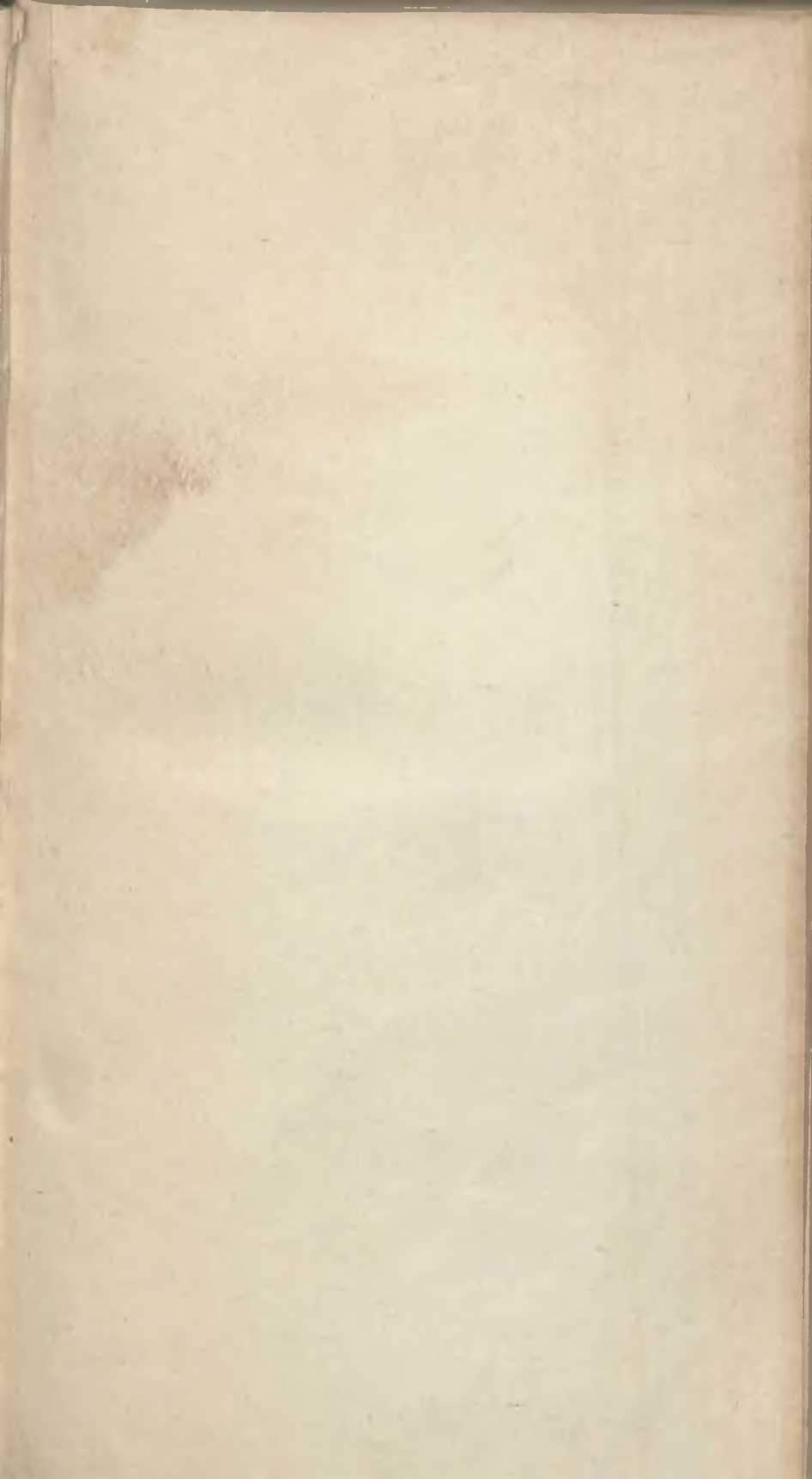








DR. CLOVIS BEVILAQUA

REVISTA ACADEMICA

DA

Faculdade de Direito do Recife

ANNO VI ✓

Commissão de Redacção:

ADOLPHO CIRNE.

JOÃO VIEIRA.

EUGENIO DE BARROS.

PHAELENTE DA CAMARA:

CLOVIS BEVILAQUA (redactor principal)



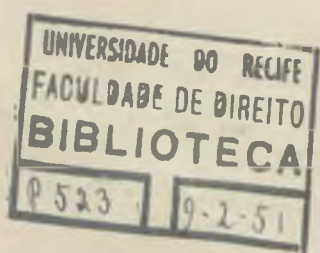
RECIFE

HUGO & C^a

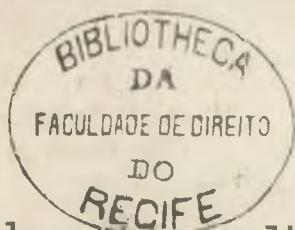
Rua Quinze de Novembro n. 79

Papelaria Americana

1896



REVISTA ACADEMICA



O problema da codificação do direito civil brasileiro

Agora que de novo se agita no parlamento nacional a idéa de se dotar finalmente o Brazil com um código civil, é natural que todos, os que estremecem a patria brasileira e os que se interessam pelo desenvolvimento do direito, façam votos pela crystallisação dessa idéa em realidade, revestindo ella, nessa metabole, as formas mais puras e mais resistentes. Valem por votos dessa natureza as considerações que se vão seguir. Despidas, embora, de qualquer valor puramente scientifico, transformam-se e depuram-se, desde que assumem a feição de simples manifestações votivas. Os crentes offerecem flores ao objecto de sua adoração, quando flores podem colher, os que não o podem, offerecem a candidez de seus espiritos. Que extraordinario é que os homens que se consagram á vida gnostica offereçam a forma sincera de seu pensamento, valioso quando é possível ser, sincero em todo caso.

I

Todos os povos, em um dado periodo de sua civilização, têm visto erguer-se deante de si, barrando-lhes a estrada por onde têm de seguir, este problema da codificação. E sempre é preciso resolvel-o, pela affirmativa, acceitando a systematisação das leis em um código, ou pela negativa, mantendo o direito costumeiro ou a legislação dispersa. Mas real do que a esphinge que a colera

de Juno creára, segundo consta da mythologia hellenica, a esphinge social ameaça tragar aquelles individuos e aquelles povos que não sabem decifrar-lhe os enigmas propostos. E' impossivel afastar a difficuldade com expedientes protelatorios, por que elle voltará sobre seus passos, e porque é intoleravel que não procurem comprehender o grau de urgencia das necessidades sociâes, aquelles a quem o destino confiou a tarefa escabrosa de dirigir os povos.

Enfrentemos nós os brasileiros mais uma vez esse temeroso problema, que já nos tem consumido muitas energias mentaes, sem equivalentes vantagens para a communhão social: — Ha realmente vantagem para um povo em codificar as suas leis civis?

Não me seduz reeditar agora, em dessorado escorço, a brilhante contenda entre Savigny e Thibaud, e da qual nos deu conta, entre nós, o conselheiro Ribas (1). Mas, encarando o mesmo assumpto, é natural que entre as considerações adduzidas por mim sobrenadem alguns dos argumentos dardejados nesse combate memoravel.

Diz-se que o direito não vive somente na lei, mas principalmente nos costumes que insuflam sangue e vida no mechanismo inanimado da lei, e, portanto, pretender ajoujar o direito nos moldes inflexiveis de um codigo importa o mesmo que sopitar lhe o natural desenvolvimento, atrophial-o, ankylosal-o, deformat-o, tornando-o de todo improprio para desempenhar as funcções a que se destina, como esses minusculos pés das chinezas elegantes que offerecem uma base insufficiente para suporte dos corpos donairosos que lhes cumpre apoiar.

E' certo que os codigos não offerecem a flexura dos costumes, mas o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéas, em segurança de interesses, em cerceamento do arbitrio dos depositarios do poder (2). E estas ultimas vantagens compensam largamente aquella qualidade perdida. Além

(1) *Curso de direito civil brasileiro*, I p. 299-304. Vide tambem Lermnier, — *Introduction générale à l'étude du droit*, seg. ed. p. 270-281.

(2) Conf. Jhering, — *El espíritu del derecho romano*, trad. Satorres, Madrid, 1895, II p. 42 e segs.

disso, o argumento parece presuppôr que os codigos são como esses monumentos megalithicos, talhados para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos, erectos, immoveis, inerradicaveis, rujam em torno, muito embora tempestades, esbarrondem-se imperios, sobrem civilisações. Porém os codigos, segundo já o reconhecera Justinianus (Cod. 1, 17, liv. 2 § 18), não são obras divinas para pretenderem a perfeição e a perpetuidade: quia divinae quidem res perfectissimae sunt humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit: multas enim formas edere natura novas deproperat: non desperamus, quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si o imperial legislador romano afastava do animo ambicioso a illusão da perpetuidade, como tel-a-íamos os modernos minados pelo carcoma do scepticismo?

Em bôa lgica, se podem comparar os codigos com os systemas philosophicos, e não lhes trará desdouro sinão gloria a comparação. Estes concretisam, numa forte synthese, uma concepção do mundo victoriosa em certos cerebros ou em certo momento historico, e servem, ao mesmo tempo, de poncto de repouso aos espiritos, satisfazendo plenamente as suas necessidades mentaes por algum tempo. Depois, como a intelligencia trabalha incessantemente, investiga e analysa tenazmente toda a phenomenalidade que a impressiona, os moldes do systema philosophico não tardam a accusar sua estreiteza, e o que era esplanada de repouso, transforma-se em circulo de oppressão. Forçoso é que se quebrem essas cadeias, alargando os ambitos da doutrina, ou remontando os espiritos a regiões mais altas onde mais amplos horisontes se desdobrem. Assim os codigos. Steriotypam elles a forma do pensamento juridico em um certo momento da civilisação de um povo, e, si forem vasados em bons moldes, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades sociaes, pois que é seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfacção. Repousam os espiritos, dominada a inquietação que os agitava, e as actividades se desenvolvem livremente á sombra protectora das leis. Para que seja mais duradouro,

o código deve traçar somente os lineamentos essenciaes dos institutos, o bastante para accentual-os bem e permittir que se desenvolvam segundo os elementos de vida que naturalmente encerrem ou que lhes tenham sido implantados. Entretanto, por maior amplitude que offereçam os seus principios, um dia esse tegumento do organismo juridico estalará, forçado pelo engrandecimento continuo dos institutos, pelo apparecimento de formas e orgams novos. Será necessario, então, retocar o edificio primitivo ou levantar outro inteiramente novo, onde, se poderão aproveitar as pedras e as vigas que restarem aproveitaveis.

Porém não confrontemos mais um código, ultima e mais perfeita expressão do direito escripto, com o direito consuetudinario; a) porque só excepcionalmente vemos esta forma antiquada, e certamente barbara por sua incerteza, persistir teimosamente em alguns paizes cultos; b) porque os juristas estão hoje convencidos de que os exaggeros da eschola historica em relação ao direito costumeiro só se justificam como uma reacção natural contra a theoria erronea de que o direito nasce directamente do arbitrio do legislador (3); c) porque apreciando-se o desdobramento do direito, desde a sua fluidez e homogeneidade primitivas em busca de formas definidas e solidas por onde se traduza a plenitude da consciencia juridica e da perfeita disciplina dos interesses, observa-se a passagem da lucta desordenada para a subordinação descontínua das sentenças, destas para o direito costumeiro, e deste para o escripto, cuja expressão mais perfeita se encontra nas systematisações dos códigos (4).

Consideremos o direito escripto disperso em leis e systematisado em códigos. Custa a crer que alguém

(3) Quem sinceramente repeteria hoje as seguintes palavras de Stahl: A codificação destróe por toda parte, ou, pelo menos relaxa, as mais solidas relações de direito, altera a consciencia juridica, acabando, em muitos casos, com a sua ingenuidade. " O desconcerto deste pensamento, a sua incongruencia com a realidade dos factos é manifesta. Os romanos e mesmo os gregos já tinham reconhecido a inferioridade do direito costumeiro.

(4) Vide a minha *Formula da evolução juridica* na *Criminologia e Direito*, Bahia, 1896.

não se renda logo á evidencia, desde o momento em que observe a unidade e a harmonia que dominam em um código fazendo d'elle um systema completo e integro, um verdadeiro organismo jurídico, e faça a sua comparação com as leis dispersas surgindo em epochas differentes, dominadas por principios e sentimentos diversos, que muitas vezes repugnam a qualquer systematisação.

Mas insistem: as codificações tornam o direito estacionario, impossibilitando-o de corresponder ás necessidades economicas do paiz. Assim se expressa, entre outros, Georges Fazy, escriptor suiso, que nos aponcta o exemplo da França, onde, apoz a crystallisação do direito civil em código, como que morreu o elemento progressivo que o impulsava, onde o direito civil deixando de ser creado pela acção de todos, não poudeser mais “ *uma vegetação dos costumes publicos e privados*, e, segundo uma antiga locução, o espelho de um povo ” (5). Porém esses que assim se expressam, mostram-se extranhamente esquecidos de que essa malsinada codificação assignalou sempre um progresso ao estado do direito *imediatamente* anterior, seja na França do começo deste seculo, seja ainda no imperio romano; porquanto, si as compilações justinianeas não constituem a mais bella floração da vigorosa vegetação juridica dos romanos, é incontestavel que traduzem um estado de consciencia juridica incomparavelmente superior ao que determinára o fracassar do colosso romano sacodido pelas hostes barbaras, que sobre elle se esparrinháram avidas e grosseiras, embora ingenuas e vivazes.

Não repitamos, seduzidos pela auctoridade de Savigny, que os códigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas sómente nas epochas de enfraquecimento em que a consciencia se oblitera, servindo elles de instrumentos, muitas vezes, ao despotismo [que se procura firmar. Cezar, pondera o insigne romanista, concebeu o projecto de um verdadeiro código, naturalmente com o intuito de fortalecer o seu poder; entretanto, dois seculos

(5) *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, apud Raoul de la Grasserie, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901, p. 282.

mais tarde, Papinianus, Ulpianus e Paulus, que foram prefeitos do pretorio, que dispuzeram de credito e amavam o direito, não se preoccupáram com esse pensamento. E' no seculo sexto, quando todo o imperio se dilue depauperado e corrupto que os codigos se succedem: o edicto de Theodorico, o breviario de Alarico, o Papiano, as collecções de Justinianus (6).

Porém um estudo mais desprevenido da historia nos apresentará os factos por outro aspecto. Em vez de serem os codigos uma vegetação abrolhando nos pantanos apodrecidos da decadencia, si acaso ahi se expandem, servem de estorvo, ainda que momentaneo, ao desabar das ruinas, e tentam soccorrer com a segurança dos preceitos do direito ás consciencias conturbadas. Mais normalmente emergem elles nas epochas de maior expansão das forças de um povo, e quando as nações sentem necessidade de affirmar, de um modo convincente e decisivo, a sua unidade, a sua soberania e o seu vigor.

Na primeira categoria estão: o codigo da Prussia, devido á iniciativa de Frederico, o grande, e o codigo civil francez apparecido na epocha em que mais rutilo se projectava sobre a França o brilho das victorias de Napoleão I.

Na segunda categoria entram: o Svod da Russia, organizado por ordem de Pedro, o grande; o codigo civil italiano, promulgado em seguida á unificação politica da Italia, e destinado a consolidar tanto quanto á constatar; os da America latina, vindos á luz depois que as colonias ahi fundadas se julgáram bastante fortes para viverem por si; os codigos de organização judiciaria, processo civil, processo penal e de fallencia indicando os progressos rapidos da unidade legislativa da Allemanha, apoz a victoria sobre a França e a proclamação do imperio (7).

E quem estudar attentamente o movimento de codi-

(6) *Apud* Lerminier, op. cit. p. 278-279.

(7) Este movimento, aliás, já vinha de longo, transformando a agglomeração dos estados allemães, independentes e as vezes hostis entre si, numa unidade nacional superior. Attestam-no, dentro dos limites da vida legislativa, a lei geral sobre as letras de cambio (1848) e o codigo do commercio (1861).

ficação (8) que se iniciou na Europa com o código da Prússia e os da França, agitando a Europa nos queimores de uma febre contagiosa, reconhecerá que, si muito contribuiu para sua intensidade e expansão, poderosa força da imitação, traduzia elle energicamente o estado social da epocha: a fusão de principios differentes que se unificavam para o inicio de uma era nova, de um novo regimen erguldo sobre os escombros do antigo; o esclarecimento da consciencia dos individuos que se affirmavam como força social, postulando a egualdade de todos perante a lei, e garantia de sua livre actividade e de todos os seus interesses legitimos. Lembremo-nos de que os códigos de direito privado vieram geralmente apparecendo apoz a promulgação das constituições politicas, em que a organização social se submettia a moldes novos, mais solidos e mais amplos, e reconheceremos que essas systematisações de leis se vieram completar, convergindo harmonicamente para a formação da nova contextura da vida social.

II

Applicando á situação especial do direito privado brasileiro, as conclusões geraes fornecidas pelos principios agora invocados, recebem ellas um novo reforço.

E' geralmente reconhecida e proclamada a necessidade que temos os brasileiros de codificar as leis que regulam as nossas relações privadas de character geral, de organisarmos um código civil. Realmente bastaria considerarmos que a fonte principal de nosso direito civil è um defeituoso corpo de leis de origem escuria e que se acha em frangalhos, mordido, a quasi tres seculos, pelas

(8) A indicação da epocha em que foram apparecendo alguns dos modernos códigos civis trará grande luz ás minhas affirmações. O código geral da Prússia, concluido depois da morte do grande Frederico, foi posto em vigor em 1794; o civil francez promulgou se em 1804; o da Austria foi declarado executorio em 1811; a Bolivia teve o seu desde 1830, sendo posteriormente revisto em varias epochas; o da Hollanda é de 1839; o do Perú, de 1852; e do Chile, de 1855; o da Venezuela, de 1863, sendo por varias vezes alterado; o da Rumania é de 1864; o da Italia, de 1865; o de Portugal, de 1867; o do Uruguay, de 1868, sendo refundido em 1893; o da Argentina, de 1869; o do Mexico, de 1871, etc.

traças vorazes da decadencia. As *Ordenações philippinas* fôram, como é sabido, publicadas por alvará de 11 de Janeiro de 1603. Mantiveram a feição tradicional do direito portuguez, e esta é a sua mais bella qualidade, porém, apesar disso, e ainda que fossem um trabalho perfeito, já hoje estariam imprestaveis porque a sociedade evolue e se transforma creando necessidades novas e guiando-se por novos ideaes. Mas das *Ordenações* não é a balda mais grave o estarem antiquadas. Seus defeitos intrinsecos, sua fraqueza, sua falta de methodo, fôram apontados desde que olhos de juristas pausaram sobre seus edictos (9).

Além disso, uma circumstancia existe que não pode ser posta á margem. O codigo philippino, preparado para funcção em Portugal, não poderia convir ao Brazil que não deve ser considerado como um simples pedaço de Portugal transportado para a America. Outros elementos ethnicos entráram para a constituição do brasileiro, e contribuíram para modificar o contingente que nos enviou a nossa antiga metropole, embóra fosse elle o mais consideravel. E essa modificação foi mais profunda pela acção do meio physico reagindo sobre a organização social em formação.

A todas estas considerações deve-se accrescentar que as incertezas do direito civil patrio, oriundas, em parte, da incongruencia do codigo fundamental do direito privado com a feição actual da vida nacional, e, em parte, da vasta congerie das leis extravagantes, umas incompletas, inconsequentes outras, sem uma unidade de vistas que as harmonise, reclamam imperiosamente a codificação do direito civil patrio.

Esta incerteza traz vacillante o espirito dos que necessitam do apoio da lei quando seus direitos são contestados, e abre a comporta á chicana que se derrama pelo

(9) Excusado é recordar as pechas que os juristas portuguezes e brasileiros têm descoberto na collecção philippina. Vide Coelho da Rocha, — *Historia do governo e da legislação de Portugal*, Coimbra, 1842, p. 194 e segs; e Ribas, *Curso de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1880, I, p. 112-113. Candido Mendes, introdução ao *Codigo philippino*, procura desviar algumas das accusações feitas ao alludido codigo.

fôro em caudaes devastadoras. Um código, enfeixando os preceitos dispersos, harmonisando-os em um systema, expurgando-os de suas incongruencias, teria o effeito de um verbo creador fazendo brotar da trevosa confusão de um cahos a esplendente eurythmia de um kosmos, as formas em destaque de uma vida que se expande.

Assim o comprehendiram os homens que fizeram a nossa independencia (10), assim o têm mostrado por varias vezes comprehendendo os estadistas collocados á frente da administração publica. São conhecidos os passos dados no sentido de possuirmos uma codificação das leis civis patrias, começando pela consolidação do direito existente, porém que não têm, até hoje, alcançado o objectivo a que se propõem.

Os esforços combinados dos homens de Estado e de juristas de vasta envergadura se têm nullificado pela acção adversa de elementos cuja força negativa difficilmente se percebe.

Comprehende-se que o trabalho dessa prodigiosa cultura juridica alliada a um poderoso senso de analyse, que foi Teixeira de Freitas, não se tenha, afinal, corporificado em um código completo e perfeito. Havia na bella organização mental desse notavel homem do direito uma certa falha que lhe perturbava, muitas vezes, as vistas de conjuncto, e lhe intibiava a tenacidade, na prosecução de um mesmo objectivo, de modo que podia evocar do nada extraordinarios fragmentos, podia mesmo ligar, num corpo cheio de vida, materiaes inertes, mas difficilmente construia um edificio, preparando e montando todas as suas peças. Não recorda, por certo, esse atormentado espirito de Claudio creado por Emilio Zola em *l'Evre*, porque era mais fecundo e mais vasto em sua producção, mas lembra o modo e o tom do ensigne Montesquieu no *Espirito das leis*. Além disso, a *Consolidação das leis civis*, grandioso monumento de construcção diffi-

(10) A lei de 30 de Outubro de 1823 mandou vigorar para o Brazil a legislação portugueza, *enquanto não se organizar um novo código*; a Constituição de 1824, art. 179 § 18 confirmava essa promessa, dando-lhe uma forma de preceito: "Organisar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e da equidade."

cilima, já lhe havia consumido consideravel porção de vigor physico e mental, a poncto de leval-o depois a uma dolorosa crise psychica.

