe se têm revelado mais absorventes e pretenciosas. E ao sentir hoje os primeiros symptomas da natural reacção, sua immensa desdita traz á cabeceira de seu leito de agonia, para consolo de suas amarguras conjugaes, loucas tão rematadas como a Frenopathia e a Psychiatria, mulheres tão impudicas como a Physiologia e a Medicina, fartas de *rodar* pelos hospitaes e exhibir sua nudez e misérias pelos amphitheatros, e finalmente esse ser hybrido e ainda não bem definido, que se chama Anthropologia.

Eis resumidamente a historia dos *casamentos* do direito, feita pelo escriptor, a que acima me refiro ; e embora com risco de desagradar, sempre direi que, apesar de me parecerem exageradas algumas das apreciações ali feitas, não se pode todavia deixar de reconhecer que ha n'ella grande fundo de verdade e que o desditoso Direito não tem marchado com a pujança e altivez que lhe são congenitas, por causa d'esses *polypos* e excrescencias multiformes que traz agarrados a si e que depauperam o seu vigoroso organismo.

Mas á par de tudo isso ha ainda um *philoneismo* exagerado e mal entendido, que tem feito desviar os juristas contemporaneos do bom caminho, pelo qual deviam enveredar para collocar o direito civil ao nivel das actuaes exigencias sociaes.

*
* *

Não me considero velho e atrasado em direito, nem sou dos que se insurgem contra tudo o que é innovação. Ao contrario, desde que penso que o direito é o producto da cultura social, não posso absolutamente admittir que o direito de hoje seja o mesmo, já não digo dos tempos medievaes ou dos romanos, mas do seculo passado ou da primeira metade d'este seculo.

Faz-me, porém, mal aos nervos ver o modo descortez e incorrecto, pelo qual os que pomposamente se denominam *positivistas* em direito, se referem ás doutrinas ensinadas por homens da estatura de Puffendorf, Grocio, Binkershoe, Rousseau, Tronchet, Merlin, Domat, Guelfi, Bentham, Bacon, Gabba, Mattiolo e muitos outros de igual notabilidade, todos os quaes são desdenhosamente denominados *metaphysicos* e suas doutrinas *aprioristicas*, e sem valor algum na investigação scientifica do direito.

E chega a tal ponto a intolerancia dos neophitos do positivismo, que, quando envolvidos em qualquer discussão scientifica, costumam cortar todas as difficuldades, classificando de *apriorismo* e como tal não merecedor de discussão, tudo o que não é ensinado pelos fundadores da nova escola.

Para elles sómente tem valor a investigação scienti-

fica do direito, quando dá como origem das principaes instituições actuaes o estudo das sociedades dos animaes inferiores, ou ao menos dos costumes instinctivos dos precursores do homem, e quando vae buscar essa origem nas cavernas onde estão sepultados os veneraveis restos do homem do periodo quaternario, e faz deduzir o fundamento racionnal de ditas instituições das excitações dos ganglios, do desdobramento das cellulas ou de outros phenomenos physiologicos da mesma natureza.

Tudo o que não for isto, é metaphysica, apriorismo e atrazo, que nem mesmo merece ser tomado ao serio em uma discussão qualquer. E assim atiram sobre a cabeça dos infelizes *aprioristas* com um punhado de *antropoides*, ou com a *pangenesis* de Darwin ou com a *perigenesis* de Haeckel, e por esse modo sem maior trabalho julgam ter resolvido todas as questões relativas á organização da familia e da propriedade e, o que é mais, aos contractos e disposições *mortis causa*.

E' contra esse exclusivismo intolerante que não posso deixar de me insurgir; porque, além do mais, parece dar razão aos que affirmam que em direito *o novo não é bom*.

Não; em direito ha ou pelo menos deve haver muito *novo*, que é *bom*.

O que não é bom, nem conveniente é esse trabalho de demolição cega de tudo o que se ha produzido até hoje, para se reconstruir o edificio do direito sobre novas bases, que de *novas* só tem o nome, mas que são de natureza identica ás antigas.

O que não é bom, nem conveniente, é negar a pés juntos a verdade de todas as investigações scientificas, por se fundarem em *hypotheses*, e entretanto assentar em outras *hypotheses* a doutrina que se quer estabelecer.

De facto, digam o que quizerem, a verdade é que a paleontologia, a paletnologia e a biologia, em que principalmente se estriba a escola positiva, ainda estão longe de ter outras bases, que não *hypotheses*, embora declarem usar sómente do methodo inductivo em suas investigações.

