

A' Bibliotheca da Faculdade  
Direito do Recife

# Revista Academica

Vello Campes  
DA  
R. 2 de Dezembro

## FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANNO XI

COMMISSÃO DE REDACÇÃO

*Clovis Bevilaqua* (redactor principal)

*Augusto Vaz*  
*Adolpho Cirne*



*Constancio Pontual*  
*Laurindo Leão*



Imprensa Industrial-Recife

— 1903 —







## Dr. João José Pinto Junior

*Em 17 de Março do corrente anno falleceu nesta Capital o distincto jurisconsulto Dr. João José Pinto Junior.*

*Nascido em 1832 e formado em sciencias juridicas e sociaes em 1855 o Dr. Pinto Junior disputou com grande vantagem sobre seus competidores um lugar de Lente substituto da nossa Faculdade conseguindo ser nomeado em 1859.*

*Desde então até 1891, quando foi aposentado por occasião de uma reforma no ensino superior da Republica, regeu com proficiencia as cadeiras, que lhe foram designaas e notadamente a de Direito Romano, para a qual foi nomeado em 1870, deixando de seus estudos a obra intitulada o **Curso Elementar de Direito Romano**.*

*O illustrado mestre não se limitou a prestar os serviços de sua intelligencia á Faculdade de Direito, foi mais alem e dedicou-se com extremada e inexcedivel actividade em diffundir a instrucção popular, do que é um eloquente attestado a **Sociedade Propagadora da Instrucção Publica**, da qual foi o mais exforcado instituidor.*

*O Dr. Pinto Junior foi galardoado com o titulo do Conselheiro em 1885, recebendo assim mais uma prova do seu merecimento.*

*Como homem particular o Dr. Pinto Junior salientou-se pela sua probidade e bondoso coração.*







# Do enriquecimento illegitimo

Lugar que se lhe deve assignalar nos  
Códigos Civis.

## I

Nas fontes romanas, o enriquecimento illegitimo é geralmente indicado como lucro *sine causa* <sup>(1)</sup> que origina a obrigação de restituir. O que se locupleta com o alheio está na posição do que toma alguma cousa por emprestimo: tem de restituil-a.

Para esse effeito foi creado o *judicium stricti juris* das *condictiones*.

As *condictiones* fundadas no enriquecimento injusto eram conhecidas pela designação geral de *condictiones sine causa*. O genero, porem, comportava diversas especies: 1.<sup>a</sup> *condictio indebiti* (direito de exigir o que se pagou indevidamente); 2.<sup>a</sup> *condictio causa data causa non secuta* (direito de reclamar o que se deu com intuito de alcançar um fim que se não realisou); 3.<sup>a</sup> *condictio sine causa* em sentido restricto (direito de accionar, por exemplo aquelle que, sem estar auctorisado, vende a cousa fungivel de outrem e guarda o preço <sup>(2)</sup>); 4.<sup>a</sup> *condictio ob finitam*

---

(1) WINDSHEID, *Pandectas*, § 422; D. 12,6 fr. 66; 12,4 fr. 10; 12, 7 fr. 3; 46,1 fr. 15, e em particular o tit. 7, liv. 12 que se inscreve—*de condictione sine causa*.

(2) ENDEMANN, *Einf.* I § 198,

*causam* que apparece quando a razão em que se fundava o direito do adquirente cessou de existir; 5.<sup>a</sup> *condictio furtiva* imaginada contra o ladrão; 6.<sup>a</sup> *condictio ob turpem causam* que tinha por fim elidir as aquisições contrarias á moral ou vedadas pelos bons costumes; e ainda outra como a *condictio possessionis*.

Em todos estes casos não existe um titulo justo, uma razão juridica servindo de base á aquisição, e por isso o direito não a protege, não a defende. Ao contrario, arma o prejudicado pelo enriquecimento injusto de uma acção contra o favorecido por elle.