Comprehende-se tambem que as commissões nada de util hajam deixado, porque ha grande numero de trabalhos para os quaes as collectividades são antes nocivas do que vantajosas, nos quaes um só produz mais e melhor do que muitos. Um codigo, obra systematica, cujo valor está, ao mesmo tempo, na clareza dos preceitos, na distribuição logica dos institutos e na unidade superior de vistas que os harmonisa e os apresenta, em todas as situações, como partes do mesmo todo, repelle a cooperação de muitos, quando não estejam estes subordinados á direcção unificadora de um só.

Mas, para explicar a improductividade dos outros esforços, causas mais complicadas têm de ser invocadas, e nem sempre responderão ellas satisfactoriamente aos investigadores. Seriam sómente os labores da politica que inibiram Nabuco de ser o creador de nosso codigo civil? E porque não vingáram os outros projectos, o de Felicio dos Sanctos e o do senador Coelho Rodrigues? Não me proporei a pesquizal-o. Pode mesmo ser que d'ahi surja ainda, finalmente, o ambicionado codigo. Mas para que o tenhamos é necessario, que, acima dos interesses individuaes sempre apoucados quando em confronto com os geraes, acima das imposições das *coteries* e dos partidos, sobresáiam, em victorioso e lucido relevo, as grandes conveniencias da patria brasileira.

III

Fazendo votos para que se realise essa natural aspiração de termos um codigo civil, devemos egualmente desejar que nos dêem um trabalho na altura da moderna cultura do direito e nas condições de satisfazer plenamente ás necessidades que vem attender.

Para isso, creio ser indispensavel que o codigo possua certos requisitos; de character mais sociologico uns, de technica juridica especialmente outros. Disse com exactidão o professor viennense, Ant. Menger, que assim como qualquer trecho de prosa posto em verso não é

poesia, também qualquer compendio de direito civil desdobrado em paragraphos não é um código (11). E na realidade assim é. Um código tem de, ao mesmo tempo, conter e estimular os actividades de um povo, e é preciso saber, ao certo, qual o cravo que deve ser apertado, qual a válvula que deve ser aberta, para que o mechanismo assente em bases seguras funcione e possa conter a vida sob as suas variadas formas, sem trucidá-la, e sem arriscar a desfazer-se estilhaçado, impotente para recalcar as expansões vitais exuberantes que imprudente e desarrazoadamente tencionava abafar.

Já não me quero referir a contextura morphologica, á boa distribuição das materias, á clareza incisiva e sobria dos preceitos, á largueza das syntheses contidas em cada dispositivo, á composição harmonica e bem concatenada do todo. São dictames elementares de logica e technica juridicas bastante vulgares que dispensam qualquer nova justificação de sua necessidade.

Porém as condições de character mais geral, que saem da orbita da technica e da forma externa, que, dizendo respeito á porção mais intima do tecido organico do código, offerecem, por varias faces, o aspecto de condições sociologicas, porque apresentam o direito em funcção como força social, essas condições, digo, pedem que se as recordem, porque nem sempre as tiveram em mente os confeccionadores de códigos.

Bluntschli assignou como essenciaes na elaboração de um código civil dois factores: as tradições nacionaes e a theoria das escholas (12), ou, por outras palavras, a tradição nacional que representa o elemento relativamente fixo do direito, e a doutrina scientifica de onde lhe vem o elemento progressivo.

A tradição de facto é um principio essencial da vida do direito, representando a lei da hereditariedade applicada a esse phenomeno de ordem social. Quem se propuzesse a legiferar rompendo com o passado faria como

(11) *Il diritto civile e il proletariato*, versione de G. Oberosler, 1894.

(12) *Apud Lehr, Introduction á traduction do código civil de Zurich*.

aquelle que “ fabricasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce”, nos previne d'Agua-do (13). Já Mephistopheles dizia ao estudante, na sua doutoral compostura de sabio de contrabando: “ Eu sei o que vale essa sciencia (a jurisprudencia): as leis e os direitos que della dirivam se transmittem de geração em geração, como uma doença hereditaria; transportam-nos de uns para outros logares”. Mas accrescenta satinicamente ironico: “ O que era outr'ora razoavel tornou-se insensato, o que era util tornou-se desastroso. Não importa: é triste para vós terdes vindo ao mundo cem annos tarde de mais. Pois o direito nascido comvosco já quasi não existe para a geração presente” (14). Alludia o diabolico sophista ás rapidas transformações do elemento progressivo do direito, exaggerando-as e desvirtuando-as, para conturbar mais profundamente a intelligencia do jovem que o escutava aturdido e pasmo.

Para que realmente fosse possivel afastar da construcção juridica a base tradicional, seria preciso que o direito fosse um simples artefacto fabricado pelas mãos dos legisladores, que o direito residisse exclusivamente nas leis escriptas. Mas a historia de todos os reformadores de legislação, da India, como da Grecia, de Roma como da Germania, dos povos barbaros como dos civilizados, nos revela que, em vez de demiurgos creando o direito do nada, fôram os legisladores simples systematisadores ou, quando muito, reformadores dos costumes preexistentes, sobre os quaes se apoiavam, mesmo quando queriam modificá-los. E, si assim não foi algumas vezes, tiveram então as innovações demasiado ousadas a existencia phantastica das sombras. Christo mesmo dizia não ter vindo para abolir a lei antiga, mas para completá-la e melhor orientá-la.

Os grandes codigos modernos não vieram firmar direito inteiramente novo, extranho ás tradições longamente accumuladas desde a formação das nacionalidades modernas. Attenderam todos ao direito preexistente, no qual se apoiavam para cercearem as vegetações damni-

(13) *Genese e evoluzione del diritto civile*, p. 120.

(14) *Fausto*, acto I, gabinete de estudo.

nhas ou fenecidas, e para desdobrarem os novos princípios. Assim fizeram o código civil francez, o austriaco, o hollandez, o portuguez e todos os outros.

Quanto ao código civil francez, é, por assim dizer, pouco mais do que uma consolidação do direito costumeiro, seja de origem germanica seja de origem romana. Para mostral-o será sufficiente recordar que Pothier e Domat fôram as fontes immediatas, quasi os auctores do código, e, como diz Laurent (15), “elles resumem a tradição, a unica de que tem conhecimento o legislador francez; estão estes grandes jurisconsultos completamente libertados da superstição de Roma, são os orgãos da equidade e não do direito estricto”. E foi o direito romano “profundamente modificado pela equidade que passou para o código civil francez” accrescenta o citado escriptor.

Mas é bem certo que o elemento tradicional, si é fundamental, não deve ser exclusivo, como já ficou affirmado. Dos monumentos juridicos legados pelo passado deve o legislador manter a parte solida, afastar o decrepito e desenvolver o que, merecendo viver, jazia, até então, atrophiado pelo regimen anterior. Difficil empreza ser-lhe-á por certo, e mais difficil ainda, talvez, sobre essa base tradicional implantar as innovações impostas pelas condições da sociedade no momento da codificação.

Mais difficil, porque terá de harmonisar seus intuitos conservatorios com os reformistas; porque ser-lhe-á forçoso, além de attender á satisfação das novas necessidades, de alguma forma tomar a attitude de *educador de sua nação* e discretamente antecipar se á evolução que se accusa no horizonte ainda mal accentuada (16), para que sua obra não corra o perigo de tornar-se logo atrazada; e porque tem de vazar o seu trabalho nos moldes largos e solidos da sciencia de seu tempo. Ora, para sahir-se galhardamente de tam complexa operação, não basta possuir o indispensavel criterio, não basta ser um exacto conhecedor do direito nacional; é necessario ainda conhecer a marcha da evolução social que nos fornece a

(15) *Cours élémentaire*, I, p. 43.

(16) Menger, *op. cit.*; Cogliolo, *Sagi*, p. 27.

sociologia, e as ultimas conquistas da sciencia do direito que nos ministram os seus cultores e os codigos mais modernos e melhor modelados. Sómente um forte preparo geral e especial habilitará o espirito a vencer tamanhas difficuldades.

E' certo que ahi estão os tractadistas, ahi se ostentam os vastos monumentos da sciencia ; mas rude tarefa será sempre estudal-os e medital-os todos, tendo em vista o conselho de Bluntchli que manda ao codificador que " se não preocupe com as querelas dos sabios, que consulte as necessidades intimas e actuaes do povo para o qual é chamado a trabalhar, e não tem a innovar, quando chegar a uma noção clara das cousas e o que julgar util e bom se harmonisar de uma parte com o conjuncto do systema do direito, e, de outra parte, com as tradições nacionaes e as necéssidades do tempo (17).

E' certo que ahi estão os codigos promulgados para outros povos, que desbraváram o caminho. E neste emprehendimento é certamente a legislação comparada um auxiliar de inextimavel preço. Porém não é simples ver, nessa floresta cerrada e vastissima, por onde guia a senda que convem trilhar, complicando se o problema juridico com o historico. Não trabalha a razão sobre principios abstractos, nem podem ser aqui acceitos os bons officios da imaginação. Os dados sobre os quaes é mistér operar são positivos, e os resultados a que se deve chegar devem ser egualmente positivos.

Achamo-nos em uma epocha em que não é sómente o methodo da sciencia do direito que se transforma ; são tambem as bases da vida social que se vão rapidamente alterando ; são as condições da vida economica que se nos apresentam sob um aspecto bem diverso daquelle em que se organisáram os institutos vigentes. E é forçoso que um codigo novo se anime a ferir todas essas teclas, com prudencia por certo, mas com animo despido de mofados preconceitos.

Juristas emeritos como Glasson, na França, Menger na Austria, Salvioli e Taitufari, na Italia, reconheceram nas codificações civis da actualidade a macula da parcia-

(17) *Apud* Lochr, *loco citato*, p. II e segs.

lidade e do privilegio odioso. São *codigos burguezes*, que reflectem os interesses da classe media, dos que possuem bens, dos que exploram a terra, o capital e o trabalho, mas que olvidam, indifferentes ou presumpçosos, os interesses não menos respeitaveis dos operarios, dos que formam a grande massa anonyma e laboriosa (18). Não menos valiosos espiritos aponctam, nas legislações civis vigentes, orgams atrophiados cuja avulsão se impõe ou cuja reforma é inadiavel, para permittirem a facilidade dos movimentos do mechanismo juridicc. No pensar de Cimbali são taes muitos institutos cuja reconstrucção elle propõe na sua cbra fundamental — *La unova fase del diritto civile*, e dos quaes destacarei, de memoria, o contracto de sociedade, a posse, a locação, o regimen hypothecario. Cavagnari accrescenta outros, e Tortori julga que essa operação de joeirar orgams vivos do meio de antigualhas poentas ainda não foi levada até onde cumpria que fosse.

E, si não se illudem desastrosamente especialistas como esses que acabo de citar, convem que o reformador do direito civil não se deixe arrastar por modelos já decrepitos, e attenda, para satisfazel-os na medida do razoavel, os reclamos das novas formas que tem assumido em nossos tempos a coexistencia humana. E foi procurando attendel as que o egregio Cimbali propunha a creação de um codigo de direito privado social em substituição ao codigo de direito privado individual actualmente existente. E ainda procurando acompanhar e reflectir o novo aspecto do viver social, nessa mesma Italia que elle, com desvanecimento, appellidava *antica maestra nella scienza del diritto*, surge a grave questão da unificação do direito privado, eliminadas as distincções entre o civil e o commercial, questão que teve a ventura de interessar quasi todos os civilistas e commercialistas italianos (19).

Não seríamos de nosso tempo si passassemos indifferentes ao lado dessa agitação, da qual si muitos ele-

(18) Vide Tortori, — *Sociologia e diritto commerciale*, Torino, 1895, I, p. 263 o seg.; Menger, *op. cit.*

(19) Tortori, — *op. cit.*, p. 262.

mentos podem ser estranhos ao momento presente da vida brasileira, outros se nos apresentam com o caracter de generalisação que lhes empresta a sciencia.

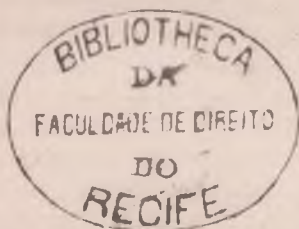
Elaborar um bom codigo é, bem se vê, empreza vasta e afadigosa ; porém conduzida convenientemente produzirá sempre obra duradoura e solida. Tenho fé que assim acontecerá para o Brazil, em compensação da paciente espera a que o têm constrangido. O povo brasileiro dispensaria mais delongas e vêm-lhe impetos de dizer aos legisladores e aos juristas, como o propheta Amos : “ Afastae de mim o estrepito de vossos canticos, e não torne eu a ouvir a melodia de vossas harpas ; mas que se ostentem os preceitos do direito como agua que transborda, e a justiça como uma torrente inextinguivel ” (20). Teria razão si assim o fizesse ; porém ao menos que a demora venha do labor do aperfeiçoamento e não da pecaminosa negligencia.

(20) E' copiosa a bibliographia que já se formou em torno deste problema, segundo se pode ver em Tortori *op. cit. passim*. Um codigo unico de direito privado deve ser construido sobre base social, pensam os modernos civilistas e commercialistas italianos que o propõem. Dissidente é a opinião de Vivanti que pede um codigo unico das obrigações onde se inclua o direito commercial, ao lado de outro codigo subsistente em que se incluíam os outros institutos do direito privado, opinião que se colliga com as daquelles que, distinguem, no direito privado, o estado estatico (cidadania, personalidade, familia, propriedade) e o estado dynamico (direito contractual e successorio. (Tortori *cit.* p. 286).

(21) Amos, V, 23-24.

DR. CLOVIS BEVILAQUA.





A co-pluralidade de delinquentes

E' circumstancia aggravante :

Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime. — Cod. Crim. de 1830, art. 16, § 17.

Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos. — Cod. Pen. de 1890, art. 39, § 13 :

Haverem concorrido para o facto, mediante ajuste, dous ou mais individuos. — Projecto de 1893, art. 32, § 17.

I

O assumpto que nos serve de epigraphe para tratar apenas de um ponto, embora essencial, porque é o nucleo da theoria scientifica da codelinquencia, nos revela uma das tantas originalidades do nosso direito penal e do codigo criminal anterior de 1830, acerca do qual dizia o nosso pranteado mestre Dr. Braz :

« Basta ter feito o estudo comparativo do nosso codigo com os de outros Estados para conhecer-se que não é elle uma obra inteiramente composta de empréstimos legislativos e que pelo contrario tem muita *originalidade* e mesmo disposições *singulares* de que pode servir de exemplo a disposição do art. 65 que rejeita a prescrição de todas as penas sem excepção. » (1)

Já em 1889 tambem o disse : (2)

(1) Dr. Braz, *Lições de directo criminal*, Pernambuco, 1872, pag. 357, n. 43 e not. 3.

(2) Cod. Crim. Braz. *Commentario etc.*, Recife, 1889, pag. 156.

O nosso legislador não se limitou a copiar textos de legislação estrangeira, inspirou-se muita vez em elevadas ideias dos grandes philosophos e particularmente nas de Benthon, como em 1836 o declarava o joven professor de direito criminal na Faculdade de S. Paulo. (3)

Não é de estranhar portanto que o direito brasileiro se avante em alguns pontos a outros embora em geral mais adiantados e perfeitos.

Eis que agora surge um dos casos ou dos exemplos alludidos.

Respondendo á critica sobre a inserção da figura « da associação de malfeteiros » no projecto de 1893, observava eu :

A duvida neste ponto não é hoje mais permittida depois da tão adiantada encyclopedia de Scipio Sighele sobre a *pluralidade* de delinquentes, desde o *par criminoso* até á *multidão criminosa*, passando pelas associações para delinquir, inclusive os terriveis organismos da *maffia* e da *camorra* italianas, a *mão negra* hespanhola, os *bandos* parisienses (*souteneurs et rodeurs*) etc... (4)

O nucleo da disposição estava na aggravante do *ajuste* que era uma das originalidades do cod. de 1830, tão mal interpretada na nossa jurisprudencia por falta de senso juridico mais desenvolvido.

E accrescentava que Scipio Sighele accusava ha pouco a *falta de lei e de theoria* sobre a especie psychologica, quando desde 1884 encareciamos nós o merito do codigo brasileiro anterior neste ponto.

Tentamos essa justa reivindicacão para o nosso direito, apezar de lhe attribuirmos toda gloria da construcção quasi completa da theoria respectiva. (5)

Isto posto, a passagem a que alludo da obra de Sighele é esta :

« Abri qualquer codigo e qualquer tratado de direito,

(3) *O Direito*, vol. 36, pag. 497, discurso do Dr. Francisco Bernardino Ribeiro.

(4) Scipio Sighele, *La foule criminelle*, Paris, 1892; *La coppia criminale*, Torino, 1893; *La teorica positiva della complicità*, Torino 1894.

(5) *O projecto do cod. pen. e a Faculdade de S. Paulo*, Recife, 1895, pag. 52; *Revista Academica*, Recife, 1894, pag. 188, anno IV.

penal, e vós achareis que a associação dos delinquentes, quando seja composta de um determinado numero de pessoas e tenha por escopo commetter uma serie de delictos, é considerada não só como circumstancia aggravante, como tambem como crime por si só, independentemente do facto que os delictos ideados por seus membros tenham sido ou não tenham sido commettidos; — MAS em *nenhum codigo* e em *nenhum tratado* de direito penal vós achareis que se estabeleçam ou que se reclamem providencias especiaes para todos os outros casos — e são muitissimos — em que o delicto seja obra de criminosos associados.

« Nestes outros casos — que vêm reagrupados nos codigos sob o titulo que trata do concurso de duas ou mais pessoas em um mesmo crime — se tem *até agora* considerado *sufficientes* as disposições que regulam o delicto commettido por um *só* individuo, — e a parte tomada por cada um associado no delicto é *sempre* julgada *abstrahindo-se* do facto que elle tenha tido companheiros na execução da obra criminosa.

« Tenho pois razão affirmando que o principio sobre cuja base a sociedade deve oppôr ao delicto de mais de um delinquente uma defesa mais energica do que aquella que oppõe ao delicto de um só — não tem sido applicado sinão em parte. » (6)

Em geral, assim é, mas ha excepções não raras e dentre estas uma das mais antigas e talvez mais perfeita é justamente a do nosso direito, que ao menos por intuição, seja-nos licito avançar, tinhamos interpretado scientificamente não obstante os desvios da nossa jurisprudencia, restringindo o principio do codigo.

Mas antes de fazer esta demonstração logica e chronologica, seja-nos permittido citar algumas palavras de Florian, como protesto á affirmativa tão absoluta de Sighele; na justa e honrosa rescensão que faz do precioso livro e ao terminal-a :

« E' digno de nota emfim — ainda que o autor não o indique — que a theoria de Sighele está já acolhida e

(6) Scipio Sighele, *La teorica positiva della complicità* cit. paginas 3.4.

decretada em algum código penal. Eu recorde que a união de dous ou mais individuos é collocada entre as circumstancias aggravantes genericas no código russo (art. 129 § 4º) e entre as mesmas circumstancias no código de *Zürich* é collocado o concerto preordenado (§ 59 f).

« Talvez levando além as pesquisas de legislação penal comparada se pudesse pescar algum outro exemplo ; mesmo succede realmente achar já elevado a preceito legislativo algum daquelles principios contra os quaes se grita como heterodoxos e inexequiveis ! (7)

II

E' precisamente o nosso caso.

Já transcrevemos as disposições dos nossos códigos e do projecto de 1893 sobre a co-pluralidade de delinquentes.

Antes porém de ir adiante convém registrar os factos anteriores e posteriores por um ligeiro estudo de legislação comparada.

Em umas *notas historicas* em que Vatel extracta opiniões de autores allemães sobre o respectivo direito, noto a seguinte passagem :

« A distincção entre os autores principaes e os complices sobretudo se fazia sentir quando o criminoso levava comsigo um sequito (*gefolschaft*). Esta circumstancia, que nessa epoca se reproduzia frequentemente, dava lugar á uma especie de *complicidade particular*. Para que houvesse *gefolschaft* era mistér : 1º a assistencia dos complices no lugar do crime ; 2º o conhecimento do designio criminoso ; 3º o porte de armas ; 4º a presença de um *numero determinado* de individuos. Só os homens livres podiam se tornar culpados desta especie de complicidade, os escravos não sendo considerados sinão como instrumentos do senhor. E' o que a lei ripuaria exprime distinguindo os *contuberniales* (pessoas da casa) dos *satellites* (sequazes).

« As leis *escandinavas* consideravam a circumstancia

(7) E. Florian, na *Scuola positiva*, anno IV, 1894, bibliographia, pag. 517, Roma.

da reunião em tropa como *aggravante* e a punição por si mesma independente do facto principal.

« Entre os povos *germanicos* a composição variava arbitrariamente, ora em razão da gravidade do delicto, ora em relação ao numero de *sequazes*. (8)

Vê-se que as origens do instituto remontam com toda certeza pelo menos da Germania á Escandinavia.

Modernamente o código austriaco de 1803, art. 37 considera circumstancia *aggravante* especial o ter sido o culpado, autor, instigador ou agente principal de um delicto commettido *por mais de uma* pessoa. »

Esta disposição foi reproduzida no código de 1852, § 44, letra e. (9)

No direito das raças latinas, exceptuando a franceza também se encontra o principio formulado talvez de modo melhor e mais longamente applicado.

Assim, na Italia, o código napolitano dizia :

« Art. 147. Se reputa acompanhado de *violencia publica* todo crime commettido por *tres* pessoas ao menos, reunidas com um fim criminoso e duas das quaes tragam armas adequadas ao fim proposto.