Não basta partir de observações para dizer-se que

se usa do methodo inductivo e se deve obter resultados certos e incontestaveis. Não basta a descoberta de silex aguçados ou outros restos do genio industrial dos contemporaneos do grande urso das cavernas e do mammoth, construidos com materiaes differentes das naturaes e ordinarias do terreno em que foram encontrados, para se affirmar de um modo certo e evidente que nessas epochas antediluvianas já estava estabelecido o commercio entre os homens.

Quem será tão ingenuo que não veja ahi uma hypothese e subtileza igual a de todos os methaphysicos havidos e por haver?

A descoberta dos fosseis é cousa certa, palpavel e evidente; a conclusão, porém, que d'essa descoberta se quer tirar é que não é um producto de methodo inductivo.

Será uma presumpção ou uma probabilidade mais ou menos plausivel, porém, nunca um resultado constatado pela experiencia, e cuja verdade pode ser apreciada pelos sentidos, como adiante provarei.

Por outro lado a biologia incide em iguaes faltas; e para bem aquilatar o seu *adiantamento*, basta ponderar que o *phenomeno da vida* ainda não foi scientificamente explicado, apesar de tudo o que a respeito se tem escripto e das innumeradas observações e experiencias, a que os sabios se têm entregado.

Pode-se mesmo dizer que o mysterio da vida ainda está por descobrir; o que fez com que Claude Bernard, aliás insuspeito, confessasse a impotencia da sciencia na definição desse mysterio, dizendo que — « a vida é aquillo que faz com que um ovo de gallinha e um ovo de rouxinol constituidos exactamente da mesma maneira e com a mesma composição chimica, produzam um uma gallinha, outre um rouxinol. »

Demais quem não vê todos os dias novas observações, e novas hypotheses surgirem no campo da sciencia, fazendo desaparecer os resultados de observações e hypotheses anteriores, que até então eram tidas como scientifica e indestructivelmente provadas? E sendo assim, só o *philoneismo* cego de que já fallei, pode produ-

zir essa intolerancia perniciosa de escola, que julga ter dito a ultima palavra sobre a genese e formaçã do direito, como si a prehistoria fornecesse dados mais certos do que a historia e as sciencias naturaes tivessem mais intima relação com o direito do que as sociaes. \\\

Além d'isso a paleontologia e principalmente a paletnologia ainda não partem de principios certos, devidamente constatados pela observação e unanimemente acceitos pelos sabios.

Ao contrario grandes divergencias têm havido acerca da epocha do apparecimento do homem prehistorio e de seu desenvolvimento; e varias tambem são as subdivisões dos periodos, ou series fossilíferas, estabelecidas aliás de accordo com as stratificações geologicas.

Cuvier, considerado como o creador da paleontologia, nega a existencia do homem fossil.

Mas, quando mesmo se não possa argumentar com a opinião de Cuvier, pois que em seu tempo ainda não estava fundada a paletnologia, a verdade é que ainda hoje subsistem as duvidas e divergencias, que acima indiquei.

E', assim que, si De Quatrefages affirma a existencia do homem no ultimo periodo da idade mesolitica ou secundaria, por se terem encontrado vestigios da existencia de mammiferos n'essa epocha; si outros, como Sergi e Kolmann, dão como provada a existencia do homem no periodo terciario, mesmo porque as epochas terciaria e quaternaria têm uma fauna commum e distincta da epocha antecedente, razão pela qual têm ambas a denominação de *cenozoica*; si ainda outros põem em duvida esse facto por não se poder affirmar si o homem terciario era verdadeiramente um homem com os caracteres morphologicos de sua especie, ou um precursor do homem, o que deu origem á theoria de Abel Hovelacque sobre o precursor do homem da epocha terciaria, descrevendo um typo medio, participando dos caracteres do homem e do antropoide; si por outro lado Hamy distingue o homem miocenio do pliocenio, dando os caracteres physicos e psychicos de um e outro; e si finalmente a maioria dos paletnologos só admittte como provada a

existencia do homem no periodo quaternario, claro é que as descobertas até hoje feitas ainda não puderam irradiar bastante luz sobre a questão, de modo que se possa com criterio certo affirmar a verdade da theoria basica da paletnologia.

E sendo assim, não vejo razão para que os juristas queiram *ser mais realistas do que o rei*, só admittindo como verdade em direito o que se basear em dados paleontologicos ou paletnologicos, quando entre os proprios cultores d'essas sciencias ha ainda duvidas e divergencias tão profundas, aliás sobre pontos capitaes.