A ausencia de causa (*sine causa*) em direito romano quer dizer—ausencia de um titulo juridicamente reconhecido para servir de base á aquisição. A questão da causa referia-se em direito romano não á theoria das obrigações, pois que estas até se contrahiam sem causa <sup>(3)</sup> porem á da propriedade e da posse, porque ninguem podia exercer direitos de proprietario ou de possuidor sem um titulo, sem uma razão a que a lei reconhecesse valor. «A existencia de uma causa real e licita era exigida pelos romanos, não para a formação das obrigações, mas para a *conservação de um bem ou de um valor*. Na ausencia dessa causa, dava-se uma *condictio* para a repetição do valor fornecido, do enriquecimento realiado.» <sup>(4)</sup>

Vê-se que é bem diversa a concepção romana da que se encontra no codigo civil francez, arts. 1131 a 1133, e nos que lhe seguiram as pegadas, como o italiano arts. 1119 a 1122, o chileno, 1467, o uru-

<sup>(3)</sup> D. 12, 7 frs. 1 e 2: QUI PROMISIT SINE CAUSA *condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed IPSAM OBLIGATIONEM*; — *Qui SINE CAUSA OBLIGANTUR, incerti conditione consequi possunt ut liberentur.*

<sup>(4)</sup> PLANIOL, *Traité II* n. 1072, 3.<sup>o</sup>. Ver tambem BONJEAN, *Institutes II*, n. 3470.

guayano 1261 a 1264 e o hespanhol 1274 a 1277. Estes codigos reproduzindo uma idéa erronea de DOMAT e um equivoco de BEAUMANOIR <sup>(5)</sup> consideram a *causa* como um dos elementos constitutivos das obrigações, uma das condições de sua validade. Por muitos annos a jurisprudencia franceza se esforçou por derramar um pouco de luz na obscuridade dessas idéas, mas afinal teve de reconhecer que os mestres antigos, DOMAT e POTHIER se haviam transviado, e confessar francamente que o codigo Napoleão deu força de lei a um equivoco lamentavel. <sup>(6)</sup>

Mas os romanos, si tinham a respeito das *condictiones sine causa* idéas justas, não nos offerecem um bom criterio classificatorio, visto como a exposição systematica do direito civil era feita entre elles por methodo differente do que conquistou a preferencia dos modernos.

As Inst. 3,27 § 6 collocam entre as obrigações que nascem como de um contracto, a do que recebe em pagamento aquillo que não lhe era devido: *is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur*.

O codigo civil francez, arts. 1376—1381 acceitou

---

<sup>(5)</sup> PLANIOL, cit. ns. 1070—1073; HUC, *Commentaires*, vol. VII, ns. 76 e 77, onde vem jocosamente referido que á orthographia antiquada da palavra *chose* (cose) muito se deve a grande confusão que entre os escriptores se fez em tórno deste assumpto.

<sup>(6)</sup> PLANIOL e TH. HUC citados; LAURENT *Principes XVI*, ns. 107—115; *Cours II*, n. 538. No direito allemão (cod. civil, arts. 812—822) e no direito suisso (cod. das obrig. arts. 70—75) a noção do enriquecimento sem causa corresponde á idéa romana que, como se acaba de ver, é bem differente da que encontrou guarida no cod. civil francez.

O codigo civil portuguez, art. 643 e o mexicano, art. 1279 não enumeram entre os requisitos para a validade dos contractos a existencia de uma causa. O mesmo se deve dizer do montenegrino, e ainda do japonéz que sob o titulo de *enriquecimento indevido* reproduz a doutrina do codigo allemão e do suisso das obrigações.



esse modo de ver e tractando do pagamento do individuo, unico dos casos de enriquecimento injusto de que se occupa em separado, colloca entre os chamados quasi contractos, expressão incorrecta com que os modernos procuram traduzir a idéa que os romanos exprimiam pelas palavras *obligationes quasi ex contractu*.

Por sua vez o codigo civil francez serviu de modelo á maioria dos codigos modernos que nada de melhor acharam, nesta materia, do que reproduzil-o, Assim fizeram : o codigo civil italiano, arts. 1145 a 1150 ; o hespanhol, arts. 1895 a 1901 ; o chileno, arts. 2295 a 2203 ; o boliviano, arts. 961 a 965.