« Art. 149. Todo crime acompanhado de *violencia publica*, será castigado com a pena *superior* em um gráo á que se houver imposto ao mesmo crime no caso de não haver sido acompanhado da referida *violencia publica*. »

Igualmente o código hespanhol de 1822, diz :

« Art. 106. Em todo delicto ou culpa se consideram circumstancias *aggravantes* :

« 5ª O maior numero de pessoas que concorram no delicto. »

O código hespanhol de 1850, art. 10, n. 14, restringio o sentido da disposição referindo-o á gente armada ou que assegure ou proporcione a impunidade.

E' notavel, porém, que entre os criminalistas hespanhóes não se dê a devida importancia á tal *aggra-*

(8) Vattel, *Code Pénal du Royaume de Bavière*, Paris, 1852, App. participation, pag. 525.

(9) Vid. Boscarolli, *Il codice penale generale etc...* Innsbruck, 1889, pag. 75.

vante, procurando Pacheco relacional-a com a premeditação. (10)

Talvez esse modo de vêr influísse para se reduzir ainda mais a comprehensão da aggravante ao facto de ser commettido o crime em lugar ermo e em quadrilha na reforma de 1870 conforme parece resultar do que diz Rueda. (11)

A jurisprudencia hespanhola a principio indecisa parece que se fixou no sentido de considerar-se a aggravante da pluralidade connexa com a do lugar ermo. (12).

O codigo argentino, art. 84, n. 14, de origem hespanhola, considera a aggravante quando o crime « é commettido em quadrilha, com violação do domicilio ou outra circumstancia semelhante. »

No commentario abaixo do artigo se faz referencia, ao codigo hespanhol, art. 425, francez, art. 381 e bavarez, art. 237. (13)

Os codigos referidos especialisam uma circumstancia do roubo.

O codigo do Uruguay, art. 19, n. 11, repete a mesma circumstancia do velho codigo hespanhol. (14)

Entre os interpretes do direito argentino Rivarola pretende explicar a circumstancia com a presumpção que della se pode induzir da premeditação e aleivosia. (15)

O codigo portuguez de 1852, art. 19, n. 5, contempla a mesma circumstancia que connexa com outras ainda figura nos ns. 3 e 4 do mesmo artigo.

O novo codigo portuguez de 1886 que abusou largamente do systema casuistico e ao mesmo tempo de consi-

(10) Pacheco, *El código penal concordado y commentado*, Madrid, 1888—9, vol. 1º pag. 235.

(11) Rueda, *Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1891, vol. 1º pag. 273.

(12) Viada y Vilaseca, *Código Penal reformado*, Madrid, 1890, pag. 306.

(13) *Código Penal de la República Argentina*, Buenos-Ayres, 1894, pag. 76, ns. 84 (14).

(14) *Código Penal de la República O. del Uruguay*, Montevideo, 1889, pag. 10.

(15) *Exposicion y critica del código penal*, Buenos-Ayres, 1890, 1º vol. pag. 213, n. 182.

gnar principios especiaes já incluídos em outros principios geraes, estabelece :

« Art. 34. São unicamente circumstancias aggravantes :

« 7^a Ter sido o crime *pactuado* entre *duas* ou *mais* pessoas.

« 8^a Ter havido convocação de *outra* ou *outras* pessoas para o commettimento do crime.

« 9^a Ter sido o crime commettido com o auxilio de *pessoas*, que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade.

« 10^a Ter sido o crime commettido por *duas* ou *mais* pessoas. »

Em todo caso é a ideia, tanto da codelinquencia, como da simples pluralidade, aggravando de modo geral todos os crimes.

O pensamento do legislador, observa Silva Ferrão, foi abstrahindo da differença penal relativa á complicitade, assemelhar a força, que resulta do *numero* dos delinquentes, á que resulta da fragilidade da victima, em razão do sexo ou da idade. Teve em vista punir o *abuso* da mesma força, e assim proteger a fraqueza contra a violencia ou força maior. (16)

Não é exacto como tem supposto algum criminalista europeu que o nosso codigo de 1830 tivesse como fonte o primeiro portuguez que é de 1852 e teve realmente como uma de suas fontes aquelle brasileiro. (17)

Antes de passarmos ao nosso direito é digno de nota o projecto de revisão do codigo penal japonéz, art. 117, que estabelecendo a mesma pena para os co-autores diz : « Salvos os casos em que a lei *aggrava* a pena em razão da *pluralidade* de autores. »

Esta disposição é parallela á do proprio codigo *japonéz*, art. 104.

Boissonade, commentando a disposição, observa que a *pluralidade* de autores, longe de ser uma causa de diminuição de pena ou de divisão desta é algumas vezes, ao

(16) Silva Ferrão, *Theoria do direito penal*, Lisboa, 1856—7, vol. 1^o pag. 110.

(17) Silva Ferrão, *Obr. cit.* vol. 1^o, LXII, nota.

contrario, uma causa de *aggravação*, segundo já se enunciou, « porque ella pode tornar mais difficil áquelles que são ameaçados escapar ao perigo. »

Realmente o projecto faz applicação da *aggravante* no art. 389 *bis*, *infine*, tratando-se de factos violentos contra os bons costumes commettidos por duas ou mais pessoas, agindo de concerto ; e no art. 425 *bis*, n. 4, no caso de furto, *aggravando-o*. (18)

Tambem no codigo *annamita*, o facto da pluralidade de agentes *aggrava* o crime, ainda que se pareça ligar esta circumstancia á da *premeditação*. (19)

III

Passemos ao nosso direito e antes de tudo consignemos a referencia que em 1884 faziamos á ideia.

Defendendo uma opinião que era pouco seguida entre nós na interpretação do art. 16 § 3º do codigo anterior quanto ao conceito da *reincidencia* diziamos :

« Emfim a disposição do codigo (de 1830) art. 16 § 3º combinado com o § 17 do mesmo artigo ainda ministra argumento a favor da opinião que defendemos.

« Effectivamente não ha que estranhar em haver o legislador estabelecido a *aggravação* da penalidade no caso de pluralidade de delictos, ou haja propriamente *reincidencia*, ou simples repetição do crime.

« A pluralidade de crimes, isto é, a *concurrência* sob a forma de *reincidencia*, ou simples repetição, é mais do que a reproducção objectiva do delicto, porque a reproducção do crime que presuppõe o elemento objectivo e o elemento *subjectivo*.

« Ora nós tivemos occasião de vêr que a *codelinquencia* era a reproducção *subjectiva* do crime.

« E ainda que o codigo puna por um só crime cada um dos *codelinquentes* que nelle tomáram parte, considera

(18) Vid. Boissonade, *Projet révisé de cod. pen. du Japon etc.* Tokio, 1886, pags. 369, 379, 1013 e 1116.

(19) Vid. Philastre, *Le code annamite*, Paris, 1876, pags. 164 e 209, arts. 251 e 259.

ainda para aggravar a pena correspondente a codelinquencia, como uma circumstancia aggravante que é a do § 17 do art. 16.

« Si pois o codigo *aggrava o facto da pluralidade de agentes*, com maioria de razão deve aggravar o da pluralidade de crimes, pois que esta é muito mais grave do que aquella.

« Portanto a disposição do art. 16 § 3º deve ser applicada quaesquer que sejam as condições da pluralidade de crimes. » (20)

Mas antes de proseguir convém citar as disposições dos nossos codigos e projectos.

O codigo brasileiro de 1830, pode-se dizer foi o projecto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos, apresentado na sessão de 4 de Maio de 1827 da camara dos deputados.

Este projecto dizia *em geral* :

« Art. 20. São circumstancias *aggravantes* dos delictos :

« 9º Quando para commetter o crime houver *ajuste entre dous ou mais* individuos, principalmente sendo os delinquentes armados.

« Suppõe-se armados os delinquentes, quando a terça parte ou mais trazem armas. » (21)

No codigo de 1830 apparece assim modificada a *aggravante geral* no art. 16 :

« § 17. Ter precedido AJUSTE entre *dous ou mais* individuos para o fim de commetter-se o crime. »

O codigo de 1890 reproduz com o mesmo character de generalidade a *aggravante* no art. 39 :

« § 13. Ter sido o crime *ajustado* entre *dous ou mais* individuos. »

Finalmente o projecto de 1893, que tive a honra de redigir, já approved em duas discussões, sem emendas até agora na camara dos deputados e cuja commissão

(20) João Vieira de Araujo, *Ensaio de Direito Penal* etc... Pernambuco, 1884, pag. 202.

(21) *Annaes da camara dos deputados*, Rio de Janeiro, 1877, tom. 5º pag. 95, sessão de 1829.

especial actual, está revendo para a terceira discussão, manteve a mesma aggravante no art. 32:

« § 17. Haverem *concorrido* para o facto, mediante *ajuste, dois ou mais* individuos. »

Vê-se que a ideia está bem encarnada na legislação brasileira desde 1827.

E' certo que quasi a unanimidade de interpretes e annotadores da lei brasileira nunca comprehendeu todo alcance da aggravante restringindo lhe os effeitos na applicação.

A jurisprudencia dos tribunaes tambem influenciando ou influenciada concorreu para isso.

Mas em 1884, como vimos, e especialmente em 1889, como veremos, interpretei a lei no sentido de ter a aggravante o effeito que juridica e psychologicamente se lhe devia attribuir sem forçar a disposição legislativa.

Apreciemos ligeiramente a opinião dos autores brasileiros :

Mendes da Cunha não comprehendeu o valor da circumstancia, o que não admira porque põe em duvida a justiça da aggravação tambem no caso de superioridade em armas de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa, dizendo :

« E' um meio empregado para consumir o delicto com mais segurança, segundo as difficuldades que se lhe oppõem. O *conluio* pode augmentar a força do delinquente; mas a força é a base fundamental e essencial de todos os crimes, cujos effeitos materiaes seguem-se immediatamente, não se pode por consequencia distinguir esta (§ 17) da circumstancia do § 6º (superioridade em armas com a excepção referida na observação respectiva. » (22).

Ao contrario, Thomaz Alves Junior, embora lhe passe despercebido o verdadeiro sentido da aggravante attinge-a como tendo valor por si, quando diz :

« Não se deve confundir a doutrina deste § 17 com a do § 6: aqui suppõe-se *superioridade em numero de delin-*

(22) Mendes da Cunha, *O codigo penal, Observações, etc.*, Recife, 1851, pag. 209.

quentes, alli superioridade em força do delinquente, sem pluralidade destes. » (23)

Em sentido diametralmente opposto Carlos Perdigão, depois de notar que tal circumstancia só pode originar na applicação confusão com outras, que aliás outros autores nossos confundem e o ultimo citado distingue, conclue:

« Concluimos, pois, estas observações, asseverando com a maior convicção que o haver *precedido ajuste entre dous ou mais individuos, para o fim de commetter o crime*, não pode ser circumstancia aggravante e que neste ponto o nosso codigo penal deve ser reformado. » (24)

Passando agora á jurisprudencia, só conhecemos dous arestos sobre uma mesma causa que restringe de modo a inutilizar a circumstancia de que se trata, mas parece que elles fizeram fortuna na pratica, fixando-se nesse mesmo sentido a jurisprudencia.

O primeiro é a Sentença do antigo e hoje abolido Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Agosto de 1861 proferida em grau de *Revista* e na qual repellindo-se a applicação de diversas circumstancias feita na causa inclusive a do *mandato*, se lê estas palavras:

« ... por isso que sendo o réo considerado *mandante de necessidade careceu* de alliciar e ajustar um *mandatario* executor, etc... »

Nota-se na mesma sentença que deixando de votarem 3 juizes por impedidos, a decisão foi tomada por 4 votos contra 4 não votando ainda um destes por *todas* as nullidades arguidas.

Concedida, porém, a *revista*, a Relação *Revisora* da *Bahia* por Accordão de 2 de Setembro de 1862, firmou de modo muito positivo como verdade evidente e incontrastavel este principio:

« E' igualmente certo que tendo-se no libello de fl. 142 considerado o Recorrente como *mandante*, não se

(23) Thomaz Alves Junior, *Anotações theoricas e praticas* ao Ccd. Crim., Rio de Janeiro, 1864—83, vol. 1º pag. 350.

(24) Carlos Perdigão, *Manual do codigo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, 1882, 1º vol. pag. 178.

devia nelle mencionar a aggravante do § 17 do art. 16 do código penal, visto que é da natureza do mandato criminal haver ajuste entre o mandante e o mandatario; *entrando* esta circumstancia do *ajuste* na *constituição e essência do delicto*, ella *não pode* ser circumstancia *aggravante*. » (25)

Só tres juizes contra nove votáram vencidos, não se sabendo si contra tal doutrina.

Infelizmente alliaram-se á ella os interpretes de nosso código anterior invocando aquelles arestos como fazem, Carlos Perdigão, já citado e mais Paula Pessoa, Francisco Luiz e Ferreira Tinoco. (26)

IV

A nossa desautorizada opinião já a consignamos como manifestada desde 1884; falta registrar o seu desenvolvimento nos mesmos termos em que o fizemos em 1889, *textualmente*, intercallando apenas o texto do nosso livro com observações opportunas.

Estudando a materia da codelinquencia, objecto dos arts. 4º e 5º do código de 1830, diziamos :

« 51. Aqui cabe o exame de uma questão que tem sido geralmente resolvida por tribunaes e autores nossos contra a unica intelligencia que admite o código, quando, enumerando no art. 16 diversas circumstancias aggravantes, contempla como tal a seguinte :

— § 17. Ter precedido AJUSTE entre *dous* ou *mais* individuos para o fim de commetter-se o crime. —

« Paula Pessoa, Carlos Perdigão, Francisco Luiz e Ferreira Tinoco, opinam que esta aggravante é inadmis-

(25) Mafra, *Jurisprudencia dos Tribunaes*, Rio de Janeiro, 1868, vol. 1º pag. 49 *infine* e vol. 3º pags. 61 e 65 nota.

(26) Paula Pessoa, *Cod. Crim. annotado*, Rio de Janeiro, 1877, pag. 61, not. 105.

Francisco Luiz, *Cod. Crim. theorica e praticamente annotado*, Maceió, 1885, pag. 64.

Ferreira Tinoco, *Cod. Crim. annotado*, Rio de Janeiro, 1886, pag. 48, not. 40.

sível no *mandato* porque constitúe elemento constitutivo deste, ou acceitam julgados no mesmo sentido.

— A do *ajuste* (art. 16 § 7) não é applicavel ao mandante ou mandatario do crime, visto que é da natureza do mandato haver ajuste, entrando pois o ajuste na constituição e essencia do delicto. —

« Assim tambem têm decidido alguns tribunaes, inclusive o Supremo de Justiça : *Revista* de 21 de Agosto de 1861 e *Accordão Revisor* da *Relação da Bahia* de 2 de Setembro de 1862.

« Tambem se tem pretendido que o *ajuste* presuppõe a *premeditação* (real e não legal na phrase de Francisco Luiz); quando não é impossivel um accordo momentaneo ou instantaneo de vontades e isto bastaria talvez em rigor para caracterizar o ajuste nos termos em que o estabeleceu o nosso legislador.

« Uma questão pode-se relacionar com a outra, mas pode tambem deixar de relacionar-se.

« Mas este não é o ponto saliente da duvida, porque convimos que se traduza o *precedido* por um intervallo *apreciavel* entre o *ajuste* e a execução do crime; mas um intervallo *apreciavel* não quer dizer *premeditação*.

« E já que tocamos neste ponto vem a pello, referindo-nos áquella questão principal, citar a opinião de Alimena que a considera em relação á *premeditação* de que se occupou especialmente. » (27)

« Não ha, diz elle, sinão um só codigo, que se occupe especialmente da *codelinquencia* nas suas relações com a *premeditação* : o codigo russo.

« Já o dissemos este codigo com o art. 1454 pune o homicidio premeditado com a perda dos direitos civis e com os mais graves trabalhos forçados nas minas por 12 a 15 annos.

« Mas no caso (é o mesmo artigo que o diz) em que em identicas circumstancias, o homicidio seja ccmmettido por *mais de uma pessoa*, depois de accordo *precedente*,

(27) João Vieira de Araujo, *Cod. Crim. Brasileiro, Commentario*, etc., Recife, 1889, pag. 153, n. 51.

a pena, do mesmo genero, terá uma duração variavel de 12 a 20 annos.

« E esta é uma verdadeira especialidade daquelle codigo, *especialidade* que leva aos ultimos limites o criterio do *perigo* social.

« Nos outros codigos, ao contrario, a pena é *invariavel*, ainda quando os autores e os complices sejam tão numerosos que tornem impossivel ou quasi evitar a morte. (28)

Continúa o nosso *Commentario* :

« Antes de tudo insistimos que o nosso codigo não relaciona o *ajuste* com a *premeditação* necessariamente e sempre, como fez o codigo russo, e melhor veremos com as observações que vão seguir.

Entretanto, diz Thomaz Alves Junior que não ha duvida que a doutrina deste § funda-se na *premeditação*, mas na *premeditação real*, que se não deve confundir com a *premeditação legal*, por que esta só se dá nas condições do art. 16 § 8º.

Ha sem duvida reflexão calma e tranquilla, que calcula os meios de realisar o crime, empregando recursos que não falhem, e, portanto, maior perversidade, que deve aggravar o delicto. (29)

Seguiram-no Carlos Perdigão e Francisco Luiz.

Em todo caso proseguimos.

« Depois não é exacto que só o codigo russo fizesse do *ajuste* um motivo de aggravação, pois que elle tambem figura no art. 16 § 17 do nosso codigo e de modo independente da *premeditação*.

« Mas a citação do codigo russo serve-nos para mostrar que não foi só o codigo brasileiro que aggravou o crime em que figuram co-autores e complices.

« E isto mesmo mostra que a interpretação á que acima alludimos, é simplesmente absurda, porque si a circumstancia do *ajuste* não tem applicação ao *mandato*, não terá a caso mais algum. »

Isto sob pena de incoherencia da opinião adversa.

(28) Alimena, *La Premeditazione*, Torino, 1887, pag. 272.

(29) *Obr. cit.* pag. 350, 1º vol.

« Effectivamente pode-se, com os escrúpulos costumados a favor dos criminosos, deixar de applical-a, como se pretende, quando não houver certo intervallo de tempo entre o ajuste e a execução, ou mesmo na ausencia da *premeditação*, condição esta ultima em que aliás não convivimos; mas com certeza fôra absurdo applical-a no caso de *constrangimento* (arts. 4º e 10º § 3º) em suas diversas formas chamadas *absolutas*; de modo que, só será applicada tal circumstancia na forma de codelinquencia que mais devia repugnar á opinião que combatemos, isto é, na *co-autoria* propriamente dita (*societas sceleris*) quando dous ou mais individuos se *ajustam* para juntos realizarem o crime, figurando ao mesmo tempo de autores *moraes e materiaes*.

« Consequencia: a circumstancia do art. 16 § 17 não é applicavel a caso algum de codelinquencia, *igual* ou desigual e por tal interpretação ficará lettra morta a disposição, porque não tem sido entendida com criterios racionais, passando incolume, sem a mais ligeira critica, a intelligencia esteril e extravagante que repellimos.

« *Ajuste* quer dizer *pacto*, *convenção*, *accordo*, *estipulação*, etc.; e, assim, quer no *mandato*, quer na *co-autoria* simples, conforme a figuramos, ha os mesmos elementos subjectivos de criminalidade, a *conscientia sceleris* nos co-operadores, e, tambem a paridade de condições, tanto em uma forma, como em outra da codelinquencia, conforme o art. 4º do nosso codigo, que considera igualmente os autores e pois tanto o *pactum sceleris*, como a *societas sceleris*.

« Isto posto, o que pune o legislador *mais gravemente*, conforme o art. 16 § 17?

« Simplesmente a PLURALIDADE de *delinquentes*, do mesmo modo que aggravou a PLURALIDADE de *crimes* no mesmo art. 16 § 3º, como já uma vez dissemos. (30)

« Pois bem. O nosso legislador sem fazer distincção alguma considerou como *motivo de aggravação* um facto que si *facilita* a realização do crime, *difficulta* os meios

(30) Nosso *Ensaio*, etc., 1884, pags. 169 e 202, na passagem já citada.

de impedil-o, ou da victima *se defender* e assim revela *temibilidade* nos delinquentes pelo *perigo* que causa. » (31)

Benthan considera a facilidade ou difficuldade de impedir os delictos como a quinta circumstancia que influencia sobre o alarma.

O espirito antes de tudo, diz elle, trata de comparar os meios de ataque e de defesa e conforme se julga o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva. Eis aqui uma das razões que eleva o mal de um acto de *banditismo* muito acima do mal de um acto de *gatunice*. A *força* attinge bem cousas que estariam ao abrigo da astucia. (32)

Em outra passagem do nosso livro diziamos :

« Finalmente o § 17 deste art. 16 considera *aggravante* a circumstancia de ter precedido *ajuste* entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

« Ella é *tambem* QUALIFICATIVA no art. 192 (*homicidio*).

« Apenas additaremos com Benthan para reforçar a intelligencia que ali demos á essa circumstancia :

— Que, como elle diz, tratando da influencia do character do delinquente sobre o alarma, que o *numero de complices* (codelinquentes) é uma outra nota da sua depravação.

Este concerto suppõe reflexão, reflexão longo tempo e particularmente sustentada. A *reunião* de muitas pessoas contra um *só* innocente revela a mais uma cobardia cruel. Sexto indicio de um character *perigoso*, o *conluio*. — (33)

« O codigo de Zürich, § 59, lettra — f, manda augmentar *particularmente* a pena, tanto, quanto mais difficil era o defender-se do crime, devendo considerar-se, *porém*, como uma *circumstancia especial* o haver sido commettido um crime por *mais de um* co-réo, precisamente com previo accordo.

(31) Nosso *Commentario*, etc., 1889, pags. 155—6.

(32) Benthan, *Législation civile et penale*, Paris, 1830, 2º vol. pag. 33.