Essas sciencias podem e devem fornecer subsidios para o estudo da genese de alguns institutos juridicos actuaes; mas nem os seus subsidios são os unicos scientificamente admissiveis, nem são mais certos do que os fornecidos pela historia e até pela tradição.

E' talvez por isso, ou não sei por que associação de idéas, que, quando se trata d'essa nova escola de direito, recordo me sempre da fabula do astrônomo, que cahio em um poço, porque, enquanto procurava estudar o que se passava no céu, esquecia-se de verificar o que estava na terra e junto a si, não sabendo mesmo o terreno, em que pisava.

*
* *

O direito civil até pouco tempo escapou, ou pelo menos foi pouco affectado por essa influencia innovadora, que tem feito uma completa revolução no estudo da philosophia do direito e do direito criminal.

Ultimamente, porém, dois notaveis escriptores italianos, Enrico Cimbali e Giuseppe D'Aguanno, tem procurado, cada um por seu lado e sob pontos de vista differentes, dar nova orientação ao estudo do direito civil, quebrando os velhos moldes e transpondo os antigos limites, que atrophiavam o desenvolvimento d'esse tão importante ramo das sciencias juridicas.

Não posso, porém, tecer iguaes louvores a ambos esses juristas; porquanto, si o primeiro, tratando da *Nova phase do direito civil em suas relações economicas e sociaes*, fal-o de um modo discreto e racionaal, analysando

os institutos legaes que já não correspondem ás verdadeiras necessidades da sociedade moderna e indicando as modificações que devem soffrer taes institutos e a nova orientação que convem dar-lhes, bem como estabelecendo o methodo racional para a distribuição das materias, que devem formar um futuro codigo de direito privado social, o que tudo é de transcendental importancia e utilidade, o mesmo, porém, não é possível dizer do segundo.

Este (D'Aguanno) em sua obra *La genesi e l'evoluzione del diritto civile, seconde le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociali*, revelando aliás uma erudição não commum e jogando com os dados mais recentes da antropologia, sociologia, geologia, paleontologia e paletnologia, para concluir que a sociedade é um grande organismo regido por leis semelhantes ás que governam o mundo organico, e que se podem reduzir a duas a *herança e o ambiente*, resente-se entretanto dos defeitos oriundos do exclusivismo de escola e talvez por isso mesmo deixa de dar a orientação mais proveitosa ao estudo do direito civil e incorre até em contradicções, que não eram de esperar em tão distincto escriptor.

Não pretendo, nem é possível em um escripto d'esta natureza, fazer a critica da obra do erudito escriptor, quando mesmo me não fallecesse competencia para tanto.

Apontarei, porém, uma das incoherencias mais fri-santes, que ali se nota, mesmo porque não quero deixar sem prova a censura feita.

Tratando da genese da personalidade juridica diz o citado escriptor:

« In un'epoca primitiva, si é visto, non é a parlare di sentimenti giuridici propriamente detti, e quindi neanche di norma di condotta sociale. L'uomo vive come meglio può, riunito temporaneamente coi suoi simili, menando una vita nomade, e procurandosi il nutrimento con una lotta aspra e continua. Si é visto che in quelle condizione il suo egoismo dovea esser più che altro la sua norma di condotta, e che, nei rapporti privati cogli altri membri del gruppo, il fondo della sua morale dovea limitarsi a pochi scambi di servigi.

« Ognuno dovea difendersi da sé dalle altrui ingiurie,

e quindi non può dirsi fossero nati rapporti giuridici di diritto privato, etc. »

Ainda quando trata da *inducção paletnologica sobre a genese do direito*, o mesmo escriptor, estudando a humanidade prehistorica, depois de affirmar que a condição da existencia do homem primitivo era uma lucta cruel e continua para viver, lucta com a natureza, lucta com os animaes ferozes, lucta com os outros homens, e tudo isto com uma linguagem imperfeitissima e carencia completa de tudo quanto era necessario para a existencia humana, dominando além d'isso uma verdadeira promiscuidade pela agglomeração confusa dos individuos nas cavernas, onde se abrigavam contra os rigores do clima e os assaltos das feras, não podendo assim haver o sentimento domestico e portanto a familia e a propriedade, conclue do seguinte modo :

« E come niuno potea avere in proprio una famiglia ed una proprietá, così nessun altro diritto veniva garantito all'individuo ; appunto perché ancora nou si sapeva concepire l'individuo come un *subjectum juris*. »

Finalmente, tratando do homem primitivo, *considerando sob o ponto de vista psychico*, ainda conclue pelas seguintes palavras : « ci debono ora far conchiu dere logicamente che la sua (vita) era una vita che potrem chiamare vegetativa, in cui, cioè, unico intento era quello di soddisfare i bisogni organici.