Outros codigos civis não conhecem essa categoria de obrigações que se derivam dos quasi contractos e, por isso, occupando-se, por seu turno, somente do pagamento indevido, expõem a materia não entre as fontes geradoras das obrigações, mas entre os modos de solvel-as. O pagamento indevido é simplesmente o pagamento que se effectuou por erro. O codigo portuguez, art. 758, pr., o mexicano, arts. 1545 a 1555 e o argentino, arts. 784 a 798, incluem-se neste grupo, que assignala uma outra corrente de idéas posta em movimento pelo codigo civil d'Austria, arts. 1431 a 1437.

O *codigo suiso federal das obrigações*, arts. 70 a 75, volve a collocar o assumpto entre as causas determinadoras de obrigações, mas dando-lhe maior amplitude. Já não é simplesmente do pagamento indevido que se tracta, mas do enriquecimento illegítimo ou sem causa. Este foi tambem o systema adoptado pelo codigo civil allemão, arts. 812 a 822 que, aliás, nos apresenta a materia como uma relação especial de direito e não como causa efficiente de obrigações. Reapparecem, assim, as idéas romanas relativas ás *condictiones sine causa*, que o codigo

civil francez, ainda que seguindo de perto as *Institutas* de Justiniano, havia deixado na penumbra.

O codigo civil do Japão, arts. 703 a 708 occupa um meio termo entre o francez e o allemão. Falamos de *enrequecimento indevido*, como o ultimo, mas o classifica, á semilhança do primeiro, entre os quasi contractos, ou, pelo menos, entre as obrigações que se derivam de figuras outras de causa que não sendo contractos delles se approximam como a gestão de negocios.

## II

Qual desses systemas satisfaz melhor os fins de uma classificação das materias do direito civil, segundo convem que sejam apresentadas em um codigo?

Afastemos desde logo o systema japoniez por ser dubio, e o francez por se basear em uma theoria equivocata tal como é a dos chamados quasi contractos. (7)

Restam os dois outros methodos : o do codigo civil austriaco com o qual se conformou Teixeira de Freitas em seu *Esboço*, seguido, nesta parte, pelo ultimo *Projecto* de Codigo civil brasileiro ; e o do codigo federal suisso das obrigações abraçado pelo codigo civil allemão.

Este ultimo systema tem a vantagem de tentar reunir, numa construcção juridica, certo numero de phenomenos que teem visivelmente muitas relações de semilhança. Mas a essa construcção juridica do enrequecimento indebito se podem levantar algumas objecções :

---

(7) Ver o que a respeito dos quasi contractos disse em minhas *Observações para esclarecimento do codigo civil brasileiro*. (*Trabalhos da Comissão especial da Camara*, I, p. 38).

1.<sup>a</sup> Não existe na theoria do enriquecimento illegitimo aquella clareza que denota a exacta observação dos phenomenos. O mesmo se pode affirmar com relação ás *condictiones* do direito romano. Não ha um principio de unidade que organise em um todo homogeneo os casos differentes que as necessidades da vida apresentam e que a equidade patrocina. <sup>(8)</sup>

Resultado desta resistencia dos phenomenos juridicos em questão a se submeterem á disciplina logica de uma systematisação, é essa tentativa de WINDSHEID conhecida pela *theoria das presupposições* (*Voraussetzungslehre*,) victoriosamente combatida por LENEL e CROME <sup>(9)</sup>. O grande romanista queria dar á construcção juridica elasticidade sufficiente para adaptal-a á variedade dos casos, porem a critica fez ver que as subtilizas pschichologicas em que se estribava o mestre tornavam mais obscura e fluctuante a doutrina, de modo que acceita a theoria das presupposições pelo primeiro Projecto do codigo civil allemão, (art. 742), desappareceu em seguida e foi substituida pela doutrina consagrada no art. 812 do codigo civil tudesco.

2.<sup>a</sup> Não se pode, numa formula geral, comprehender todos os casos de enriquecimento juridico. <sup>(10)</sup>

Umas vezes o *enriquecimento* se opera sem o consentimento do prejudicado e o direito não o declara *illegitimo*.