(33) Benthan, *Obr. cit.* 2º vol. pag. 40, n. 6.

Entretanto, Brusa na nota a este artigo refere-se á opinião de Orelli quando observando que o *conluio* do código precedente de 1835 não é mais punido no actual põe um ponto de admiração ao vê-lo aqui como constituindo uma causa de aggravação, accrescentando Brusa que todos sabem que o conluio não é mais admittido nos outros melhores codigos porque induzia os juizes a sentenças perigosas.

E' uma vista toda pessoal.

« Rejeito pois *in limine* a opinião de Carlos Perdigão. » (34)

Manda a justiça que se faça especial menção da opinião de Dias de Toledo, illustre professor da Faculdade de S. Paulo, que attinge o sentido da disposição, alludindo a Benthán, distinguindo a circumstancia de outras que outros confundiram.

Cousa digna de nota é que o livro contém prelecções de 1860. (35)

Eis a conclusão a que chegavamos no estudo que fizemos:

« O legislador considerando mais *temivel* a *pluralidade* de criminosos, porque offerecia maior *perigo* social, considerou circumstancia *aggravante* a *pluralidade* (*ajuste*) do mesmo modo que a *reincidencia*, considerando aquella circumstancia *qualificativa* até do *homicidio*, conforme o art. 192. (36)

« E portanto, em *todos* os casos da chamada codelinquencia *facultativa*, o *ajuste* será AGGRAVANTE e no *homicidio* QUALIFICATIVA.

« Ao contrario, não sêl o-ha nos de codelinquencia *necessaria* que exigem o concurso de dous ou mais individuos, como por exemplo, nas figuras dos arts. 107, 110, 111, 130, 133 (conspiração, rebellião, sedição, peita, suborno, etc.) e outros semelhantes. » (37)

(34) Nosso *Commentario*, etc., de 1889, pag. 373, n. 117.

(35) Dias de Toledo, *Lições academicas sobre artigos do Cod. Crim.*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1878, pag. 285.

(36) O mesmo fez o código penal vigente de 1890, art. 294 § 1º que puno o *homicidio qualificado*.

(37) Nosso *Commentario cit.* de 1889, pags. 156 e 157.

Eis o nosso direito e a nossa opinião sobre elle emit-tida antes da notavel monographia de Sighele sobre a in-teressantissima especie.

V

A vista do que fica dito, convém ainda referir-nos ao ponto em que a opinião da quasi unanimidade dos inter-pretres do codigo anterior restringia-lhe o sentido sem fundamento procedente, parecendo que por influencia reciproca a jurisprudencia tambem se transviou.

E' sabida a divisão, á que acabamos de alludir, da codelinquencia *facultativa e necessaria*, conforme o crime, considerado em abstracto, possa ser o producto da acti-vidade de um ou de mais agentes, como por exemplo, o *homicidio*, o *roubo*, etc., ou inevitavelmente da de dous ou mais agentes como a conspiração, suborno, peita, adul-terio e outros. (38)

Dias de Toledo, Thomaz Alves, Paula Pessoa, Car-los Perdigão e Francisco Luiz, reconhecem que em cer-tos crimes, os de codelinquencia necessaria, a aggravante não é applicavel ; mas os tres ultimos acceitaram a juris-prudencia que combatemos.

A jurisprudenciu fundada nos arestos que acima cita-mos não tem vislumbre de razão em que se funde.

A *Revista* e o *accordão Revisor* laboram equivocamente em um falso supposto que a mais ligeira reflexão, guiada pelos principios elementares da materia e pelos termos da questão disvela logo para condemnar ambos *in limine*.

A *Revista* diz apenas :

« por isso que sendo o réo considerado mandante, de

(38) Nosso *Commentario cit.* pag. 152 *in fine*.

Vêr o resumo da theoria no nosso *Ensaio cit.* pags. 165 a 167, n. 55.

Ainda que Tobias Barreto, nos seus interessantes estudos fra-gmentados sobre o direito criminal, não tivesse tratado da questão que nos occupa, incidentemente se referio á divisão da codelinquen-cia que agora lembramos: *Estudos allemães*, Recife, 1883, pag. 184 n. II — “ Sobre a *codelinquencia e seus effeitos na praxe processual*. ”

necessidade careceu de alliciar e ajustar um mandatario executor. »

Destas simples palavras nada se pode deduzir a favor do julgado, porque a *necessidade* do mandante que *careceu* de alliciar um mandatario se refere exclusivamente á tal fôrma de codelinquencia, isto é, sómente ao *mandato* e nada mais e é isto justamente o que está em questão.

O accordão *Revisor*, porém, não foi mais feliz.

Embora que tivesse sido mais explicito, o seu pensamento não fez mais do que conceituar tambem e simplesmente o *mandato* para fundado, exclusivamente no conceito deste excluir a applicação da circumstancia. Assim diz :

« E' igualmente certo que tendo-se... considerado o recorrente como mandante, não se devia nelle mencionar a aggravante do § 17 do art. 16 do codigo criminal, visto que é da *natureza* do *mandato* (sic) criminal haver *ajuste* entre o mandante e o mandatario ; entrando esta circumstancia do ajuste na *constituição* e *essencia* do *delicto* (? já não é aqui *mandato* e sim *delicto*?) ella não pode ser circumstancia aggravante. »

E' tal a confusão de ideias que as palavras transcritas revelam que basta lê-las com attenção ordinaria e bastaria os griphos e parenthesis para *julgar* o *julgado*.

Si analysamol-o ante a logica não poderiamos abonar as faculdades syllogisticas dos seus autores, porque estabelecendo que o ajuste é da natureza e essencia do *mandato*, a conclusão deveria ser que si não ha ajuste, não ha *mandato* porque faltava a este a sua essencia e natureza.

Mas não ; a conclusão é que entrando o ajuste na constituição (ou essencia e natureza) do *delicto* não pode ser circumstancia aggravante delle.

Acode naturalmente ao espirito a questão de saber, si o *mandato* é um *delicto*.

O *mandato* é uma das formas da codelinquencia e quasi que toda ella e mediante a qual mais de um agente realisa o crime.

No caso, o crime era o de *homicidio*, que o aresto não

teria a coragem de declinar que por natureza e essencia exigisse sempre o ajuste.

Não é o mandato que é o crime, mas o objecto sobre que versa, si é criminoso.

Ora, não é absolutamente da essencia ou natureza do *homicidio* que o seu autor de necessidade careça sempre de um co-autor ou complice, caso unico em que os arestos seriam fundados.

Ao contrario, a experiencia diurna nos mostra que o *homicidio* tanto pode ser commettido por um como por mais de um individuo. ■

Sendo assim, é simplesmente deploravel a confusão que fazem os citados arestos entre os elementos ou condições da codelinquencia scb a forma do *mandato* e as condições em que se pode realisar um crime vulgar como é o *homicidio*.

Só ha que admirar a acceitação expressa ou tacita que tiveram taes arestos entre os nossos autores e tribunaes, não me constando um só protesto contra a praxe extravagante e esteril que elles inauguráram, não só porque destróe doutrina irrecusavel, como tambem enerva a applicação da lei penal em casos nos quaes a circumstancia do *ajuste* é da maior *gravidade* porque subentende justamente a *temibilidade* do criminoso e o maior *perigo* social.

E' o caso aqui da applicação da theoria que acima lembramos e a que se refere Tobias Barreto na seguinte passagem cujo principio, não acredito que tivesse no seu espirito lucido, o sentido de excluir o conceito legal do ajuste, porque o que se segue seria uma contradicção injustificavel. Diz elle :

« Segundo o conceito do crime em geral, é indifferente que elle seja praticado por um, ou por muitos sujeitos. A circumstancia da unidade ou pluralidade, em relação ao agente, é uma circumstancia de facto, que não altera a comprehensão da ideia do delicto. Porquanto, o maior numero de crimes podem ser commettidos por um só individuo, e sem que outras pessoas tomem parte na empreza, quer por uma cooperação actual, quer diri-

gindo ou apoiando o executor, hypothese esta que constitui o chamado *concursum facultativum*.

Ha crimes, porém, e estes formam a excepção da regra, cujo conceito legal presuppõe uma pluralidade de sujeitos participantes da acção criminosa, e nos quaes por conseguinte uma tal pluralidade é elemento *essencial* e *characterístico* desses mesmos delictos (*concursum necessarium*). Exemplo: a peita, suborno, o adulterio, a insurreição, a sedição, a rebellião — todos crimes, em cuja ideia está comprehendido o *concursum plurium ad delictum*, como subjectiva e objectivamente indispensavel para sua existencia. (39)

A vista desta distincção classica, só por um *equivoco*, poderia a *Revista* fallar do mandante que *de necessidade careceu* do mandatario, e o *accordão Revisor* que é da essencia do *mandato* o ajuste, o que não se nega aliás, e depois referir-se a crime, como si o *mandato* fosse crime não sendo o escopo criminoso; tratando-se do homicidio *qualificado* pelo ajuste, isto é, pelo *mandato*.

Arestos de tal ordem nos leváram a inserir no projecto de 1893, em terceira discussão na camara dos deputados, a disposição seguinte:

« Art. 30. As circumstancias aggravantes e attenuantes influirão para o augmento ou diminuição das penas applicaveis aos factos previstos neste codigo, excepto:

« II. Quando a circumstancia do *concurso de delinquentes* occorrer no caso de *codelinquencia necessaria*. »

A digressão indispensavel nos desviou do nosso principal objectivo.

VI

E' tempo de colher as velas.

Ao contrario da affirmativa do illustre Sighele, muitos codigos e autores nacionaes e estrangeiros têm exprimido o conceito theorico e pratico da *codelinquencia* como aggravante ou qualificativa por si só, isto é, no caso do *concurso facultativo* que é justamente o que caracteriza a especie controvertida.

(39) Tobias Barreto, *Estudos allemães cit.* pag. 184.

Este simples schema mostrará á primeira vista os codigos e autores a que alludimos, sendo de crer que muitos outros, seria impossivel consultar todos, tenham seguido a mesma trilha.

Codigos:	Artigos:	Autores:
Russo	129 § 4	Alimena.
Zurichense	59 f	Brusa.
Austriacos	37	Boscarolli.
De 1803 e 1852	§ 44	Vatel
Napolitano	147 e 149	Pacheco
Hespanhóes de	106 e 10	Viada y Vilaseca.
1822, 30 e 70	nº 4	Rueda.
Argentino	44 nº 14	Rivarola.
Oriental	19 nº 11	
Portuguezes de	19 nº 5	Silva Ferrão.
1852 e 1886	e 34	Philastre.
Japonez	104	Boissonade
Brazileiros de	16 § 17	Mendes da Cunha.
1830 e 1890	39 § 13	Días de Toledo.
		Thomaz Alves.
		Paula Pessoa.
		Francisco Luiz.
		Carlos Perdigão.

Salienta-se o nosso paiz na questão não só porque os seus codigos admittiram a co-pluralidade de agentes, como aggravante *geral* de *todos* os crimes e *qualificativa* no homicidio, mas tambem os seus interpretes applicando a lei ou formando a doutrina têm todos tomado parte na interessante controversia, theorica e praticamente fecunda, si bem ou mal orientados, dando ou não a melhor ou peor solução, não é a questão.

Eu respondo á affirmativa de Sighele com os codigos citados, especialmente os nossos e com os nossos autores e a nossa jurisprudencia, inclusive o projecto do Codigo Penal de 1893, art. 30 n. II que teve por fim fixar na pratica o sentido genuino do valor juridico da co-pluralidade de delinquentes conforme a theoria scientifica do instituto.

DR. JOÃO VIEIRA DE ARAUJO.

Pactos successorios

Os velhos juristas que organisaram as Ordenações Philippinas determinaram no liv. 4º, tit. 70, § 3º que se considerassem como reprovados e consequentemente nulos os pactos de succedendo. Não é necessario dizer que pactos de succedendo “ são aquelles pelos quaes alguém ou promette a outrem institui-o herdeiro, ou transfere a terceiro o direito de succeder na herança de pessoa viva. »

Procedimento diverso tiveram os velhos juristas com os pactos de non succedendo, isto é, aquelles pelos quaes se renuncia a herança de uma pessoa viva.

Quanto a estes o § 4º da Ordenação de que ha pouco eu fallava não os prohibio ; admittio a sua validade com a condição de serem confirmados por juramento.

Ao Desembargo do Paço competia dar licença para dito juramento, licença necessaria, pois a ord., liv. 4, tit. 73 prohibia os contractos jurados. Aconteceu, porém, que a lei de 22 de Setembro de 1828 aboliu o Desembargo do Paço sem dar aquella attribuição a outro qualquer Tribunal. Diante disto entendeu-se então que os pactos de non succedendo não eram mais possiveis no nosso direito.

Esta ultima opinião não passou, porém, sem reparo. Praxistas de importancia sustentaram a validade dos pactos de non succedendo, argumentando com o dec. de 17 de Julho de 1778 e com a lei de 17 de Agosto de 1761.

Entre outros, Coelho da Rocha sustentou a validade das renunciias de successão, opinião que foi seguida por Candido Mendes.

A opinião *commum*, porém, é que mesmo os pactos de non succedendo são prohibidos no nosso direito, opinião sustentada entre outros por Lafayette (Not. 4 em App. ao Dir. de Fam.).

Faça-se, porém, desde já uma excepção. E' assim que a prohibição dos factos successorios não attinge os pactos e condições que apparecem em contractos matrimoniaes sobre a successão reciproca dos esposos (Cons. das leis civis art. 354 firmado no § 8º da lei de 17 de Agosto de 1761).

Ha tambem quem sustente que são validos, no caso de se pactuar sobre herança de terceiro e este consentir —(Coelho da Rocha—Dit. civ. port., tom. 2º, pag. 741).

Fica, portanto, assentado *que* o nosso direito prohibe, em regra, os pactos successorios, quer sejam de succedendo, quer de non succedendo, trate-se da universalidade da herança, de uma quota parte ou de uma cousa determinada.

Mesmo a intervenção no pacto da pessoa de cuja successão se trata não lhe tira o character de nullidade, tal é a severidade da lei a este respeito.

E basta de legislação brasileira o que ahi fica dito á respeito da questão de que me occupo.

O meu fito, recorrendo ao nosso direito positivo logo no começo, foi constituir um nucleo, um centro, a roda do qual podesse bordar as considerações que se vão seguir, todas relativas aos pactos successorios e tendentes a mostrar que o interdicto lançado sobre taes pactos não tem mais razão de ser ; que, si era admissivel tal prohibição no direito romano em virtude de razões proprias deste direito, ella não o é mais no direito moderno que, aliás, neste ponto, em alguns paizes vai além do proprio direito romano, tomado como typo.

Eu estou certo de que os juristas que prohibiram os pactos successorios de um modo tão expresso julgaram-se conformar in-totum a pura doutrina romana, expressa de um modo muito claro em mais de um texto do velho direito dos quirites.

Não é menos certo que elles estavam convencidos de prestar com isso um grande serviço a humanidade,

pois consideravam taes contractos como immoraes, attentatorios aos bons costumes, á honestidade publica.

Eu pretendo, porém, mostrar que os velhos juristas estavam n'um « doce engano d'alma ledo e cego, » laboraram n'uma illusão ; pois que, nem a tradição ou antes o direito romano sanciona totalmente uma prohibição absoluta, nem são procedentes ou outros motivos da prohibição. E' effectivamente facil de provar que o interdicto deve ser levantado, tanto mais quanto elle não se justifica diante das inconsequencias da lei.

Note-se desde já que a prohibição de pactos successorios não se limita, nos paizes onde elles são prohibidos, á parte de que o de *cujus* não podia dispor, no caso de ter herdeiro necessarios. Mesmo não havendo taes herdeiros, mesmo quanto a parte disponivel, quando os ha, os pactos successorios são prohibidos.

Como se vê a prohibição assume um character odioso, tendo limitadissimas excepções.

Seguindo uma ordem inversa da que seguiu Cimbali no estudo desta questão, antes de mostrar que a tradição não sanciona a prohibição absoluta dos pactos successorios, refutarei os outros argumentos que se oppõem a validade de taes pactos.

A questão podia mesmo ser remontada ao exame da melhor forma de successão : si a legitima, si a testamentaria.

Si quizesse me embrenhar neste assumpto, cujo estudo não pretendo fazer, pelo menos nesta occasião e neste lugar, eu sempre diria que não comprehendo as leis que permittem aos individuos venderem tudo o que tem durante a sua vida (1) ; gastarem o patrimonio de seus filhos mesmo no jogo ou em outros vicios, prohibindo-lhes que disponham livremente de seus bens para depois da sua morte. Que a lei seja ao menos consequente. Si não admitte que quem tem herdeiros necessarios possa dispor de todos os seus bens para depois da sua morte, não permitta que durante a vida, o patrimo-

(1) A curatella dos prodigos não prova contra a proposição.

pio possa ser destruído em detrimento desses mesmos herdeiros.

Como se vê existe ahí uma inconsequencia palmar.

São, porém, assim mesmo, inconsequentes e injustificaveis, todas as creações artificiaes que não se baseam nos sãos principios da philosophia.

O melhor systema de successão, diga-se sem reboço, o que está mais de accordo com a organização da propriedade, é o da liberdade de testar.

Si o systema da successão legitima repousa em parte na affeição presumida, em parte tambem, na hereditarie-dade, si este systema tem uma base real, não fazendo o legislador mais do que se conformar á vontade presumida do individuo, para que coagir este a fazer o que, sem a injuncção legal, elle faria livremente?

Si tal systema não é racional, si não tem um fundamento natural, para que a coacção si o individuo durante a sua vida tem meios de illudir a lei?

Mas não é a preferencia a dar a este ou aquelle systema de successão que eu discuto aqui. Mesmo acceitando o systema de successão legitima, a questão dos pactos successorios pode ser agitada por ser distincta daquella.

E' chegado, porém, o momento de passar em revista os diversos argumentos levantados contra aquelles pactos, deixando para ultimo lugar, como já foi notado, aquelle que se firma na tradição. Na sua maior parte estes argumentos foram lembrados por Pisanelli ao fazer o relatório sobre o 3º liv. do código civil italiano. (2)

Antes, porém, de referir-me aos argumentos relacionados por este autor, e que são aliás os de maior valor, eu devo referir-me ao argumento classico, que tem sido repetido por quasi todos, si não todos aquelles que não admittem pactos successorios.

Este argumento consiste em dizer que os pactos successorios implicam um *votum captandæ mortis* constituem um *pactum corvinum* e consequentemente devem ser

(2) Apud Cimbali.

proibidos por serem contrarios á honestidade publica e aos bons costumes.

Este argumento, diz Cimbali, que teve grande força de persuasão no direito romano (L. 4, código de inutil, Stipulat. XVIII, 39), conservou a sua efficacia no direito intermediario e exercitou notavel influencia entre os compiladores do código francez; mas não foi invocado por nenhum dos compiladores do código italiano. (3)

O desprezo a que os compiladores do código italiano lançaram o velho argumento, mostra que elle não tem mais cotação. Em todo caso não é demais refutal-o, visto como alguém ainda pode invocal-o.

O desejo que o pacto successorio pode despertar no pactuante, desejo que tem como objectivo a morte da pessoa sobre cuja successão se pactua não é inherente a taes contractos.

E' uma fatalidade da existencia humana, si eu posso assim me exprimir, que a morte de uma pessoa aproveite a outra que sobrevive. Mesmo isto não se dá somente na existencia humana, mas em toda existencia animal.

A morte do um redundo em proveito de outro; não ha morte completamente inutil, para toda e qualquer pessoa.

Quanto *votum captandæ mortis* se faz todos os dias, sem necessidade dos pactos successorios?

Si os legisladores quizerem prohibir que se faça — *votum captandæ mortis*, — comecem por decretar a abolição da morte; porque, emquanto esta existir, aquelle voto será feito, pela razão já dada de que a morte de uma pessoa aproveita á outra que sobrevive.

Si fosse verdade, diz Larombiere refutando que taes pactos sejam prohibidos por serem contrarios aos bons costumes e honestidade publica, isto é, por conterem um *votum alicujus mortis*, dever-se-ia considerar como contrarias aos bons costumes todas as convenções feitas na previsão da morte de alguém. (4)

E' o que não se dá e o civilista francez citado aponta

(3) E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile*, pag. 305.

(4) Larombiere, *Théorie et pratique des obligations*, vol. 1^o, pag. 242

os contractos de renda vitalicia que encerram no mais alto gráo o voto homicida e que não são prohibidos.

Mas, si os sustentadores daquelle argumento persistem na sua maneira erronea de ver, sejam ao menos consequentes: prohibam todo o systema de successão abintestado.

Quem nos diz que o herdeiro legitimo de um individuo não tem desejos de que este venha a morrer? Pois não vemos todos os dias o facto degradante de herdeiros que dão ou apressam a morte da pessoa a que devem succeder?

E' curioso portanto que sustentem a successão legitima mesmo aquelles que batem os pactos successorios.

Dir-se-á, pergunta Larombiere, que o sentimento da affeição presumida dos herdeiros equilibra o desejo de morte? (5)

Neste caso perde a sua razão de ser a prohibição de pactos successorios entre os co-herdeiros.

E a prova de que o *votum captandæ mortis* não servio de base a prohibição, pelo menos no direito romano, é que este permittia as estipulações em que consentia a pessoa de cuja successão se tratava, si, até a sua morte, não mudasse de vontade.

Note-se mais que se fosse o *votum captandæ mortis* o motivo da prohibição e argumento de importancia contra os pactos successorios, deveriam ser permittidas as estipulações sobre successões futuras indeterminadas, onde é impossivel que aquelle voto se fixe em uma certa pessoa.

Vê-se que o argumento refutado não tem solidez e não pode servir de motivo a uma prohibição.

E' occasião de enfrentar razões mais salidas. E' o que eu vou fazer.

Effectivamente é uma razão mais solida a que consiste em dizer que os pactos successorios tornam incerta a propriedade.

Em que consiste, porém, esta incerteza?