Pois bem, esse mesmo escriptor, que assim se exprime sobre o homem primitivo, diz entretanto que « *é appunto nel periodo quaternario che noi possiamo reinvenire la genesi e lo sviluppo primo del diritto in genere e dei principali istituti giuridici in ispecie.*

Ora, si isto não constitue uma verdadeira contradicção, que aliás põe patente a inanidade da base scientifica da nova escola (si é que se pode dizer nova uma escola, formada do antigo utilitarismo e do positivismo de Comte e Littré com atavios de Spencer e amenidades antropologicas, como já alguém a qualificou), então confesso ingenuamente que a minha intelligencia, talvez por não ter ainda podido comprehender a relação intima, que ha, *entre a descoberta de um osso humano com fractura con-*

solidada e a existencia de um Nélaton pitecoide, é impotente para attingir ás alturas, em que pairam os cultores d'essa sciencia, que hão creado uma linguagem nova, na qual não está incluída a palavra incoherencia.

De facto, para mim e para todos que desconhecem os mysterios do novo *fetiche*, é fóra de duvida que si o homem das cavernas vivia do modo rudimentar e de *isolamento juridico*, em que o descreve D'Aguanno, si tinha uma vida simplesmente *vegetativa*, cujo unico intento era satisfazer as necessidades organicas, e isto por meio de uma lucta constante contra todos os elementos, si nem mesmo é possivel suppôr então a existencia da familia e da propriedade (os dois institutos basicos de todo o direito), si finalmente por tudo isso não se podia conceber ainda o homem como um *subjectum juris*, então é força reconhecer que impossivel é filiar a origem dos *principaes institutos juridicos* a uma epocha, na qual nem mesmo o embryão do direito estava formado.

Note-se que argumento com as mesmas palavras de D'Aguanno, para mostrar que as proprias inducções paletnologicas são contrarias á filiação dos institutos juridicos *em especie* á epocha a que elle se refere; e que portanto a nova escola de direito em sua *febre naturalista* contraproducentemente funda-se na paletnologia, quando affirma aquillo, que é contestado por essa mesma sciencia.

Infelizmente não tenho tempo, nem espaço para demonstrar (o que talvez um dia faça) que os proceres da escola positivista do direito tem levado tão longe os seus exaggeros, que afinal chegam em ultima analyse—a affirmar o mesmo que affirmavam as velhas escolas, isto é, que *o homem é um ente capaz de direitos, independentemente da sociedade e do poder social*; o que importa nem mais, nem menos do que a adopção da antiga e absurda theoria dos *direitos innatos*, que elles mesmos tanto ridicularisam.

E' por estas e outras razões que acima affirmei terem de algum modo razão aquelles que dizem que em direito *o novo não é bom*.

*
* *

Preciso se faz que fique bem claro o meu modo de

pensar a respeito do actual movimento scientifico do direito.

Não nego (mesmo porque seria negar a evidencia) que entre o grande numero de obras, revistas e quaesquer outras publicações juridico-positivas que ultimamente tem apparecido na Italia, França, Allemanha e até mesmo na Inglaterra e Hespanha, ha muitos trabalhos de merito indiscutivel e de interesse scientifico e pratico, que não podem escapar á attenção dos juristas e legisladores e mesmo d'aquelles, que iniciam o estudo do direito, em razão dos grandes subsidios, que fornecem para esse estudo.

Mas deduzir d'ahi que todo o material scientifico juridico, accumulado durante tantos seculos, que todos os monumentos de legislação de um povo devam ser derrocados e considerados imprestaveis, sómente porque fundam-se em bases apriorísticas e são productos da *razão humana* e do methodo deductivo e não da observação e do methodo inductivo é simplesmente pretender que a organização juridica de um paiz, formada de accordo com as tradições e costumes do povo, possa estar á mercê das velleidades scientificas de qualquer philosopho-jurista ocioso, que sob o pretexto de coherencia, quer implantar na vida pratica a intolerancia da escola, a que é filiado e fora da qual nada pode admittir como verdadeiro.