São exemplos desta classe: *a)* a aquisição da propriedade movel por especificação; *b)* a aquisição

<sup>(8)</sup> ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des B. Gesetsbuch*, I § 198, nota 2; WINDSHEID, *Pand.* § 422,

<sup>(9)</sup> WINDSHEID, *Die Lehre des roemischen Rechts der Voraussetzung*; *Pandectas* § 421—429; ENDEMANN, *Einfuehrung* § 198, nota 17; SALEILLES, *Théories générales de l'obligation*, n. 346, nota 2.

<sup>(10)</sup> WINDSHEID, *op. cit.* § 422, ENDEMANN, *op. cit.* § 198.



da propriedade immovel por construcção ou plantação.

Outras vezes intervem o assentimento do prejudicado e, não obstante, o direito recusa a sua sancção ao acto, ou porque o agente é incapaz, ou porque ha um interesse social mais elevado que se oppõe ao enriquecimento (*condictio ob turpem causam*).

O especificador adquire a propriedade da especie nova que produziu, si pode allegar a seu favor a *bôa fé* em que estava. Este mesmo requisito da *bôa fé* confere ao possuidor a propriedade dos fructos percebidos, pelos quaes não deve indemnisação alguma ao proprietario. Mas o dono do solo adquire as sementes, plantas e construcções alheias que se incorporarem ao seu terreno, por acto seu ou de outrem, independentemente de *bôa* ou *má fé*. Terá, porem, de indemnisar o dono das sementes, plantas ou materiaes de construcção, como o especificador.

3.<sup>a</sup> Si ha um principio do qual se possa deduzir um criterio capaz de servir de guia ao jurista embaraçado pela disparidade dos casos que se lhe apresentam, é a equidade que o dicta.

Esse preceito geral de equidade nos dá o D. 50, 17 fr. 206 : - *Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore*. Mas a moderna doutrina do enriquecimento injusto capitula de errada esta generalisação <sup>(11)</sup> e opina que melhor traduz a verdade juridica esta outra proposição do D. 25, 2 fr. 25 : *jure gentium condici puto posse res ab is qui non ex-justa causa possident*.

Não lhes negarei razão, porque, effectivamente, nem todo enriquecimento a custa da jactura alheia constitue o locupletado em obrigação de restituir.

E' necessario que haja o enriquecimento a custa alheia, a ausencia de uma razão juridica justificativa do enriquecimento, e, algumas vezes, erro da parte

(11) WINDSHRID, *Pand.* § 421 nota 1.



do prejudicado <sup>(12)</sup>. Mas si a generalisação do D. 50, 17. fr. 207 não é inteiramente exacta, é justamente ella que accentúa o elemento do accrescimo patrimonial do enriquecimento. E, depois, é inevitavel que a porção de verdade que ella contem foi reconhecida pela consciencia juridica de todos os povos que proclamáram o mesmo principio.—a ninguém é licito locupletar-se com o damno alheio. Como quer que seja, a theoria mostra-se ainda hesitante, pois que até certo momento se contentava com um principio que hoje se lhe afigura inexacto.

4.ª O recurso ao enriquecimento illicito é meramente subsidiario. Si a cousa pode ser reivindicada pela acção correspondente ao dominio, si pode ser reclamada por inefficacia do contracto ou porque ainda se possa a parte arrepender, não ha que lançar mão do enriquecimento illicito <sup>(13)</sup>.

Estas razões justificam o parecer daquelles que não destacam o lucro injusto como fonte creadora de obrigações.

### III

Parecendo offerecer menor largueza de idéas, os codigos que deixam á doutrina a elaboração da theoria do enriquecimento injuridico e apenas se occupam do pagamento indevido como solução, feita por erro, de uma obrigação que não existe, ao contrario attendem a todos os casos possiveis de *conditiones sine causa*, não forçam a natureza das cousas tentando dar aos phenomenos a generalisação que não possuem, e os deixam manifestar-se no momento oppor-

<sup>(12)</sup> SALEILLES, *Theorie de l'obligation*, n. 341 ; FUBINI, *L'errore in diritto civile* n. 206.