Ella consiste, dizem, em que, pelo pacto successorio

(5) Larombiere, ob. cit., vol. 1º, pag. 242.

a propriedade da coisa não passa immediatamente para o poder da pessoa que deve adquiril-a; esta obtem sómente um direito de expectativa, de haver a coisa no futuro.

E' exacto e ninguem contesta que os pactos successorios só podem ter execução pela morte da pessoa em cuja propriedade estam as cousas que fizeram objecto do contracto, quer o dono dellas intervenha no contracto, quer não.

Creio, porém, que isto não torna a propriedade incerta, ou melhor, não a torna menos incerta do que já o é no direito moderno.

O direito romano permittia contractar sobre cousas futuras. E' facilimo obter a prova desta verdade, recorrendo a lei 73 D. liv. 45, tit. 1º e a L. ult. cod. liv. 8º tit. 17.

Neste ponto o direito moderno não destoa do direito romano.

Proibir, portanto, os pactos successorios a pretexto de que elles versam sobre cousas futuras e permittir que se contracte sobre cousas que ainda não existem, é um contrasenso.

Em um caso não ha incerteza na propriedade, como haveria no outro?

Não é tudo, ainda. E' permittido em direito contractar sob condição ou a termo. Eu não sei em que os pactos successorios tornam mais incerta a propriedade, do que os contractos a termo ou sob condição.

Estes contractos, todos sabem, necessitam para sua perfeita realisação, que se dê o implemento da condição ou que se varifique o termo a que elles estão sotopostos. Antes disto, aquelle que adquire a propriedade não está seguro de conserval-a, do mesmo modo que aquelle que a perde pode recuperal-a.

Attenda-se ainda que as legislações admittem a renda vitalicia e os seguros de vida, contractos subordinados a morte de uma pessoa. Tenha-se tambem em vista que é permittido contractar por carta, telegramma e telephone, quando nem sempre se está de accordo sobre o momento em que o contracto se forma, que no com-

mercio as transacções repousam, em grande parte na confiança, no credito, tendo o costume uma importancia desconhecida nos outros departamentos do direito.

Ora, si isto não torna incerta a propriedade, como podem ter tal efficacia os pactos successorios?

Só os cegos podem lhes dar esse effeito, mas, infelizmente o peor cego é aquelle que não quer ver.

Creio poder abandonar este argumento e ir a outro.

Não tem maior valor a objecção consistente em dizer que os pactos successorios diminuiriam o credito immovel e alterariam gravemente a economia do systema hypothecario.

Como observa Cimbali, estes effeitos se ligam directamente a incerteza da propriedade.

Ora, eu já mostrei que os pactos successorios não tornam a propriedade incerta, pois se assim fosse teriam o mesmo effeito os contractos a termo e sob condição, os contractos entre ausentes, os seguros de vida, etc.

Nestas condições a que fica reduzido o argumento? A nada.

Para dar o tiro de misericordia nesta objecção basta-me recorrer a experiencia. Esta é uma prova evidente da influencia nulla dos pactos successorios sobre o credito immovel e o regimen hypothecario. Basta notar que, na Prussia, apesar de serem aquelles pactos permittidos, o credito immovel não tem diminuido, nem o systema hypothecario tem deixado de aperfeiçoar-se, adquirindo uma importancia que desconhece em outros paizes.

A experiencia, portanto, prova de um modo irrefragavel, a inanidade da objecção que acabo de analysar.

Não se limitam, porém, a esses os argumentos.

F' assim que ainda se diz que, pelos pactos successorios, o individuo renuncia ao direito de dispor por testamento, direito inalienavel de que o homem não pode abrir mão, tanto mais quanto a constituição do pacto viria destruir a propria successão testamentaria, visto como o testamento é um acto de natureza revogavel, não podendo se dar o mesmo com o pacto successorio.

E' o que diz mais ou menos Pacifici-Mazzoni nas seguintes palavras :

Os pactos de futura successão opporiam um invencível obstaculo á revogabilidade das disposições feitas por uma pessoa, para depois de sua morte; por outro lado a lei quer sabiamente que todos conservem até a sua morte a faculdade de revogar as disposições acima ditas. (6)

Isto diz o grande civilista italiano depois de enumerar alguns dos argumentos de que já me tenho occupado.

Não é necessario muita penetração para comprehender que o argumento que ora analyso não tem valor. E' o que facilmente se vai ver nas consideração que se seguem.

Quando o individuo dispõe de uma cousa pratica um acto de liberdade que a lei não pode prohibir. Esta é pelo menos a regra, unica aliás, que está de accordo com o conceito da propriedade.

Si o dispor de uma cousa acarretasse a renuncia do direito de dispor por testamento, a consequencia seria que, para guardar tal direito, o individuo não poderia dispor de nenhum de seus bens, visto como desapareceria para o mesmo individuo a faculdade de dispor desses mesmos bens por aquelle meio. Seria condemnar o individuo a accumular durante a sua vida sem poder dispor; porque qualquer transacção traria um cerceamento a faculdade de testar.

E' preciso distinguir o direito subjectivo do objecto.

Creio que não ha quem diga que o direito subjectivo, a faculdade de dispor por testamento desapareça por effeito do pacto successorio.

Note-se ainda que o direito de fazer testamento é facultativo; o individuo usa delle si quizer. Si dispoz de tudo o que tinha para depois de sua morte por meio de um pacto successorio é porque não quiz fazer testamento; não que alienasse a faculdade de poder fazel-o, desde que tenha de que dispor.

E' occasião de dizer com Cimbali que si se quizesse manter completa a faculdade de testar dever-se-ia abolir totalmente os contractos de disposições entre vivos, e

(6) Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. italiano*, vol. 1º, n. 83, pag. 68.

especialmente as doações, as quaes, apenas concluidas, produzem o effeito immediato de transmittir, actual e irrevogavelmente, a propriedade das cousas doadas da pessoa do doador a do donatario. (7)

Poder vender, doar, destruir até e não poder fazer pactos successorios é um contrasenso juridico de tal sorte que faz pena ver escriptores de nota suffragarem a objecção que acabo de rebater.

Antes do passar além eu devo dizer que Mazzoni pensa que as convenções sobre herança abririam a porta para illudir-se as mais *prudentes disposições legislativas* que, em virtude de razões de ordem publica, ou reservam direitos hereditarios a determinadas pessoas ou privam outras no todo ou em parte da faculdade de haver a herança de um defunto.

Eu já disse que não é aqui o meu fito discutir os systemas de successão, por isto só tomo de argumento de Mazzoni a feição que se refere aos pactos successorios.

Ainda mesmo que fosse exacto o que diz o civilista italiano, isto só provaria que a lei deveria oppor certos limites aos pactos successorios, nunca prohibil-os expressamente.

Sabe-se, e eu já observei no começo deste trabalho, que mesmo não havendo herdeiros necessarios, mesmo quanto a parte disponivel da herança no caso de haver taes herdeiros, os pactos successorios são prohibidos.

Ainda que o pacto se dê entre o de *cujus* e os herdeiros, ainda que estes consistam, a prohibição subsiste.

Os pactos successorios podem muito bem se conciliar com o systema de successão legitima.

O argumento de Mazzoni não resiste, portanto, a uma analyse e prova mesmo de mais.

Antes de estudar si a tradição sanciona a doutrina da prohibição, resta-me submeter a uma analyse o argumento achyllico que apresentam os partidarios desta doutrina, si tal nome se lhe pode dar.

A objecção de que trato é a seguinte :

“ Os pactos successorios tendo por objecto simples

(7) Cimbali, ob. cit.

esperanças de duvidosa realisação, tornam-se iam incentivo de convenções lesivas para o herdeiro presumido, impellido a maior parte das vezes pela cupidez ou pela necessidade a alienar um direito incerto por um equivalente certo, porém de valor relativamente mesquinho. »

Cimbali de quem eu tiro a citação acima, accrescenta, porém, citando Mattiolo, que a possibilidade do abuso não constitue titulo sufficiente para a condemnação de uma instituição. »

Demais, o inconveniente não é insuperavel, visto como pode-se admittir a rescisão no caso de haver lesão, o que servirá de correctivo e impedirá que o herdeiro seja enganado.

Deste modo « seria impedido o abuso, mas não vetado o uso de um direito, como tantos outros, sagrado e inviolavel. »

Esta prohibição é, aliás, anti-economica, porque restringe as transacções, e contraria a natureza do direito de propriedade, porque traz-lhe restricções que não se compadecem com a indole desse instituto.

E' occasião, porém, de examinar si a tradição sanciona in totum a prohibição quasi absoluto dos pactos successorios. Para isto é necessario remontar ao direito romano, base do direito civil moderno, como é hoje sabido de todos.

O trabalho, aliás, já foi feito por escriptores de nota e eu não tenho a pretensão de descobrir textos novos que venham illustrar o assumpto.

E' muito sabido que o direito romano manifestou sempre uma certa aversão pelos pactos successorios, aversão explicavel até certo ponto por certas razões peculiares ao povo rei, figurando talvez entre ellas e com grande importancia o formalismo exaggerado de seu direito.

Esta aversão levou o direito romano a prohibir, em regra, os pactos successorios. A prohibição, porém, não era illimitada. Ver-se-á, posteriormente que, apesar de todo o seu rigorismo, o direito romano admittio casos notaveis em que se podia pactuar sobre uma successão futura.

Creio não ser necessario mencionar aqui todos os textos do *Corpus Juris* onde a prohição de pactos successorios se manifesta de um modo claro ou por uma indução: estes textos são muito conhecidos. Citarei, a titulo de exemplo, as ll. 15 e 30, cod. de pactis, II, 3; a l. 5, cod. de pactis conventis, V, 14; o fr. 94 D. de adquir. vel omit. hered, XXIX, 2; a l. 4, cod., de inutil. stipulat, VIII, 39.

São estes os principaes textos de que se servam os interpretes do direito romano para provar que este direito não aplendia os pactos successorios.

Não é necessario ao fim a que me proponho examinar os motivos da prohibição. Si tivesse isto em vista eu referiria com Lomonaco as palavras de Perezio: *Contra bonos mores is facere videtur, qui paciscitur de heriditate viventis, eo ignorante et non volente; quia materiam praestat insidiae vitae illius de cujus hereditate agitur, et auferre intendit testandi libertatem, quae per pactum impedire non potest*; ou as de Richeri: *Romanae leges improbant pacta de successione viventis: 1º quia votum captandae mortis inducant; 2º quia testandi facultatem adimant, et ideo visa sunt bonis moribus contraria; 3º quia hereditas testamento dari debeat, non contractu, atque haec ratio efficit, ne ratæ habeantur renunciationes futurae successionis, nec ullus pactis dotalibus favor tribuitur, quia semper vigente eadem rationes; casus tantum excipitur, quo consentiat ille, de cujus hereditate agitur, qui tamen potest testamento aliter statuere, quam, pactis conventum sit.* (8)

Eu podia tambem lembrar aqui a opinião de Leyser, citado por Luiz Teixeira (9) que liga a prohibição ao habito *quasi quotidiano* dos habitantes da antiga Roma tirarem a vida pelo veneno e outros meios atrozes ás pessoas a quem tinham esperanças de succeder.

Poderia lembrar Larombiere que na obra já citada funda a prohibição na lesão presumida pela lei.

O meu fito, porém, é mostrar que o direito romano admittia muitas excepções a prohibição dos pactos suc-

(8) Apud Lomonaco, *Delle obbligazioni*, L. pag.

(9) Luiz Teixeira, *Curso de dir. civ. port.*, vol. 2º, pag. 253.

cessorios. E' o que vou mostrar com os textos na mão.

E' assim que o fr. 20 § 3º e fr. 39 § 5º Dig. familiæ ercisc. X, 2; leg. 21, cod. eod. tit. III, 36, permittiam que o *de cujus* fizesse directamente a partilha de seus bens entre filhos e descendentes, para que, como diz a Nov. XVIII, cap. 7 princ., *a fraterno certamine* eos præservent. Também no caso de *societas omnium bonorum* podia haver pacto successorio, como provam o fr. 3º § 1º Dig. pro socio, XVII, 2 e o fr. 73 pr. Dig. eod. tit. Ainda era valido, e prova-o a l. 19, cod. de pactis II, 3, o pacto de successão reciproca entre militares.

Além disto, era valido, e eu já o observei anteriormente, o pacto que versasse sobre a herança de uma pessoa estranha, no caso de esta consentir e perseverar no consentimento até a morte. E' o que diz claramente a l. 30, cod. de pactis, II, 3.

Ha ainda dois casos notabilissimos no direito romano: o testamento nos primitivos tempos e a doação mortis causa em todos os tempos.

Eu quero falar do testamento per æs et libram que tinha uma feição contractual, recorrendo-se para a sua formação á *mancipativo*, ao *liòripens* e ás cinco testemunhas.

Dava-se assim uma verdadeira venda, onde havia até o pagamento symbolico representado no peso.

A doação mortis causa foi em todo os estados do direito romano um contracto, tanto assim que necessitava do consentimento do donatario; que pela morte do doador, vivendo o donatario, este adquiria os bens que formaram a doação por effeito do contracto, independentemente da herança, sem que fosse necessaria a addição desta; que o donatario não era um representante do doador, como o herdeiro. Isto é, provado por mais de um texto.

Não se pode, portanto, dizer que o direito romano sanciona a prohibição absoluta dos pactos successorios.

O direito canonico exceptuou da prohibição geral os pactes renunciativos no caso de serem jurados. « Na epocha intermediaria, prevalecendo sempre os principios

do direito romano, foram olhados com desconfiança; os pactos de futura successão menos nos casos excepçionaes admittidos por aquelle direito. » Quanto a França deste periodo é necessario fazer distincções em paizes de direito escripto e paizes de direito costumeiro. Nos primeiros os pactos successorios eram em regra prohibidos, a não ser quando appareciam nos contractos de casamento.

Nestes pactos podia-se estipular tanto a favor dos esposos como a favor da prole futura.

O contrario se dava nos paizes de direito costumeiro. Ahi os pactos successorios eram, geralmente, validos, com tanto que ficassem salvos os direitos que alguém podesse ter sobre os bens.

Esta liberdade, porém, foi posteriormente coarctada com a preponderancia que veio a ter o direito romano.

O cod. napolionico seguiu de mais perto o direito romano, do que o direito costumeiro. E' por isto que nelle encontramos a prohibição como regra, e a permissão excepcionalmente.

E' força, porém, convir que o cod. napolionico, seguindo o direito romano, foi mais rigoroso do que este para com os pactos successorios. Tanto isto é exacto que o cod. francez os considera nullos (art. 791 do cod. civ.), mesmo quando nelles intervem com seu consentimento a pessoa de cuja successão se trata, o que, já se viu, era permittido pelo direito romano (art. 1130 do cod. civil).

A prohibição dos pactos de que me occupo é, aliás, uma consequencia do art. 893 do cod. que preceitua não poder ninguem dispor de seus bens, a titulo gratuito, a não ser por doação entre vivos ou por testamento.

E' verdade, porém, que são consideradas como validas as doações por causa de matrimonio quanto a todos ou parte dos bens na epocha da morte do conjuge.

O que me convem fazer notar aqui é que o cod. francez, apesar da aversão que manifestou pelos pactos successorios, prohibindo-os expressamente ao determinar no já citado art. 721 que não se pode mesmo por contracto de casamento renunciar a successão de um homem vivo,

nem alienar os direitos eventuaes que se possa ter nesta successão, admittio excepções a regra.

Os arts. 761 e 1075 são a prova do que affirmo.

O primeiro valida o acto pelo qual, durante a sua vida o pai ou mãe que tem filhos naturaes concede a estes metade dos bens que lhes são conferidos por lei, *não podendo o filho reclamar* desde que o progenitor declare expressamente que quer reduzir a isto a parte que lhe cabe.

O segundo diz expressamente: « O pai, mãe e outros ascendentes poderão fazer entre os filhos e descendentes a distribuição e partilha de seus bens. » Esta partilha diz o artigo seguinte pode ser feita por acto entre vivos ou por testamento.

São, como se vê, excepções a prohibição, que se insinuaram no cod. francez, por mais que se quizesse vedar o uso do direito de dispor daquillo que é proprio.

A doutrina do cod. francez repercutio nos codigos da Italia anteriores a sua unificação, de sorte que os pactos successorios foram em regra geral prohibidos.

Eu deixo, porém, de lado os codigos anteriores a unificação para estudar o systema do actual. Estabelecendo o principio de que a successão só pode ser deferida por lei ou por testamento (art. 720) o cod. civil italiano prohibio em absoluto os pactos successorios e ahi estão para prova-o os arts. 954, 1118, 1380 e 1460.

No art. 954 se diz que não se pode no contracto de matrimonio renunciar a herança de uma pessoa viva, nem alienar os direitos eventuaes que se pode ter a tal herança.

Nada mais claro do que isto. O art. 1118 na sua segunda parte preceitua que não se pode renunciar a uma successão, não ainda aberta, nem fazer estipulação alguma sobre a mesma, pouco importando que seja com aquelle de cuja herança se trata, ou com terceiro, mesmo havendo consentimento.

Por seu lado o art. 1380 diz que não se pode fazer convenção alguma tendente a mudar a ordem legal da successão.

Finalmente, o art. 1460 determina que é nulla a ven-

da dos direitos de successão de uma pessoa viva, ainda que esta consinta.

Estes artigos dão a conhecer que o systema do cod. civil italiano é o da prohibição absoluta dos pactos successorios.

Os legisladores da Italia, julgando talvez seguir a pura tradição do direito romano, foram nossos romanistas do que este direito, não admittido estipulações sobre successões até nos casos em que aquelle direito admittia.

Note-se, porém, que todo o rigorismo do cod. italiano não foi bastante para abolir totalmente os pactos de que me occupo. E' assim que o proprio cod. admittio uma excepção. Ella se baseava sobre o art. 1044 quando preceitua que o pai, a mãe e os outros ascendentes podem dividir e distribuir os seus bens entre os seus filhos e descendentes, comprehendendo na divisão tambem a parte não desponivel.

Esta divisão pode ter lugar por acto entre vivos ou por testamento (art. 1045).

Exceptuando, porém, este caso, o cod. italiano é, como já se vio, de um rigorismo exaggerado para com os pactos successorios.

O cod. hespanhol seguiu a theoria da prohibição.

Começou por estatuir no art. 658 que a successão se defere pela vontade do homem manifestada em testamento, e, na falta deste, por disposição da lei.

No art. 991 só permittio repudir a herança de uma pessoa que está morta.

E', porém, o art. 1271 que se occupa especialmente do assumpto.

Diz elle na sua segunda parte que não é admissivel contractar sobre heranças futuras, a não ser aquelles contractos que têm por objecto praticar entre vivos a divisão de uma herança.

Esta divisão é aliás permittida pelo art. 1056, a menos que haja prejuizo para a legitima dos herdeiros necessarios.

Não é preciso dizer mais. Pelos artigos citados vê-se que no cod. hespanhol só excepcionalmente os pactos suc-

cessorios são permittidos. E' a theoria romana exaggerada.

O cod. portuguez não seguiu caminho diverso. Transcrevo textualmente o seu art. 2042, por onde se vê que o codigo de que trato foi além do direito romano e de outras legislações rigoristas.

O artigo citado resa assim : Ninguém pode, *nem sequer por contracto antinupcial*, renunciar a successão de pessoa viva, ou alienar ou obrigar os direitos que eventualmente possa ter a sua herança.

E', como se vê, o requinte do rigorismo, de que não estão exceptuados nem os pactos anti-nupciaes, excepção que fazem algumas legislações.

Pelo cod. vivil hollandez é tambem prohibido pactuar sobre successões futuras. Lá está o art. 1109 dizendo que não se pode mesmo por *contracto de casamento* renunciar a successão de um homem vivo, nem alienar os direitos eventuaes que se pode ter a esta successão.

Tambem o art. 1370 prohibe fazer quaesquer estipulações sobre successão futura, mesmo com o consentimento da passoa de cuja successão se trata.

Tambem prohibe pactos successorios o art. 1600 do cod. vivil do Cantão de Genebra.

A legislação austriaca, si não vio com bons olhos a successão contractual, não banio-a de um modo absoluto, de sorte a impossibilita-la totalmente.

E' verdade ser a prohibição a regra geral, sendo vedado fazer pactos que digam respeito a toda herança ou a uma parte determinada desta em relação ao todo ; mas, lá está o § 602 do cod. geral, abrindo uma excepção para os pactos que se realisam entre conjuges.

Em contraposição a essas legislações que seguem, como já se vio, o systema da prohibição, com mais ou menos amplitude, ha systemas juridicos em que taes prohibições não existem.

Em taes condições, por exemplo, estão as legislações germanicas.

E' assim que o cod. civil prussiano admite a successão contractual incondicionalmente.

Em identicas condições está o cod. da Saxonia.

O projecto (?) de cod. civil allemão não seguiu theoria diversa, pois admittio aquella successão o mais liberalmente possível. Trata desenvolvidamente do assumpto, tendo até uma secção intitulada: Das disposições contractuaes por causa de morte. (10)

Muito liberal é também a doutrina do cod. civil do Cantão de Zurich que permite pactos successorios, não só sobre a propria herança como sobre heranças de terceiros.

Nos seus arts. 1052 e seguintes se occupa extensamente do assumpto, encarando-o em seus diversos aspectos, dominando em todos um tal espirito de liberdade que faz desta legislação uma das mais adiantadas sobre o assumpto.

Si examinarmos a legislação da velha Albion veremos que ahi os pactos successorios são permittidos.

Facilmente pode-se ter a prova disto recorrendo a obra de Glasson: *Hist. do dir. e das Inst.*, vol. 6º, pagina 374.

Na Russia encontramos também a successão contractual.

O cod. considerou a instituição por contracto como um terceiro modo de devolução da successão.