A cada cousa o seu lugar. Não é *mettendo as mãos até os cotovellos* em prehistoria e induções antropologicas, que se poderá estudar a sociedade moderna, as suas necessidades e as reformas que convem ser feitas na legislação e doutrina para collocar o direito civil ao nivel d'essas mesmas necessidades.

Pode ser mais original e mesmo mais delectavel estudar o passado, lendo a historia da humanidade primitiva, gravada nas rochas antidiluvianas; tanto mais quanto ha nesse estudo muito pasto para os devaneios da imaginação. Com certeza, porém, é mais proveitoso e de maior utilidade pratica o estudo do presente, para que se possa architectar as bases de um melhor futuro.

Pois bem, o que censuro nos civilistas é justamente esse abandono em que tem deixado o estudo das actuaes

instituições jurídicas, comparativamente com o estudo economico, industrial e scientifico da epocha, para se agarrarem, uns exclusivamente ao direito romano, de cujo espirito nada é capaz de affastal-os, e outros a esse afan demolidor de tudo o que existe no terreno do direito, que não tenha sido argamassado com materiaes naturalisticos.

Aquelles podem ser considerados verdadeiros sectarios do *sintismo* juridico, verdadeiros *chins* na litteratura do direito; estes ao contrario affiguram-se-me outros tantos pregadores da doutrina do Amaury de Béne, fundando o novo reino do Paraclito e para isso arrasando tudo o que fôra construido, sem deixar pedra sobre pedra no campo do direito.

Uns e outros, porém, embora por caminhos oppositos, chegam ao mesmo resultado, que é a stagnação do direito civil no meio das correntes impetuosas, com que as sciencias, artes e letras procuram correr para o vasto oceano da civilisação e ahí misturar suas aguas. Tanto é certo que os extremos se tocam!

Pois bem, é preciso quebrar esses diques, que por tantos seculos têm represado a corrente do direito civil, transformando-o em um Asphaltite social, incompativel pela densidade de suas aguas com a vida das sociedades modernas.

E' preciso estabelecer a verdadeira escola de direito que poderei chamar positivo-naturalistica-social, não com a orientação que tem tido a escola positiva, a qual sómente poderá servir para satisfazer a vaidade de sabios, pretensos ou verdadeiros, sem que, porém, produza resultados praticos, que ao menos possam sanear a atmosphera juridico-social, expurgando-a dos miasmas medievales, que têm produzido a cachexia em seus principaes institutos; mas com um novo objectivo, com uma intuição propria do seculo, não se occupando exclusivamente do que foi a humanidade, mas principalmente do que é e do que deve ser.

Si é util lançar mão dos dados fornecidos pela geologia, biologia, antropologia, paleontologia e paletnologia, para applical-o ao estudo do direito civil, muito mais

proveitoso será para esse ramo de direito que se procure desenvolvê-lo, tomando por ponto de partida a *historia* de cada um de seus institutos comparativamente com o estado economico, politico e industrial, de modo que sejam reformados todos aquelles, que não tenham acompanhado esse progresso, applicando a essas reformas, no que for compativel as recentes descobertas da physica e chimica, bem como os elementos fornecidos pela psychiatria.

A razão d'isto é obvia. Si o direito criminal estuda o homem principalmente como individuo, considerando-o sob o ponto de vista physiologico, o mesmo se não pode dizer do direito civil, que o considera especialmente sob o ponto de vista sociologico, como membro da sociedade civil, cujos direitos e obrigações para com os outros membros da mesma sociedade são por elle estabelecidos e regulados.

E sendo assim, claro é que as sciencias propedeuticas e auxiliares do direito criminal não podem ser as mesmas do direito civil, embora algumas lhe possam ser uteis em certos e determinados pontos.

Quem desconhece a enorme revolução industrial e economica, que tem produzido as recentes descobertas da physica e chimica ?

Quem não vê quanto estão alteradas as relações de individuo a individuo depois das innumeras applicações da electricidade, que tem superado as difficuldades oriundas do tempo e espaço, creando quasi um estado permanente de continuidade e contiguidade ?

E como desprezar essas forças, deixando de applicalas ás relações juridicas, quando já foram ellas fatalmente applicadas ás relações economicas, estabelecendo em novas bases a Economia Politica pela transformação radical dos conceitos do capital e do trabalho ?

E' para esse *desideratum* que principalmente deveriam convergir os esforços dos juristas contemporaneos.