<sup>(13)</sup> ENDEMANN, *op. cit.*, § 198, nota 4,

tuno, no lugar proprio e com as suas feições peculiares.

Examinemos, por exemplo, as categorias de factos que importam lucro illegitimo, segundo o codigo suisso federal das obrigações, art. 71. Ha obrigação de restituir : 1.º o que se recebeu sem causa ; 2.º o que se recebeu em virtude de uma causa que se não realison ; 3.º o que se recebeu em consequencia de uma causa que já terminou.

Na primeira classe se incluem, além do pagamento indevido, casos que entram pelo dominio do direito das cousas. Por exemplo : o daquelle que vendeu objecto fungivel alheio, sem estar autorizado a fazel-o, e guarda comsigo o preço. Este acto constitue, porém, um delicto a capitular, no art. 338, 1.º do Cod. penal, e o pedido de indemnisação tem um fundamento mais solido e mais largo do que o simples enriquecimento sem causa. Em outras hypotheses ter-se-ão os factos puniveis do art. 331, e pela mesma razão dispensaremos o recurso subsidiario do enriquecimento sem causa, pois que a violação do direito de outrem é a causa patente da obrigação em que se acha o delinquente de reparar o damno e o adquirente de restituir a cousa que lhe veio a *non domino*.

Na segunda classe entram casos de doações com encargos não cumpridos ; de doações *propter nuplias*, quando se não realisam os casamentos, na previsão dos quaes foram ellas feitas ; de contractos celebrados em attenção a um fim declarado que se não realisa ou a uma circumstancia que se não verifica. Em todas essas hypotheses, a obrigação de restituir o objecto ou o seu valor resulta da condição resolutive tacita que nelles se suppõe, quando não é claramente expressa pelas partes ; resulta da propria mo-

dalidade do contracto ou do intuito visado pelos contrahentes.

Quando alguém acceita uma doação onerada com encargo, obriga-se, pelo mesmo facto, a cumpril-o, si não é elle imposto exclusivamente em seu interesse. Quando se estipulam pactos ante-nupciaes ou se fazem liberalidades por occasião de casamento, é na presupposição de que as nupcias se hão de seguir. Desfar-se-ão, portanto, esses pactos e doações, si o matrimonio se frustrar. E o mesmo se dirá dos casos semelhantes em que um certo fim ou resultado expressamente declarado entrar como elemento determinante da vontade, porquanto, nesses casos, a vontade adquire certa modalidade em consequencia da qual a translação do objecto ou a prestação não se consuma irrevogavelmente sinão com a realisação do fim ou do resultado previsto e determinado.

A' terceira classe pertencem numerosos casos em que o titular de um direito resolvido, pretende continuar uma situação que já não encontra mais apoio em seu direito. Mesmo pondo de parte os casos de condição resolutiva por tenderem ao restabelecimento de um estado anterior antes do que a uma restituição, segundo explicam alguns auctores, <sup>(14)</sup> e nos restringindo á hypothese de rescisão, parece que no proprio facto de rescisão e não em outro qualquer facto juridico devemos encontrar a causa da obrigação de restituir. Restitue-se, porque desapareceu a obrigação que mandava entregar.

Por mais que variemos as hypotheses veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem crearmos nos codigos civis mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja esta relação obrigacional abstracta e generica.

<sup>(14)</sup> Saleilles, *Theorie de l'obligation*, n. 347.

Tem razão ENDEMANN quando pondera: «A maior difficuldade para a exacta comprehensão do conceito das *conditiones* vem de que os casos particulares se foram formando á medida que as necessidades practicas os offereciam e a equidade os reclamava e de que elles se não deixam subordinar, em seu conjunto, a um principio unificador nem abrangem todas as necessidades.» <sup>(15)</sup>