O cod. russo admitte varias especies de pactos successorios de que, aliás, não me occuparei, porque não interessa ao meu assumpto. (11)

As legislações da America latina seguem, em regra geral, a doutrina da prohibição. Esta se acha, por exemplo, expressa no cod. civ. do Perú, art. 1252 e 1345; no cod. civ. argentino art. 1175; no do Chile, art. 1463; no do Haiti, art. 650 e 921; no da Bolivia, art. 1019; no do Uruguay, art. 1259, etc.

E' preciso, porém, observar que, mesmo nos paizes onde a prohibição é a regra geral, excepções mais ou menos limitadas existem.

(10) Vid. Projecto de *Cod. civ. all.*, trat. de Raul de Grasserio, pag. 431.

(11) Para maiores desenvolvimentos no E. Lehr, *Dir. civ. russe*, pag. 63 e seguintes.

E' preciso, porém, concluir.

Do exame das legislações se conclue que a questão não tem sido resolvida de um modo uniforme. De um lado se aggrupam legislações que prohibem; do outro, legislações que permitem.

E' força confessar, porém, que as legislações que prohibem a successão contractual são aquellas em que o direito romano teve uma influencia avassaladora, já directamente, já por intermedio de codigos moldados á feição das leis romanas.

Entretanto vio-se que o direito romano não sanciona completamente a prohibição, pois admite excepções importantes que limitam-na de um modo sério.

Accresce que algumas das razões justificativas da prohibição nesse direito não tem mais importancia no direito moderno.

Quanto aos outros motivos da prohibição, eu creio ter mostrado que não são concludentes, nem justificam a medida *violenta* da privação de um direito.

Si algum pequeno inconveniente restasse, poderia ser affastado por alguma disposição legal. Que isto é possível provam as legislações dos paizes que admittem os pactos successorios.

De tudo isto o que eu concluo é que no direito moderno não tem mais razão de ser a prohibição de tacs pactos. Esta prohibição subsiste por uma supersticiosa veneração ao direito romano.

TTTO ROSAS.



1000

1000

1000



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 incidentemente, 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 ponografico*, 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 immobibilidade 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 empresa 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 exprimir 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 destreoccupado 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 encntrar 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, apezar 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 hybridó 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 raciocinal 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 *pangeneses* 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 mammuth, 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 antidiluvianas já estava estabelecido o commercio entre os homens.

Quem será tão ingenuo que não veja ahi uma hypothese e subtiliza 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, apezar 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 mamíferos 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 antropeide; 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, emquanto 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 sociais*, 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 código 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 servizi.

« 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 paleontologica 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, cosi 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 rinvenire 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 qualificcu), 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 sóra 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 possível 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 aprioristicas 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 inducções 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 deleitavel 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 lettras procuram correr para o vasto oceano da civilisação e ahi 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 medievaes, 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 desenvolver-o, 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 psiquiatria.

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 refiro 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, ali 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 constataada, 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. Quiz 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 physicas, 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 exaggeradas 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 inacessiveis.

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.

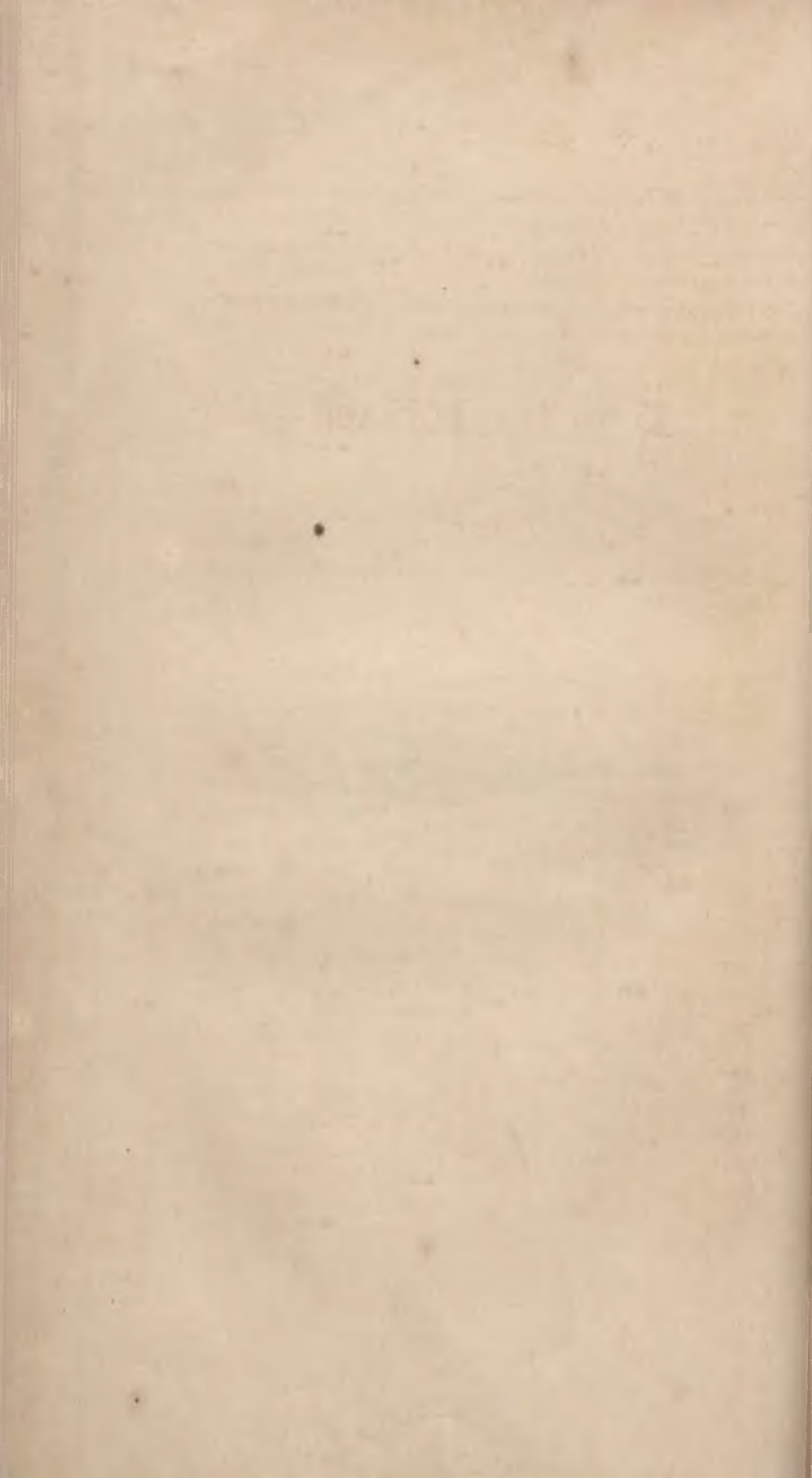
Assim prestarão o relevante serviço de quebrar esse *idolo com pés de barro*, que hoje se impõe á adoração dos juristas, e ao qual se pode com verdadeira propriedade

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.





Analogias sociaes

É antiquissimo o uso d'este methodo. Encontra-mol-o já na Grecia. Mas só actualmente elle dá orientação aos cultores da sciencia social.

Estudemol-o sob seu quadruplo aspecto: physico, vital, psychico e metaphysico.

Aspecto vital:

Não é o primeiro na ordem logica das idéas, mas o é na ordem de successão historica.

Pythagoras iniciou-o comparando a ordem social á saude humana.

Os philosophos da historia proseguiram-no, comparando as phases da existencia social ás edades da vida humana.

Infancia, mocidade, maturidade e velhice para Stutsmann. Infancia, mocidade, maturidade, sociedade universal para Krause. Mocidade, maturidade, velhice para Bacon. Ainda recentemente nascimento, infancia, mocidade, maturidade, velhice e morte para Draper.

Melhor foi a philosophia das epochas ideaes, scientificas ou progressivas:

A de Hegel dando ao Oriente o character de infinitismo, immobilidade ou these; á idade classica, o de finitismo, mobilidade ou antithese, á actualidade o de união, relação ou synthese.

A de Benlew dando á antiguidade o imperio do idéal do bello, á idade christã o do idéal do bem, á actualidade o do idéal do verdadeiro.

A de Spencer dando ao Oriente o character de formação (embryão), á antiguidade classica o de differenciação, e á actualidade o de aperfeiçoamento (organisação).

Foi Leibnitz o factor d'essa orientação philosophica com as suas leis de analogia, como foi elle o factor d'essa formulação successiva de leis sociaes com as suas de harmonia prestabelecida, optimismo e continuidade social.

Wagelin formulou as de universalidade (collectivismo actual) e individualismo.

Herder a de solidariedade.

O que admira é que actualmente compre-se com esta moeda velha sem uma lembrança de gratidão aos seus emissores, como fez Tarde com a lei de imitação de Bagehot.

Razão tinha Augusto Comte quando queria uma ligação maior entre os homens pela veneração maior pelos mortos.

Infelizmente a loucura terminal do mestre e a ignorancia obstinada dos discipulos exaggeraram tudo até á extravagancia, deprimiram tudo até á futilidade, fecharam tudo até ao isolamento.

Mas voltemos ao assumpto.

A analogia vital complicou-se passando do exterior para o interior.

Herbert Spencer foi quem iniciou a nova phase.

Em seus *Principios de Sociologia* considera analogos os crescimentos social e vital, os grupos de funcções sociaes e osapparelhos organicos, os typos sociaes e vitaes.

Infelizmente achou na analogia tres apparelhos — o productor, o distribuidor e o regulador que não são sociaes; o distribuidor porque faz parte do productor, producção comprehendendo distribuição de productos, e o regulador porque em sociedade todos pensam, não ha um *sensorium*, como elle proprio reconhece.

Infelizmente ainda os seus typos sociaes, simples, compostos, duplamente compostos, com suas divisões triplas em nomadas, quasi sedentarios e sedentarios, nada têm com os typos vitaes, morphologicos, phylogenicos, etc.

Puchta, Schœffle, Kunze, Lilienfeld alargaram o conceito na Allemanha.

Schœffle no livro *Structura e vida do corpo social* quer que se applique á sciencia social o methodo da biologia, mais ainda que se divida a sciencia social em anatomia, histologia, physiologia ; consequentemente, elle descobre na sociedade a cellula da familia, o intersticio cellular da riqueza, a fibra das estradas, os tecidos, os órgãos e os systemas organicos, por exemplo a epiderme na policia e finalmente os apparatus, por exemplo o da locomoção na armada. Creio que foi elle o primeiro que considerou uma anemia o pauperismo social.

Lilienfeld no livro *Considerações sobre a sciencia social do futuro*, em suas leis agitou-se no mesmo elemento de methodo, sciencia, organização e funções sociaes vitaes. Para elle deve haver até uma psychophisica social, isto é, uma sciencia das relações d'alma com o corpo social.

E' muita coisa vital machucada, empilhada e amalgamada, muita obra prima de artistas eximios Buckle, Quetelet, Comte, Spencer, Mill, Bagehot, Le Bon, Taine, Bluntschli, etc., desmoronada em ruinas.

E' que a moda tem uma força hallucinadora. Noiré não fez uma philosophia segundo o espirito da epocha dando alma a toda a materia, alargando a vontade de Schopenhauer, a consciencia de Hartmann?

A sciencia social não conhece hoje outro methodo. A indução é cousa morta. A analogia é tudo, methodo, lei, orientação, opinião geral. Fouillée dá-lhe provas physiologicas e psychologicas. Tomou o lugar da hypothese. Infelizmente a hypothese é supposição d'uma cousa conhecida para explicar outra desconhecida e verificar o seu valor no curso das investigações posteriores ; e analogia é mera relação d'uma cousa a outra.

Para darmos um exemplo da hypothese. Lamarck suppoz para explicar a origem do homem, sua descendencia animal, muito preferivel pela verificabilidade aos systemas creacionistas.

Foi renhida a lucta travada principalmente por Cuvier contra a theoria da descendencia sustentada por Geoffroy de S. Hillaire ; mas a hypothese foi verificada nas

seriações vitaes fornecidas pelas sciencias concretisadas dos seus factores, a morphologia (histologia, anatomia, embryologia), paleontologia, chorologia, æchologia, e na grande lei de Baer e Hæckel da recapitulação da phylogenesis pela ontogenesis.

Aspecto psychico :

E' o segundo na ordem da successão historica.

Platão iniciou-o comparando a sociedade á alma humana, dando-lhe as funcções psychicas de intelligencia, coragem e appetite, para dar-lhe as classes de politicos, guerreiros, economicos, e suas respectivas virtudes de prudencia, bravura e actividade.

A. Comte proseguio-o, considerando a humanidade um homem universal cuja vida é determinada por duas forças tambem universaes, a de solidariedade que ligou os mortos, liga os vivos e ligará os vindouros, a de continuidade que liga os vivos aos antepassados e posterios. Um capital de tres moedas cunhadas por Platão, Leibnitz e Herder, para não fallarmos em Goethe e Pascal.

Ainda hoje em Direito Publico vigora esta analogia, considerando-se o poder legislativo como o que pensa, o governamental como o que quer, e os executivo e judiciario como os que agem.

Aspecto physico :

E' o primeiro na ordem logica das ideas, mas o ultimo na ordem de successão historica.

Está ainda indefinido.

G. Le Bon considera a sociedade como um *cosmos*, mas accidentalmente, relativamente á fatalidade dos seus phenomenos.

A. Comte seguindo o conceito da philosophia da historia de Wagelin, de forças vivas e mortas, divide a sciencia social em statica e dymnamica, a statica reunindo os phenomenos da ordem e a dymnamica os do progresso.

Schæfle considera o egoismo força de repulsão e altruismo força de attracção.

Vae-se accentuando a analogia das sciencias sociaes com as do mundo inorganico.

Thibaut quer que haja uma mathematica juridica, dos direitos que não mudam com os tempos e logares, como a hypotheca e a venda.

Kunze quer que haja uma mechanica juridica dos direitos relativos á utilidade e finalidade, e á equidade e moralidade.

Ihering dá a esta mechanica quatro alavancas: a da recompensa, a do constrangimento, a do amor e a do sentimento do dever.

Kunze e Lilienfeld querem physica juridica regulando a marcha do corpo juridico, e chimica juridica dando a materia fundamental do direito; ficções juridicas são ahi nebulosas sociaes e analogias juridicas são crystallisações.

E' o cahos na Logica.

Cada um quer celebrar-se por uma *creação original* e lança aos livros o que a imaginação lhe suggere. Não vê que o tempo é curto e precioso.

Aspecto metaphysico:

Comprehende os organismos sociaes que têm uma base physica e uma elevação idéal;

O de Rousseau sobre o qual levanta-se o contracto social;

Os de Schelling e Hegel sobre os quaes levantam-se os maiores idealismos conhecidos;

Em geral os organismos sociaes de todos os allemães pelo seu conceito finalistico, teleologico; Unidade vivente para Kunze; União de actividade e intelligencia para Fredlémburg; União de vida moral para Ahrens; Lei de finalidade social em opposição á de causalidade mechanica, natural e vital; d'onde character de meio e fim juntamente para Kant, Puchta, Lilienfeld, Ihering e Bluntschili.

Estudemos a analogia sob seus aspectos mais importantes para a questão: logico e biologico, 1º porque é uma lei do pensamento; 2º porque trata-se principalmente da analogia entre a vida e a sociedade.

Aspecto logico:

Em logica a analogia é relação e raciocinio.

Como relação é um character semelhante de dois factos distinctos ou differentes.

Varia assim o seu conceito de similitude de cousas distinctas á similitude de cousas differentes. E' preferivel o primeiro: não ha razão scientifica para separar gradações de um facto salvo em divisão após um conceito commum.

A analogia é assim a relação logica de similitude.

Faz parte das relações logicas que são de similitude, co-existencia, successão, composição, causação e congnição (co-existencia por causação).

Sua função intellectual é a de produzir-nos ideas geraes de especie, por exemplo animal, vegetal, etc.

Como raciocinio é a conclusão de mais similitude entre cousas de similitudes conhecidas (Stuart Mill-Logique inductive et deductive, vol. 2º pag. 83).

Stuart Mill esqueceu ahi a existencia possivel de caracteres differentes.

Com esta correcção fica o raciocinio onde dos caracteres semelhantes conhecidos concluem-se outros semelhantes desconhecidos si a isto não se oppõem os differentes.

A. Bain não desenvolveu a materia; mas presuppõe esta cposição.

« A analogia como função distincta da inferencia suppõe que duas cousas, que assemelham-se sob certo numero de pontos, podem assemelhar-se sob outros não ligados por causalidade ou co-existencia. » (Logique inductive e deductive pag. 211 e 212).

Que especie de raciocinio é este? Vejamos isto.

Os raciocinios são de dous modos: do particular ao geral (inducção) e do geral ao particular (deducção), correspondendo aos processos intellectuaes da synthese e da analyse.

A indução, raciocinio por excellencia, tem duas partes: a reunião dos particulæres e a inferencia geral.

A inferencia não é consequencia da reunião, porque si esta esgota os casos particulares, a operação é uma somma; e, si não explica a reunião e limita-se aos casos reunidos, é ainda um total.

A inducção é assim a inferencia geral de certos casos particulares e a explicação de todos os mais.

Como uma inferencia geral pode assim explicar qualquer caso particular?

Pelo methodo que deu a inferencia.

Os methodos inductivos, descobertos por Bacon, formulados por Whewell, elucidados por Stuart Mill e Bain, são de concordancia, de differença, de concordancia e differença, de residuos, de variações concomitantes.

Mas estes methodos, ainda que o contrario digam Stuart Mill e Bain só applicam-se ás relações de causalidade, composição e congenitação.

Só aqui a crença na uniformidade da natureza combina-se com as relações estabelecidas por estes methodos entre as cousas estudadas.

Estas relações são de transformação. Os methodos inductivos são moldes, vehiculos de transformações de factos.

Dados estes moldes a crença na uniformidade natural estende-os a qualquer caso particular: é a explicação causativa, a lei de causalidade.

A lei de congenitação é uma lei de causalidade dupla. Factos que tem a mesma lei de causalidade, são congenitos.

A composição entra na causação, porque uns corpos desenvolvem-se transformando-se (organicos) e outros formam-se por forças que a crença dá como constantes (inorganicos): ambas estas composições são effeitos de causas regulares, ha em seu apparecimento lei de causalidade.

As reuniões de coexistencia, semelhança e successão, porém, não têm por si o methodo inductivo, não contêm inferencias, dão apenas proposições additivas.

Com effeito, o que é que affirma se succeder, coexistir ou parecer com outrem no que não se conhece, sem ligação causativa? Os filhos parecem com os paes por ligação causativa, os irmãos com os irmãos por congenitiva, isto é, ligação causativa commum. Os individuos da especie, do genero, da familia, da ordem, da classe e

até do typo parecem mais á menos por causalidade commun mais á mais remota.

Fora da ligação causativa só se pode affirmar o que observa-se ou o que uma hypothese suggere.

Ora a analogia não tem ligação causativa, não é objecto de observação, nem constitue uma hypothese: logo não é, como quer S. Mill, uma inducção incompleta; nem é mesmo um raciocinio porque não é uma deducção.

As reuniões analogicas como as coexistenciaes e successivas são meras proposições additivas, não autorisam á conclusões de casos desconhecidos, pelos conhecidos.

A analogia sobre não ser um methodo logico é um tropeço á sciencia, uma armadilha aos incautos, uma sobrevivencia ancestral, um legado dos tempos aventureiros em que nossos progenitores accumularam os materiaes scientificos que aproveitamos para constituir as sciencias, de envolta com innumeradas suggestões que eliminamos nessa operação criteriosa e rigorosa da constituição.

Aspecto biologico :

A analogia tem hoje um grande emprego nas sciencias naturaes; mas ahi ella está em correlação com a homologia. Sua união constitue um methodo poderoso na biologia. Vejamol-as em Gegembaur.

« A anatomia comparada distingue sob o nome de homologos os órgãos que têm um valor morphologico iguaes; e sob o de analogos os que têm um mesmo valor physiologico.

Homologia e analogia são duas noções claramente distinctas, uma tendo por objecto as relações do órgão com o seu modo de genesis; e a outra com as suas funções. O campo das homologias é o typo, uma comparação rigorosa só podendo-se fazer dentro d'elle. Fóra só encontram-se analogias; o parentesco de órgãos de typos differentes só póde se fundar sobre semelhança ou concordancia de funções.

A homologia é geral (homo typia, homo dymnamia, homonomia, homonymia) e especial. Esta é a relação entre órgãos que têm a mesma origem por provirem do

mesmo esboço. E' completa se os órgãos comparaveis; modificados na forma, contorno, etc., têm permanencia de situação e connexões. E' incompleta se falta á um alguma parte que outra tem.

A distincção de homologia e analogia tem grande importancia para o desenvolvimento da anatomia comparada. A apreciação da homologia tem separado mais da physiologia a anatomia comparada como parte da morphologia, a tem dirigido para um fim melhor; e o jogo futil das analogias superficiaes tem sido substituido pelas laboriosas demonstrações de homologia, seguida nas veredas complicadas da marcha da differenciação embryologicas ou das immensas transformações dos órgãos no seio dos animaes (Manual de anatomie comparée trad. por C. Vogt, Paris 1874, pag. 76 a 79).

Quaes os factores d'essas correspondencias, d'esses modelos e funcções vitais? Vejamol-os em Hæckel.

« A hereditariedade é uma força formadora centripeta, interna que trabalha para manter as formas organicas nos limites das suas especies, para fazer que os descendentes assemelhem-se aos ascendentes, para produzir gerações sempre modeladas na mesma ephigie.

« A adaptação ao contrario faz contrapezo á hereditariedade; é a força formadora, centrifuga ou externa; tende perpetuamente á transformar as formas organicas, sob a pressão das influencias exteriores; a tirar novas formas das preexistentes, a infirmar absolutamente a constituição e a immutabilidade das especies.

« Segundo a preponderancia na lucta, pertence á hereditariedade ou á adaptação, a forma especifica persiste ou se transforma em especie nova. » (Histoire de la Création tradfr. pag. 189).

Como agem estas forças?