O escriptor, a que me refiri no principio d'este artigo, pretende fazer applicação do phonographo á testamentifacção, e mostra de modo evidentissimo a praticabilidade e vantagens d'esse meio de declaração da ultima vontade, que, além do mais, tem o effeito de reproduzir

perante os herdeiros a voz authentica do testador, trazendo assim a melhor e mais viva recordação de sua existencia.

Pois bem, penso que, si o engenhoso apparelho aperfeiçoado por Edison, pode ser com vantagem applicado á facção testamentaria, constituindo um meio termo entre o testamento escripto e o nuncupativo e substituindo a um e outro, pode tambem com iguaes, senão maiores vantagens, ser applicado ás estipulações e convenios, por ser o meio mais pratico e infallivel de fazer bem observar a base fundamental dos contractos, que é o perfeito conhecimento da vontade das partes contractantes.

De facto, collocadas as partes contractantes e respectivas testemunhas perante o apparelho, ahí discutirão todas as bases da negociação que pretendem firmar e afinal estabelecerão o accordo definitivo; depois do que as testemunhas declararão ter estado presentes ao acto, declarando todos os seus nomes e demais caracteristicos, que os tornem bem conhecidos, bem como quaesquer circumstancias, que entenderem conveniente.

O *phonograma* será o instrumento do contracto; instrumento, esse cuja authenticidade é facilmente constata, e que em todo o tempo fará remover quaesquer duvidas, que possam apparecer na interpretação das clausulas do mesmo contracto.

Haverá por esse meio maior economia de tempo e mais perfeito conhecimento da intenção e vontade das partes contractantes, visto como será sempre possivel reproduzir tudo o que ellas estipularam, evitando-se assim as retratações e duvidas acerca do que cada uma disse.

Não pretendo, nem me é possivel, fazer a enumeração das applicações, a que se podem prestar o phonographo e outros apparelhos semelhantes para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das relações juridicas. Quíz apenas despertar a attenção dos doutos e competentes.

Os que cultivam o campo do direito civil não podem deixar de applicar ao amanho do terreno juridico esses novos meios, descobertos pelas sciencias phisicas, e que n'elle farão brotar novos institutos e tornarão mais viçosos e productivos os que já não podem produzir bons fru-

ctos, por estarem ainda sujeitos á velha rotina, a qual é impotente para inocular-lhes a seiva de que precisam para a sua completa expansão.

Seja este o objectivo da verdadeira escola positiva, doutrinada pelos civilistas e o direito civil tornar-se á o que effectivamente deve ser, isto é, o producto da cultura social.

Olhem os juristas para o passado sómente tanto quanto baste para bem oriental-os no caminho do futuro.

Excusadas, porém, são essas investigações exageradas para se obter resultados, que só apparentemente são filhos da observação, mas que em ultima analyse não passam de meras hypotheses e nada tem de positivos.

Lembrem-se de que por muito olhar para traz a mulher de Loth, segundo resa a tradição, foi convertida em estatua de sal.

*
* *

Tudo o que deixo escripto pode não ser mais do que o producto da irritação de nervos, que me tem causado o ouvir todos os dias apregoar-se como *dogmas* as affirmações da que hoje se intitula escola juridico-positiva-naturalistica, a ponto de ser fulminado com a excommunhão de *apriorismo* (que é synonymo de ignorancia e atrazo) todo aquelle, que não acceitar cegamente essas affirmações.

Si assim é, nada mais me resta do que pedir ao benevolo leitor, que houver tido a *insigne coragem* de lêr-me até o fim, que tenha tambem a magnanimidade de esquecer o que leu; pois que com esse esquecimento posso talvez escapar á devida punição, por ter subido com azas de Icaro a alturas que me eram inaccessiveis.

Si, porém, no que fica escripto ha alguma cousa de verdade, ou alguma idéa aproveitavel, então tambem peço aos competentes, que a vivifiquem com suas luzes, dando-lhe o brilho e esplendor, que eu nem mesmo pude em prestar-lhe.

Assim prestarão o relevante serviço de quebrar esse *idolo com pés de barro*, que hoje se impõe á adoração dos juristas, e ao qual se pode com verdadeira propriedade

applicar o *credo quia absurdum*; e libertando o direito civil da influencia d'esse *fetiche*, poderão dar-lhe o merecido impulso, afim de que possa elle satisfazer as exigencias da sociedade moderna.

Quanto a mim, si me sobra vontade para tal empreza, falta-me entretanto a competencia.

DR. ADOLPHO CIRNE.