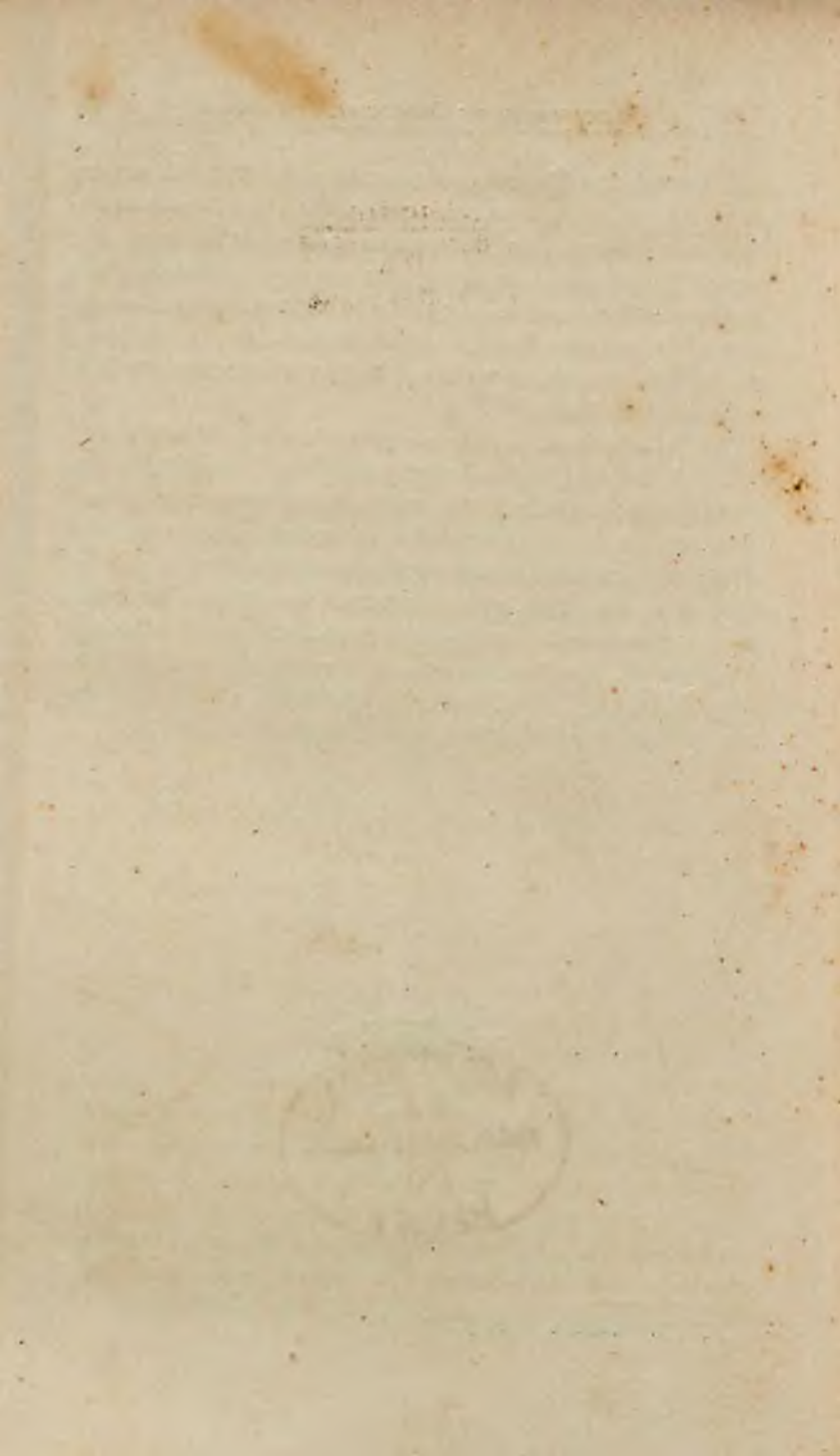
E si assim é, si não se pode, numa formula geral, indicar quando o enriquecimento é injusto ou sem causa; si aqui fala mais alto a equidade para restabelecer o equilibrio dos interesses e dar satisfação aos reclamos da verdadeira justiça; e si, finalmente, os casos que escapam ás applicações diversas das regras especiaes relativas ás variadas relações de direito entram no circulo da restituição do pagamento indevidamente recebido, contentemo-nos com esta idéa que é clara, segura e exacta.