Vejamol-o em Gegembaur:

« A localisação da funcção n'um ponto d'um órgão torna as mais partes do órgão séde de outras manifestações da funcção. Subdivide-se a funcção, fracciona-se o órgão em órgãos que constituem systemas eapparelhos.

A repetição complica o organismo. O esboço sim-

ples do corpo muda em uma multidão de disposições. A manifestação do conjuncto torna-se uma multidão de manifestações. (Manual cit.).

D'ahi resultam leis biologicas da differenciação e progresso.

Transplantando estes conceitos para as sciencias sociaes, eis o resultado :

A materia da homologia é o grupo social ; a da analogia a actividade do grupo.

O factor da homologia é a hereditariedade social (não a tradição). O da analogia sua variabilidade.

Logo, nada de relação entre a vida e a sociedade. O conceito biologico da analogia e homologia exclue as analogias e homologias entre a sociedade e a vida, e impõe-n'as entre as sociedades e entre seus elementos.

Assim como ha funcções analogas em órgãos differentes e órgãos homologos de funcções differentes na vida, podem haver actividades analogas em gruppos differentes e grupos homologos de funcções differentes na sociedade.

Se queremos fazer sciencia, se queremos rigor nas expressões para clareza no pensamento, como desprezarmos o conceito biologico e ficarmos agarrados á um conceito sem theoria, sem fundamento, sem proficuidade e em contradicção com o conceito verdadeiramente scientifico da materia ?

Engraçado é que ha quem queira applicar o conceito biologico á sociedade e á alma. E' muito ler e nada aprender. Para exemplo vejamos o escriptor italiano Pierre Ciciliani.

Elle quer que fundem-se a psychogenia e a sociogenia como fundou-se a biogenia (phylogenia !)

Referindo-se á psychologia, eis as suas expressões :

« Mas com que dados fundar esta dupla lei de homologia e analogia ?

A homologia psychica nós podemos deduzir (!) da structura, da constituição typica do organismo...

A analogia ao contracto obter-se-á analysando os costumes, as industrias, os instinctos, as tendencias sociaes, os halitos intellectuaes...

É erro de mais. Amplia-se o conceito de modo á desnatural-o, comprehendendo relações entre categorias de factos differentes. Confundem-se órgãos nervosos physio-psychologicos onde existem analogias e homologias vitaes, com esphera psychologica, pelo menos de psychologia subjectiva que é a que não é parte da biologia, a que assim distincta teria campo novo para applicar o methodo biologico, analogia e homologia psychicas e não vitaes.

Confundem-se finalmente funcções sociaes com base psychica ou vital, instinctos, habitos, industrias, etc., com funcções psychicas. Tudo isto para fazer « descobrir entre a vida organica e a vida psychica, a existencia d'uma dupla relação stutica e dymnamica de que trata-se de determinar e formular as leis » (Psychogenie moderne).

Felizmente esta futilidade é muito grande e dá a medida da primeira.

Só ha um meio de comparar scientificamente a sociedade com a vida, é fazer da sociedade uma funcção vital, da sciencia social um capitulo da biologia.

Já se tem pensado assim. Spencer, Hæckel, Lilienfeld, Schœfle, etc.

Hæckel na sua entropogenia, no quadro representativo das divisões principaes da biogenia, divide a historia do germen, (ontogenia) em embryologia das formas (morphontogenia) e das funcções (physiontogenia). Subdivide a ontogenia em embryologia das cellulas, cytados e tecidos (histogenia), dos individuos (prosopogenia) e dos grupos, individualidades sociaes, compostos de individuos, familias, communidades, estados (cormogenia) considerando a physiontogenia como a historia individual das actividades vitaes.

Divide tambem a historia da tribu (phylogenia) em morphophylogenia e physiophylogenia. Subdivide a morphophylogenia em histophylogenia, organophylogenia, prosopophylogenia, cormophylogenia.

Considera a physiophylogenia ou phylogenia das funcções, como a historia paleontologica do desenvolvimento das actividades vitaes, « que não têm ainda sido estudadas na maior parte dos organismos e comprehende

para o homem, uma grande parte da pretendida historia universal. » (Antropogenie pag. 15.).

Ve-se, Hæckel considera a sociedade como uma funcção da faculdade vital a sociabilidade talvez, como uma actividade vital. Tambem elle é psychologo objectivo e cellulistas, converteu a alma na vida e até no elemento vital, irreductivel da cellula, não podia deixar de fazel-o para a sociedade. O mechanicismo só é supportavel, sendo perfeito, universal. O dualismo Kantiano desnaturado depois por porção de materialistas que estenderam o mechanicismo aos animaes deixando fóra só o homem, é insupportavel mais á mais.

H. Spencer fez cousa equivalente. Em um livro de polemica procurando refutar a orientação ingleza assimilada e illucidada por A. Comte, sobre a classificação de sciencias faz da psychologia e da sociologia capitulos de biologia.

Em compensação Rumelin faz da sciencia social um capitulo da psychologia, Lassaruz e Whaitz reduzem-na mesmo á psychologia concreta (ethnologia psychica).

Não vêm que emquanto a vida tem por caracter a regularidade constante que dá a lei, a sociedade tem por caracter a regularidade mesologica quebrada pelos factores sociaes da violencia, astucia, prestigio dos vencedores e pela ingnorancia, bôa fé e fraqueza dos vencidos, como têm sido as invasões e as monarchias.

E' um supremo esforço da philosophia monistica scientifica ou mechanica unicamente formulada por aquellas duas cabeças geniaes. Fóra d'elles só tem a philosophia monistica as teleologias grosseiras de Hartmann e Schopenhauer e a delicada de Noiré, verdadeiros illusio-nismos philozophicos.

Reduzem a alma á funcção cellular ou organica e querem reduzir a sociedade á outra funcção organica. Esquecem em psychologia a consciencia perfeitamente distincta dos factos biologicos e apenas com elles relacionadas por suas proprias affirmações, subjectivamente; e seu methodo subjectivo que nada tem com o objectivo da biologia e até está em contradicção com elle, como eviden-

cia-se da applicação de ambos por H. Spencer em seus *Principios de Psychologia*.

Esquecem em sciencia social — a natureza, os factores e o character social. Emquanto a vida é um organismo com suas varias composições e funcções, a sociedade é um mero gruppó com varios arranjamientos e relações. Emquanto a vida tem por factores a hereditariedade e a adaptação, a sociedade tem por factores a vida e o espirito principalmente, as funcções vitaes e psychicas, as necessidades regetativas de nutrição e reproducção, animaes de sensação e locomoção e as necessidades espirituaes de sentimento e pensamento: consequentemente a hygiene, a economia, a liberdade physica, a familia, a sociedade, o Estado, a cultura de tudo isto, esthetica, etc., e as disciplinas respectivas, religião, moral e direito.

Vejamos estas corelações vitaes sociaes não attraentes, axiomaticas e imperiosas da sciencia social, e para isto dividamos o estudo em tres partes: elementos sociaes e vitaes correspondentes, funcções sociaes e vitaes correspondentes e sciencias sociaes e vitaes correspondentes.

Elementos:

A vida animal tem por elementos os humores, os teoidos, os órgãos, os systemas e os aparelhos.

Humores são as massas liquidas que nutrem, nutriram ou banham o animal interiormente, envolvendo ou não corpos *solidos*: a lympha, o sangue, os residuos e as secreções.

Cellulas são os elementos irreductiveis do organismo; o que o representa na origem e o que por multiplicação progressiva, o constitue em qualquer momento. Tem tres estados: o de organismo rudimentar, o de inicio d'um organismo complicado e o de elemento d'esse organismo. Em qualquer d'esses estados tem a mesma composição chimica, variação de protoplasmas simples ao protoplama com nucleo, vida manifesta na contractibilidade do protoplasma com mudança de logar nas cellulas livres e mobilidade dos nucleos nas fixas, nutrição por introduccção do alimento no protoplasma, crescimento

por nutrição geral de toda cellula ou local d'um ponto da cellula, geração por crescimento local, (fragmentação) central (divisão) e separação dos elementos crescidos, secreção por mudança do protoplasma, interna (gorduras, etc.) e externa (líquidos), d'onde as excreções formadoras de membranas envoltentes, etc., sensibilidade provavel no protoplasma pela reacção sob a influencia da luz, finalmente a actividade especifica.

Tecidos são aggregações de cellulas homogeneas, tendo por funcção especifica a actividade especifica da cellula. Têm por factores as mudanças de formas devidas ás mudanças de funcções das cellulas aggregadas, isto é, a differenciação e o progresso biologico.

Órgãos são aggregações de tecidos homogeneos ou heterogeneos, tendo funcção harmonica: portanto, caracter duplo, morphologico e physiologico, ou, como quer Gegembaur, compostos de elementos da mesma natureza ou de elementos differentes, segundo o numero e o modo de associação. (Gegembaur, obra cit. pag. 44).

Systemas são aggregações de órgãos homogeneos, tendo por funcção especifica a do tecido. Gegembaur diz « conjuncto de órgãos de composição semelhante... »

Apparelhos são aggregações de órgãos heterogeneos, tendo funcção harmonica, ou como quer Gegembaur reunião de órgãos distinctos em connexão anatomica...

Na sociedade podemos distinguir, como elementos, individuo, familia, povo e Estado.

Em comparação biologica cellulas são os individuos, porque são elementos irreductiveis da sociedade e não as familias, como querem os analogistas, que já são associações de individuos tecidos d'essas cellulas sociaes.

Não ha para onde fugir:

Ou a sociedade é uma substancia, um ser concreto com seus attributos, como a vida é um organismo, um conjuncto de cellulas com as suas funcções, e então o individuo é a cellula social, seu elemento irreductivel ou a sociedade é um attributo biopsychico, uma abstracção, uma mera relação entre individuos ou seus grupos, uma actividade individual ou *grupppual*, e então seu elemento irreductivel é a familia, correspondente á cellula.

Verdadeiro é o ultimo conceito, sociedade é mera relação ; mas falso é seu character de organico, constituído por cellulas.

O instincto leva á verdade, a má orientação desnatura-a e a contradicção torna-se opinião scientifica, systema dominante, criterio da moda, como foram os maiores erros da mentalidade humana, em astronomia o geocentrismo, em physica o emissionismo, em biologia o creacionismo, em psychologia o espiritalismo, em sciencia social porção d'elles, o nobilismo, o monarchismo, o escravismo, o socialismo, etc.

Tecidos são as castas porque são formadas de individuos homogeneos. Mas es tecidos vitaes são capitaes : as cellulas homogeneas unem-se nelles intimamente combinando as suas funcções com sacrificios de suas formas em geral. Da unidade funccional do tecido vem a uni-funcional do systema e a harmonia funccional do orgão ou do apparelho.

Nada disto na sociedade. A casta fatal nas origens é actualmente impossivel. A classe que a substituiu não tem connexões intimas e muito menos unidade funccional determinadora das funcções dos grupos superiores (orgãos, etc.) se é que elles existem. Sympathia por igualdade, approximação por sympathia, união por approximação e interesse commum, influencia por essa união taes são os seus caracteres sociaes.

Dir-se-ha no systema phantastico metaphysico, de Bluntschli por exemplo que deve haver uma classe governante, a cabeça do Estado, uma classe aristocratica, a gloria talvez do Estado, uma classe media, o corpo do Estado, uma classe proletaria talvez, um onus do Estado ?

E' muita superioridade para o Estado mero grupo social com seu systema de funcções, para esse usurpador das prerogativas da Nação, para este malvado autor das atrocidades humanas, o exterminio, a conquista, a guerra de successão no exterior, o escravismo, a servidão, o plebeismo, o despotismo no interior, a intolerancia com todos seus horrores no interior e exterior. E' muita inferioridade para o burguez, a intelligencia, a actividade,

a maioria da Nação. E' muito perpetuamente das desgraças para os miseraveis degradados.

Dir-se-ha no systema estaccionario historico que ha uma classe nobre, quiçá dupla, clerical e leiga, uma classe industrial, burgueza, uma classe agricola, campestre, uma classe serva talvez, herdeiras dos estados ou ordens medievaes ? E' muita immobillidade, hereditarieidade, para a humanidade adaptavel e progressiva. Não vêem que o clero perdeu a nobreza e o nobre as prerogativas, que o villão com o camponez fizeram o burguez, que o servo tornou-se mero proletario ? Se alguma cousa resta de tudo isto é mera sobrevivencia, especie de órgão atrophiado por cessação de sua funcção, nas sociedades confortadas, egalitarias e livres da actualidade.

Dir-se-ha finalmente no systema positivo que ha uma classe productora, uma medeadora, uma reguladora ? Não porque não ha limite entre producção e medeação: a manufactura envolve ambas. Não porque o desenvolvimento industrial melhorando com a consignação ha tendencia para o productor tornar-se medeador. Não finalmente porque com o regimen do nacionalismo, com o desenvolvimento da consciencia nacional, com a transformação do Estado, machina de submissão e de guerra em meio de conservação e progresso, potencia real em união popular, não ha classe que não intervenha nos governos, representando, elegendo, censurando, etc., e já isto não ter chegado á sua perfeição e o velho militarismo ou o recente politicismo ainda vão causando estragos as sociedades actuaes porque são compostas de povos muito satisfeitos de suas conquistas contra o Estado, de familias muito occupadas de suas proles numerosas, de individuos muito fatigados pela faina de interesse.

D'este modo, sem casta possivel, sem classe estavel, fica a sociedade reduzida á uns grupos de cellulas desconnexas e sem funcções especificas, a negação do tecido.

Como faltam-lhe os tecidos faltam suas aggregações, órgãos, systemas e aparelhos.

Deixando de lado este methodo rigoroso que dá as

classes o papel de tecidos, haverão analogias sporadicas por assim dizer ?

H. Spencer pensa que ha a dos apparatus ; entretanto confessa que a direcção social não é analogia á vital, pois enquanto a vital é exclusiva d'um tecido, o nervoso, a social é commum á todo homem, porque não ha um sensorium em sociedade como ha na vida.

A analogia fica assim reduzida, ás funcções sem os órgãos, portanto mutilada e contradictoria, semelhança na diversidade. E elle esqueceu as relações d'esses apparatus vitaes, as cellulas nervosas do encephalo modelando a impetuosidade das cellulas nervosas da espinha e todas regulando a actividade das cellulas nervosas ganglionares, por exemplo, o contrario da sociedade e onde só ha luta, aggressão e resistencia, triumphos e despotismos.

As castas superiores submettendo as inferiores ao ponto de reduzir-as á consciencia de sua inferioridade e de sua missão servil. A realeza immolando os povos nas guerras caprichosas de exterminio, conquistas e successões e fascinando-os ao ponto de julgal-a imprescindivel, fatal e divina. A propria republica atheniense, por uma hypertrophia desconhecida, absorvendo o individuo, a familia e o povo, isto é, atrophiando os mais órgãos sociaes. Ainda hoje o militarismo e o politicismo do Estado esmagando ou embaindo o povo nas monarchias ou republicas alheias ao *self government*, não obstante a theoria ter reduzido o Estado á uma forma de associação nacional, á uma funcção social, não obstante os Estados Unidos da America do Norte e a Suissa terem dado o exemplo da realisação deste ideal, não obstante as elaborações scientificas e as invenções industriaes terem elucidado a intelligencia e fortificado o traço de todo cidadão para aspirar aos ideaes de liberdade e hastejar seu pavilhão nas praças nacionaes.

A conclusão é que não ha comparação homologica (morphologica) possivel entre a vida e a sociedade.

Funcções correspondentes :

Estas podem ser expostas pela ordem da *séde morphologica* ou da natureza *physiologica*.

Ordem morphologica. Na vida animal a funcção é da cellula, do tecido, do systema, do organo, do aparelho. Ora no estudo que fizemos não encontramos tecidos sociaes e seus compostos. Logo a sociedade não tem as funcções correspondentes ás da vida.

Ordem physiologica. As funcções vitaes por ordem de sua dependencia podem ser classificadas em geração, nutrição, crescimento, (funcções vegetativas), sensação e reflexão, locomoção e vontade (funcções animaes), hereditariedade e adaptação (funcções evolutivas).

A geração pode ser cellular ou organica. A cellular é uma bipartição reiterada da cellula, epigenesis de Wolff. Realisa-se no inicio de todo organismo ou no seu crescimento: portanto é geração e crescimento organico. Como geração não tem correspondente em sociedade porque a sua cellula, individuo ou familia, como queiram, não biparte-se reiteradamente. Como crescimento vel-a-emos em outro lugar. A organica é no seu ponto mais elevado (e mais analogico), na amphigonia (geração sexual) gonochorica (por sexos separados), uma emissão de cellula femea, ovular e cellula macha, spermatosoidal, pelos paes, uma fecundação do ovulo pelo spermatosoide (conjugação ou fusão) e sequente geração cellular, isto é, bipartição reiterada da cellula conjugada. Não tem correspondencia em sociedade. O individuo que em boa theoria analogica é a cellula social, não tem emissão, conjugação e bipartição. A familia que em boa theoria social é o elemento simples e irreductivel da sociedade, não tem bipartição reiterada porque o filho não é um desmembramento da familia, uma meia cellula que destaca-se e cresce ao lado da outra metade cellular, é uma cellula de cada pae que conjuga-se e biparte-se, etc.; nem tem emissão e conjugação porque o homem e a mulher não são duas cellulas desprendidas de seus paes e sua união não é uma conjugação fecundativa: na união familiar ha permanencia de personalidades distinctas e na conjugação cellular ha fusão das cellulas na conjugada.

O crescimento tambem pode ser cellular ou organico. O cellular é sem importancia para a analogia, a

não ser que queiram comparal-o com o crescimento familiar, inteiramente diverso porque o cellular é devido á nutrição e o familiar á gerações, o cellular é interno, intuscepção, e o familiar externo, relações filiaes accrescidas ás relações conjugaes, (annexação), o cellular é alongamento, augmento da cellula e o familiar superveniencia de cutra familia ou sociedade. O organico é por geração cellular, isto é, por bipartição reiterada das cellulas desde a inicial (conjugada). Não tem correspondente em sociedade porque não o tem a geração cellular e tem um limite no organismo, o da idade que não ha em sociedade.

A nutrição tambem não tem correspondencia social. E' uma metaphora de mau gosto este aparelho nutritivo social. Que seria uma sociedade com systema digestivo, respiratorio, circulatorio e excretorio? Os homens são que alimentam-se.

Em melhor rhetorica, os individuos alimentam-se de actividade, intelligencia e liberdade, as familias de moral, economia e esthetica, os povos de igualdade, união e fraternidade e os Estados de direito, isto é, de desvelo, respeito e fidelidade á Nação.

As phantasias philosophicas não podem passar á mais. E' verdade que philosophias têm sido tudo: as tentativas de conhecimentos na Grecia; as sciencias moraes na scholastica; as cogitações das causas primarias e finaes na metaphysica; a explicação dos factos por categorias, deixando fóra as suas relações e fechando as questões respectivas por insolubilidade no positivismo; a concepção universal por transformações das categorias deixando abertas as questões para as cogitações do incognoscivel no spencerismo, fechando-as por salubilidade mechanica no hæckelianismo ou por salubilidade phantastica no monismo teleologico da inconsciencia, da vontade, ou toda a alma da materia. Mas tudo isto é nada ao lado das analogias absurdas de elementos antagonicos.

As funcções de relação tambem não são sociaes porque a sociedade não tendo tecidos nervoso, muscular e



osseo, não tem suas formações, órgãos, systemas e aparelhos dessas funcções.

Dirão que é diverso o aspecto analogico, que a cerebração do grupo social está na consciencia do seu fim, no conhecimento e emprego dos meios para a sua consecução? Isto prova é que não ha analogia possivel. Na vida não ha órgão juridico como o Estado, soberano como o povo, moral como a familia, livre como o individuo.

Na sociedade não ha o órgão que assimille elementos nutritivos, o órgão que os conduza e o órgão que regule estas funcções e ponha a vida em relação com o exterior. Emquanto na vida os factores dominantes são a hereditariedade e adaptação, na sociedade são as necessidades vegetativas que determinam a economia e actividade, as necessidade animaes e espirituaes que determinam, a liberdade a moral e a esthetica e as necessidades sociaes que determinam a igualdade, a união o direito e a fraternidade. Emquanto na vida as cellulas agem por meras excitações organicas ou exteriores, na sociedade agem por deliberação e consequente oppor-tunidade. Emquanto na vida as cellulas agem em geral, fatalmente, unanimemente, invariavelmente, na sociedade os homens agem reflectidamente, por maioria, violencia ou corrupção, imprevistamente.

(Continúa).

DR. LAURINDO LEÃO,



Noticias analyses

I LIMITI E I MODIFICATORI DELL'IMPUTABILITA' — Bernardino Alimena deu á estampa o segundo volume de sua obra monumental, cujo titulo é o mesmo desta noticia, annunciando para breve o terceiro.

Farto em paginas é o segundo volume, como o primeiro, um attestado brilhante da vastissima erudição e do agudo senso critico do notavel criminologista italiano.

Comprehende oito capitulos extensos, cujo conteudo tentarão pallidamente indicar as linhas que se vão seguir.

O primeiro tem por objecto as *molestias mentaes*, onde vem agitada a questão da loucura moral e do criminoso nato, chegando o douto criminologista á seguinte conclusão, com a qual difficil é não estar de accordo: *Admittida a identidade do louco moral e do criminoso nato* (o que é ainda *lis sub judice*), *não ha razão alguma para collocarmos os homens feridos por tal forma de loucura em condição diversa da em que se acham os outros feridos por formas diversas*. Sob o ponto de vista criminal, esse enunciado não é um theorema a demonstrar, parece-me antes uma consequencia irrecusavel dos princípios combinados da psychiatria e da criminologia.

E' neste capitulo, como em toda a obra aliás, abundantissima a legislação comparada, para a qual contribuem os paizes da Europa e grande numero dos da America, da Asia, da Africa e da Oceania.