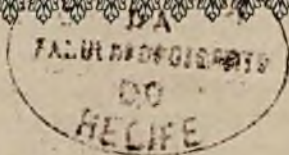
CLOVIS BEVILAQUA.



<sup>(15)</sup> Endemann, 1. c. § 198, nota 2.







## RELATORIO apresentado á Faculdade de Direito do Recife pelo Dr. Tito dos Passos de Almeida Rosas

*Senhores Doutores.*

De accôrdo com as instrucções que recebi d'esta illustrada Congregação, eu devo me occupar no presente relatorio: 1.º da organização das Faculdades de Direito, na França, na Allemanha e na Italia, comparando dita organização com a das nossas Faculdades de Direito; 2.º dos methodos de ensino empregados n'aquelles estabelecimentos e especialmente de algumas cadeiras que me pareçam mais dignas de nota; 3.º do regimen da frequencia dos estudantes e sua verificação nas aulas, indicando os meios praticos, empregados para este fim.

Seja-ma licito, porém, antes de abordar o assumpto que constitue o objecto proprio da minha tarefa, fazer algumas considerações sobre um ponto que considero capital em materia de instrucção. Refiro-me á debatida questão das Universidades, ou por outra, á questão de saber si é melhor ministrar o ensino em Faculdades isoladas do que em centros universitarios, abrangendo os varios ramos dos conhecimentos humanos.

O estudo d'esta questão, ainda que perfunctorio, se impõe, tanto mais quanto o nosso illustre collega que occupa o cargo de Ministro do Interior cogita da creação de uma Universidade, no Rio de Janeiro.

Sobre os projectos para este fim apresentados nada me cabe dizer aqui ; já a Congregação approvou o excellente parecer que a respeito do assumpto redigio o insigne cathedratico, Dr. Clovis Bevilacqua, relator da commissão de que tive a honra de fazer parte.

Apezar de reconhecer que a creação de uma unica Universidade na Capital da Republica (onde de facto já existe, porque lá vivem as diversas faculdades que a meu ver deveriam constituil-a) não vi-ria levantar o nivel do ensino tão rebaixado entre nós ; apezar de preferir a reorganisação em melhores moldes do que actualmente existe, á reforma nos termos em que se projecta, devo declarar que sou francamente favoravel ao regimen universitario.

Pena é que as condições financeiras do Paiz não permittam o estabelecimento de diversos focos universitarios, distribuidos por determinados pontos d'elle, e attendidas as condições geographicas, a sua enorme extensão territorial, a dessiminação dos seus habitantes. O regimen universitario é hoje geralmente seguido nos diversos paizes da Europa. Nem é por simples espirito de imitação, diz Liard, que umas apoz outras, todas as nações civilisadas cream Universidades. «Ha neste phenomeno, diz elle, razões mais profundas, umas de ordem scientificas, outras de ordem publica. A forma universitaria que enfeixa todos os ramos do saber humano, como são unidas todas as forças do espirito e todos os phenomenos da natureza é para o desenvolvimento e progresso da sciencia um meio de outro modo favoravel que as Faculdades isoladas. A Faculdade iso-

lada só se abre sobre um lado da sciencia e das cousas, d'onde resulta que ella é especialista e profissional. <sup>(1)</sup>

E' preciso não esquecer a unidade do espirito humano, o auxilio mutuo das diversas sciencias. E isto é tanto mais exacto quanto é certo que certas sciencias dependem de outras, que umas não se podem constituir sem a formação das que as precedem, que as ultimas não podem ser comprehendidas, estudadas, sem o conhecimento das primeiras.

Como estudar biologia sem conhecer a chimica; como estudar chimica sem conhecimentos da physica?

Pois o estudante de medicina pode dispensar o estudo da Chimica, da Physica, da Botanica, etc., estudos que devem fazer parte de uma Faculdade de sciencias?

Pois o estudante de Direito pode dispensar o estudo da anthropologia, das sciencias historicas, da philosophia geral, etc.? E é possivel incluir todas estas sciencias em um simples curso juridico? E' possivel incluil-as em curso preparatorio?