O segundo capitulo põe-nos em contacto com o problema do *somnambulismo espontaneo, do hypnotismo, da fascinação e da suggestão*, faz-nos assistir ao combate entre a eschola nancyana e a parisiense; destaca o magnetismo animal, segundo Ochorowicz; estuda a possibilidade da suggestão para o crime, pensando que « a analyse da imputabilidade em suas relações com o hypnotismo » é necessaria, mesmo quando o numero dos hypnotisaveis seja menor do que admittem Charcot e Gilles de la Tourette; e mostra que as figuras de crime resultantes do hypnotismo, firam o hypnotisado ou sirva elle de instrumento, podem ser enquadradas nas categorias libelladas nos codigos penaes, cabendo, muitas vezes, a responsabilidade criminal, exclusivamente ao hypnotisador, partilhando-a tambem, algumas outras, o hypnotisado.

A questão da hypnose leva á da suggestão que é um estado de espirito resultante de variadas causas e não exclusivamente do hypnotismo. Entre as suggestões. preoccupam especialmente a criminologia, as que resultam da affeição, do temor, do ascendente paterno, materno, marital, e as que deram assumpto as interessantes monographias de Sighele e Aubry sobre a *Folla delinquente* e a *Contagion du meurtre*. Todos esses variados assumptos Alimena os agita e debate com proficiencia e facilidade verdadeiramente notaveis.

O terceiro, o quarto e o quinto capitulos tractam copiosa e bellamente da *surdo-mudez*, da *embriaguez* e da *idade*, emquanto modificadores da imputabilidade.

O sexto capitulo é dedicado ao *sexo* em relação ao crime, offerecendo-lhe a criminalidade feminina materia para algumas paginas das mais interessantes do volume. Salientarei certas conclusões a que chega Alimena, chamando para ellas a attenção dos leitores.

Dos dados estatisticos até hoje colhidos, se verifica que a *mulher delinque mais nos paizes em que participa mais da agitação da vida e dos negocios*, isto é, *naquelles paizes em que ella, socialmente mais se approxima do homem*; as mulheres delinquentes *abundam nas cidades e escasseiam nos campos*; os delictos especiaes da mulher são, *além do infanticidio, os furtos domesticos, as receptações e os borseggi*,

o que confirma observações de outros escriptores, mas que se não applicará certamente á criminalidade da mulher brasileira, como já tive occasião de affirmar em minha *Criminologia e direito*.

Neste caminho depara o illustre escriptor com o grave problema que ja tem occupado a attenção de muitos juristas, inclusive, entre nós, Tobias Barreto: só por effeito de seu sexo, deve a mulher gozar de uma imputabilidade minorada?

Depois de passar em revista as opiniões absolutas e exageradas de Lombroso e Le Bon, de examinar as observações de Wundt, Fouillée, Spencer, Socrétan e outros, conclue com Spangeberg, que a mulher deve ser menos imputavel nos crimes de criação politica, porém não n'aquelles que se podem chamar *naturalmente illicitos*.

Conclue-se o livro com dois capitulos igualmente copiosos e eruditos sobre a *ignorancia*, o *erro*, a *bôa fé*, o *arrependimento* e a *reparação*.

C. B.

Do mesmo auctor vieram á luz duas interessantes brochuras: *Ricerche intorno alla nozione del tentativo e intorno al dilitto d'infanticidio*. Em ambas, a copia de saber e a segurança de vistas condizem com a justa nomeada do professor napolitano.

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL. — O erudito professor da Universidade de Salamanca, Pedro Dorado, publicou, sob essa denominação, o primeiro volume de uma obra digna dos mais francos encomios.

A revivescencia litteraria na Hespanha é hoje uma realidade, ao menos em certos dominios, cujo progresso é para dezejar que não annullem as complicações politicas.

Particularisando a sciencia do direito, direi que não são desconhecidos no Brazil os nomes de Aramburú,

Pacheco, Posada, Giner, Falcon, Torres Campos, e do auctor do livro a que se refere esta noticia, o Sr. Pedro Dorado, propagandista emerito da nova orientação juridica, por traducções das obras do Carnevale, Garofalo, d'Aguano, Gumpłowicz, Sighele, e por obras originaes.

O assumpto dos *Problemas* está, neste primeiro volume, dividido em cinco capitulos: *As fontes do direito penal; a interpretação das leis penaes; as leis penaes no tempo; e a ignorancia das leis penaes.*

O auctor, si bem que positivista, no sentido que os italianos dão a esta palavra, está longe de ser um lombrosiano. As tendencias de seu espirito aproximam-no certamente mais d'aquelles que, como Carnevale e Alimena, procuram reformar o direito pelo influxo do naturalismo scientifico, sem sacrificio da autonomia da jurisprudencia. « O systema penal do futuro, diz elle, deve ser alguma cousa assim como a união da eschola correcionalista e da positiva, a infusão do espirito da primeira no accumulo não muito ordenado dos dados da segunda. » Mas isso é trabalho de muitas gerações, e é temerario suppor que poucos estudiosos o levem a bom termo. »

Sem poder acompanhar agora o sympathico professor hespanhol, atravez de seu livro, destacarei, a modo de exemplificação dos elevados e bem norteados conceitos que o abrilhantam, o que nos diz a proposito de um curioso artigo de Manouvrier sob o titulo de — *Anthropologia e Direito*, inserto na *Revue internationale de sociologie*, cujas idéas engenhosas Dorado adopta, explanando, e melhor adaptando ás necessidades mentaes do mundo juridico.

Essas ponderações lhe occorrem a proposito da interpretação das leis penaes, e depois de uma larga discussão em que esse assumpto tam velho se renova completamente, nos diz Dorado Monteiro: « O conhecimento da anthropologia, da psychologia e da sociologia, é absolutamente indispensavel ao magistrado. Certamente é extranho, si não tambem triste que os encarregados de administrar a justiça, de dar a cada um o que é seu, os encarregados de fazer todo o bem possivel aos membros de uma sociedade e a toda ella desconheçam o que são

uns e outra, as forças reaes que existem n'aquelles e nesta, os factores ou causas dos males que trabalham nos primeiros e na ultima, os obstaculos que impedem de cural-os, os meios a que se pode recorrer para intentar essa cura. E administrar a justiça, principalmente a justiça criminal, sem tomar em conta todos esses dados, é o mesmo que sacudir cutiladas pelo simples prazer de sacodil-as, e sem preoccupar-se de olhar sobre quem recáem.»

Convem, portanto, educar o magistrado de modo a que elle seja um orgam na altura da funcção que é chamado a desempenhar. Essa educação deve ter: 1º Uma base geral commum á de todos os individuos cultos, comprehendendo: mathematicas, astronomia, physica, chimica, geologia, geographia, biologia, anthropologia, physiologia, psychologia, historia humana, linguas, sociologia, arte, religião, moral, direito, hygiene e medicina, etc.; 2º « Uma cultura especial dessas mesmas disciplinas consideradas em suas relações e applicações á direcção da conducta dos homens por vias juridicas: biologia juridica, anthropologia juridica, psychologia juridica, sociologia juridica, historia do direito, estudo dos diversos ramos do direito, » etc.; 3º Finalmente « uma cultura especialissima d'aquellas materias que mais immediatamente se referem á direcção da conducta dos homens do ponto de vista da administração da justiça penal. » Esse plano de estudos, que o auctor desenvolve mais largamente um seu livro, é uma applicação racional dos dados scientificos á formação de juristas, de magistrados na altura da situação actual.

C. B.

DISCURSO. — Grata emoção de prazer mental experimenta por certo todo aquelle que ler a magistral peça oratoria, proferida pelo Dr. Bulhões Carvalho, na solemnidade da collação do gráo de bacharel em sciencias juridicas e sociaes, na Faculdade livre de sciencias juridicas e sociaes do Rio de Janeiro. Espirito culto, de uma cultura ampla e sadia, orador eloquente dessa eloquencia circumspecta e nobre que convem ao jurisperito, tal se

nos mostra o Dr. Bulhões Carvalho no trabalho a que me refiro.

C. B.

DIVORCIO. — Pela segunda vez depois da proclamação da Republica, irrompeu no parlamento brasileiro a questão do divorcio, este anno. Patrocinada embora por homens de alta competencia, a idéa divorcista foi levada de vencida. E um dos paladinos mais esforçados dentre os que se levantáram contra ella foi o senador por Sergipe o Dr. Coelho e Campos, a cuja solidez de erudição e poder de dialectica se deve principalmente esse resultado. O discurso que o representante de Sergipe proferiu sobre esse assumpto no Senado Federal é realmente notavel na essencia e na forma; faz pensar e convence.

C. B.

ESBOÇO ORPHANOLOGICO, contendo considerações theoricas e formularios, é um trabalho publicado em 1887 pelo desembargador José Cardoso da Cunha, e cuja incontestavel utilidade se deduz das palavras do auctor no prefacio, quando nos apresenta o seu opusculo como annotações ás *Primeiras linhas orphanologicas* de Pereira de Carvalho. Realmente é, como tal, proveitosa a consulta do *Esboço* que, além da parte theorica onde se encontram aquellas notas, offerece um formulario proprio a guiar os noviços nestas materias.

O mesmo auctor publicou: em 1889, no Pará, — *O ajudante juridico*, contendo, em forma de dictionario, decisões dos tribunaes e do governo; em 1895, na Bahia, um *Guia policial*; no mesmo anno, na Victoria, *Formularios para corpos de delicto*; em 1896, na Bahia, um *Formulario* para o processo administrativo dos contrabandos em flagrante.

São todos esses trabalhos de orientação pratica, como dizem os respectivos titulos; mas, nem por isso, menos indicadores de dedicação ao direito e ao trabalho.

C. B.

PARECER SOBRE O CODIGO DO PROCESSO CRIMINAL DE MINAS-GERAES. — Chamo a attenção dos deutos para este consciencioso trabalho do Dr. Tito Fulgencio Alves Pereira, cuja sciencia juridica é das mais apuradas e copiosas.

Acha elle extemporanea a codificação processual em materia penal, porque está eminente uma transformação do direito substantivo; porque acha sufficiente o que actualmente existe, tanto para reprimir os delinquentes quanto para proteger a innocencia; e porque acha que devemos manter a unidade, ao menos na essencia, do direito processual, pois « guardar a unidade do direito é servir á unidade da patria commum. » Apezar disso, acompanha o projecto do illustrado professor Levindo Lopes, em um commentario tam judicioso quanto erudito.

Mais uma vez o Estado de Minas revela com que amor se estuda o direito em seu seio.

C. B.

ANNUARIO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. — Sob o titulo *Notice générale sur les principales lois promulguées au Brésil de 1891 a 1894*, o Visconde de Cavalcanti acaba de publicar em Paris uma brochura extrahida daquelle annuario e cujo programma é a da modesta advertencia que a precede:

« Esta noticia foi preparada precipitadamente com o fim unico de colmar, ainda que de modo imperfeito, uma lacuna aberta no « Annuario da legislação estrangeira » pela morte do tão pranteado Visconde de Ourem que até 1890 apresentava todos os annos um estudo notavel sobre a legislação brasileira.

« Fomos obrigados a deixar o nosso trabalho no anno de 1894, porque a collecção de leis de 1895 não tendo sido publicada no Rio até o fim do mez de Maio ultimo, o tempo nos faltou materialmente para haurir informações em outras fontes. »

E' tão pouco conhecido o nosso paiz no estrangeiro

que nenhum elogio pode ser regateado a quem se incumbem de tão nobre e patriótica missão.

Salvos os conceitos sobre a situação política do período republicano por parte de quem tão salientemente representou na monarchia eminente papel, o novo collaborador do « Annuario » desempenha galhardamente a sua tarefa, prestando serviço inestimavel á Sociedade de legislação comparada, ao mesmo tempo que á nossa patria, tornando conhecido o nosso movimento legislativo por uma publicação que circula por sua propria natureza em todo mundo civilisado.

J. V.

DIREITO DA FAMILIA. — Sobre o *Direito da familia*, foi pela Congregação da Faculdade de Direito do Recife approved o parecer seguinte :

« A commissão encarregada de examinar a obra recentemente publicada pelo notavel professor Dr. Clovis Bevilacqua, intitulada *Direito da familia*, e de emittir seu juizo sobre o merito do mesmo trabalho, vem apresentar-vos o resultado de tão honrosa incumbencia.

O nome do auctor da obra, já bastante conhecido e laureado por diversas publicações juridicas que enriqueceram a litteratura scientifica do paiz, e das quaes salientam-se seus profundos estudos, seu pujante talento e uma educação scientifica invejavel e primorosa, seria por si só um titulo de recommendação ao seu ultimo trabalho, si effectivamente não tivesse elle, como tem, um elevadissimo valor.

No departamento do direito civil concernente ás relações juridicas, que promanam da familia e do casamento, ou para servir-nos da linguagem classica — na parte relativa aos direitos das pessoas, não existia absoluta falta de trabalhos juridicos publicados ; alguns ha, é certo, e sobresahe o *Direito de familia* do Conselheiro Laffayette.

Não era, pois, uma seara nova, um campo inexplorado onde pela primeira vez penetrava um espirito affeito como é o do insigne professor.

Os trabalhos existentes, porém, resentiam-se e re-

sentem-se do espirito da epocha em que foram escriptos e da legislação que então vigorava.

A obra do Dr. Clovis Bevilaqua alterou-os profundamente, já quanto ao methodo de estudo e de ensino que convem actualmente ser adoptado no direito civil, e já finalmente quanto as modificações introduzidas pelas leis que alteraram muitas relações do direito privado, depois da proclamação da Republica.

O livro do notavel publicista é pois vasado em melhores moldes, estuda os institutos juridicos do direito familiar, sujeitando-os todos ao *processus* historico, sem contudo deixar á margem o nosso direito positivo.

Este methodo adoptado, hoje que o evolucionismo invadiu o proprio direito civil, dá ao livro do distincto professor um tom novo e sadio, e imprime-lhe um valor muito subido.

A commissão, portanto, é de parecer que o *Direito da familia* é livro de alto merito e traz muitas vantagens para o ensino e progresso da sciencia.

Dr. Henrique Milet (relator). — Dr. Augusto Vaz. — Dr. Epitacio Pessoa. »

PROJECTO DE CODIGO PENAL. — Este projecto acaba de ser redigido para terceira discussão na Camara dos Deputados pela respectiva commissão especial que lhe fez alterações que não podemos de momento apreciar, attenta a escassez do tempo e a estreiteza desta secção.

Em geral, notamos a suppressão do titulo da *satisfação do danno* que o projecto restabelecera seguindo o cod. de 1830.

Tal instituto, adoptado na lei criminal por intuição genial de Bernardo Pereira de Vasconcellos, é ideia vencedora no seio da escola positiva como se revela nas obras primas de Ferri e Garofalo, e defendida pelos proprios chefes contemporaneos da escola classica, bastando citar o sabio professor de Lyon, R. Garraud.

Outra nota geral é que a pretexto de clareza as emendas ao projecto preferem o systema condemnado, que mes-

mo revela a falta de sciencia, das exemplificações materiaes, isto é, o casuistico, ao typico.

A commissão parece pertencer á escola correccionalista tal é o sentimentalismo que ressumbra das atenuações da penalidade em um paiz como o nosso em que a Constituição Federal abolio a pena de morte até nos crimes militares, salvas as disposições das leis respectivas em tempo de guerra.

Praticamente, nota-se na nova redacção do projecto ausencia de disposições que regulem bem e precisamente a graduação das penas em um systema legal de imposição dellas, como é o nosso.

A' commissão terá o assumpto parecido processual? Não é crível; porque a falha notada poderá na pratica processual de 21 processos diversos desarranjar completamente o calculo das penas do codigo que é unitario.

Apezar de casuisticas muitas das alterações, nota-se, contrastando com isso mesmo, uma tendencia de simplificar-se o que por natureza é complexo, de eliminar formulas, que embora pareçam, não constituem noções puramente theoreticas e são os meios unicos de evitar as perplexidades da justiça e a variação da jurisprudencia.

Um exemplo:

O art. 11 que alterou o art. 13 do projecto põe em seu lugar muitas interrogações ????

O dolo ou tambem a culpa caracteriza todos os crimes do codigo?

Porque não se falla de dolo e culpa na quasi totalidade das figuras e até se supprime o *nomen juris* que poderia orientar o juiz!

A contravenção na forma de uma inobservancia de regulamento só pode ser punida tendo havido dolo ou culpa ou a simples materialidade da infracção?

E assim por diante.

O titulo dos crimes contra a incolumidade publica parece confundir a noção scientifica e pratica de taes crimes com os de simples damnos, taes são as falhas das figuras e as penalidades irrisorias correspondentes aos factos.

Está muito aquem da nossa lei de 1886 defeituosa por casuistica, mas ao menos rigorosa.

Quando o anarchismo parece nos visitar é que devemos esperar que um homem seja morto por um engenho explosivo para condemnar o seu autor, si não tiver atenuante alguma a 30 annos de prisão?

Surpreendeu-nos por tudo isso deixar a nova redacção incolume alguma originalidade do projecto como a supressão da prisão cellula e a extradição do nacional.

Em todo caso só com estudo e tempo é possível formular um juizo seguro sobre as emendas ao projecto, o que ao sahir do prelo esta *Revista* é materialmente impossível.

Nem mesmo a erudita exposição de motivos que parece versar aliás sobre a parte geral somente nos é dado apreciar porque não a conhecemos integralmente.

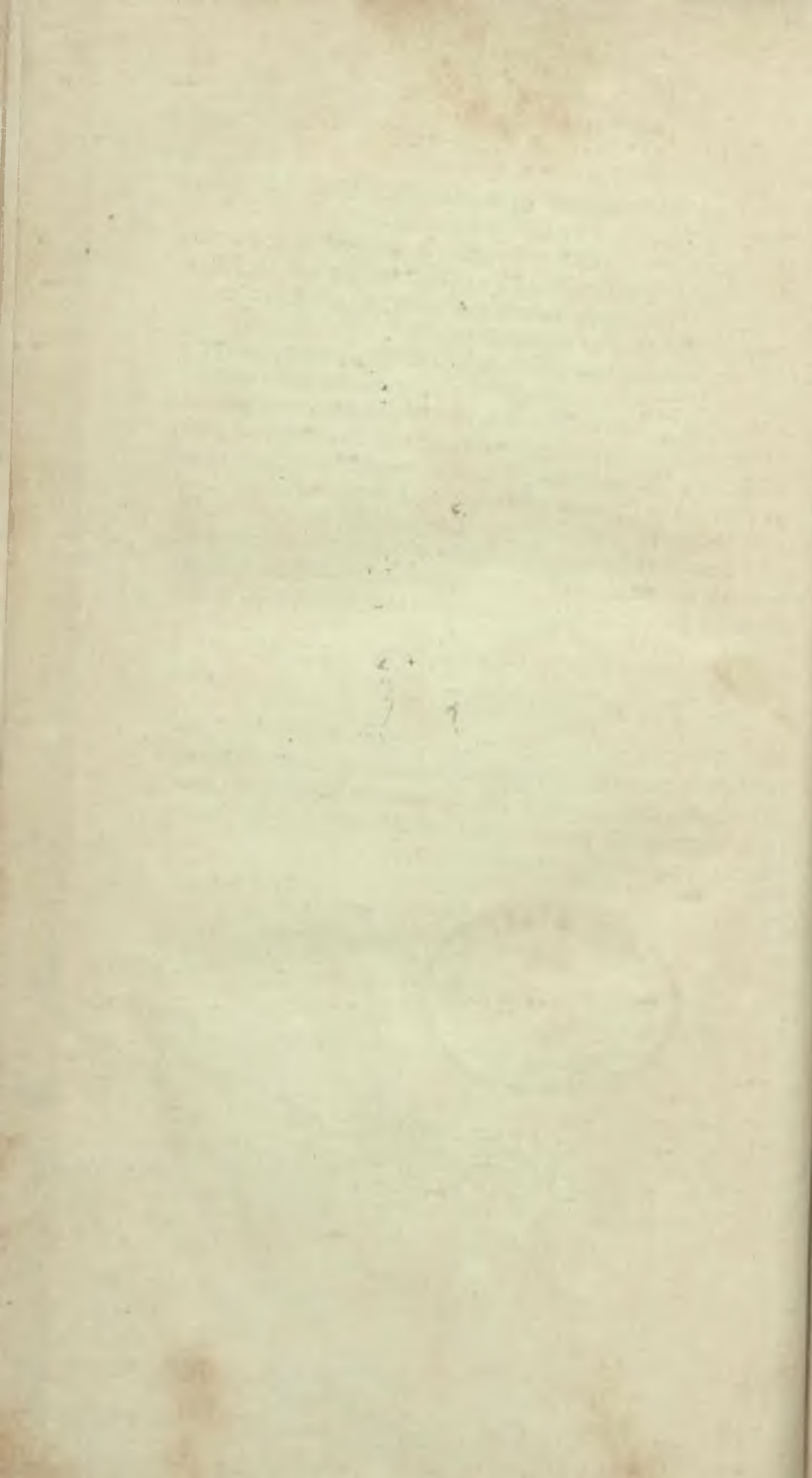
J. V.

DR. CLOVIS BEVILAQUA. — Graças á gentileza dos editores podemos dar hoje no presente numero da nossa *Revista* o retrato do seu illustre redactor chefe que tanto tem contribuido para manter os creditos de que justamente gosa no paiz e no estrangeiro.



J. V.
A. C.
E. B.
P. C.





INDICE

	Pags.
<i>O problema da codificação do direito civil brasileiro</i> pelo Dr. Clovis Bevilacqua.....	3
<i>A co-pluralidade de delinquentes</i> pelo Dr. João Vi- ra de Araujo.....	19
<i>Pactos successorios</i> por Tito Rosas.....	41
<i>Os civilistas e o direito civil</i> pelo Dr. Adolpho Cirne.....	61
<i>Analogias sociaes</i> pelo Dr. Laurindo Leão.....	81
<i>Noticias analyses</i>	101

Inv 191

FDR
doação

340.05

R297a

ESTE LIVRO NÃO
PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