Melhor será que ao lado da Faculdade que cursa o estudante possa encontrar outra onde aperfeiçoar-se no estudo de certas materias necessarias á bôa comprehensão das materias obrigatorias do curso.

E quem desconhece que grande parte do progresso scientifico moderno tem a sua principal fonte na influencia que as diversas sciencias exercem entre si? Para prova bastaria citar a acceitação ou o emprego do methodo experimental em diversas sciencias, a psychologia, por exemplo, depois de ter prestados os mais admiraveis serviços no estudo das sciencias physicas e da chimica.

<sup>(1)</sup> LOUIS LIARD—*Universités et Facultés*.



O methodo historico comparativo depois de ter prestado os maiores serviços na linguistica, na archeologia, teve entrada franca no estudo do direito e das sciencias sociaes, prestando os mais assignalados serviços.

Si é certo que não ha espirito por mais poderoso, por melhor aparelhado, que possa se aprofundar em todos os ramos dos conhecimentos humanos, não é menos certo que uma vista de conjuncto da sciencia é neecessaria para a boa comprehensão de suas diversas partes.

Em uma universidade mais facil é ao estudante obter esta vista de conjuncto, do que em uma faculdade, onde não ha curso de todas as sciencias, onde os meios de investigação não são completas.

São dignos de meditação as seguintes palavras do escriptor acima citado, um dos mais illustres professores francezes : Entre as faculdades de uma universidade ha uma troca perpetua, uma exosmose e uma endosmose constante.

Tudo que se passa em uma repercute na outra.

Nenhum meio é mais proprio para a cultura dos espiritos. Si a divisão do trabalho cada dia mais se impõe, com ella se impõe tambem cada vez mais a necessidade de abrir aos espiritos jovens, antes da hora da inevitavel especialização, o espectaculo total da sciencia. » « Quanto mais se avança, mais se estreitam os vinculos de todo o systema scientifico e cresce o consenso entre as varias partes d'elle : as varias disciplinas se acham cada vez mais em mutua correspondencia entre si, em uma fusão de artes auxiliares, umas a respeito das outras, como subtilmente notara Spencer. E ao passo que, por um lado, a crescente especificação limita sempre mais a competencia de cada um, a simplificação não menos progressiva em cada sciencia e no todo, no que diz

respeito ás verdades fundamentaes, torna, por outro lado, ainda mais possível, efficaz e desejavel uma cultura de conjuncto.

Alem de uma necessidade de ordem puramente scientifica, as Universidades correspondem a uma necessidade de ordem didactica; sem universidade o ensino não pode ser completo, não pode haver a penetração dos ensinos, para empregar a linguagem dos escriptores francezes.

Contra o systema das Faculdades isoladas ainda se allega que ellas se tornam geralmente verdadeiras fabricas de profissionaes. E entre nós, força é confessal-o, o ensino superior, ou melhor, os estabelecimentos em que elle é ministrado, não passam de verdadeiras fabricas de profissionaes.

Ao contrario do que se dá na Allemanha onde as Universidades são verdadeiras officinas da sciencia, onde, muitas vezes, se trabalha mais por amor á sciencia do que por amor a esta ou aquella profissão, as nossas faculdades, sem que o ensino n'ellas ministrado tenha cunho profissional, são procuradas com o fim de se obter um titulo que habilite a seguir esta ou aquella profissão. O estudo da sciencia por amor da sciencia é, entre nós, geralmente desconhecido.

A Universidade, dizem Martini e Ferraris, tem uma grande vantagem moral; eleva a dignidade do corpo academico. O pertencer a uma grande corporação scientifica, onde os cultores das mais differentes materias se sentem ligados por fortes vinculos de colleguismo, confere decoro, torna a gloria commum e excita á emulação e ao trabalho. <sup>(2)</sup>.

E é preciso não esquecer que—afim de que pro-

---

<sup>(2)</sup> Martini e Ferraris—Ordinamento generale degli Istituti d'istruzioni superiore.

fessores e estudantes, corpo docente e discente, sejam os órgãos vivos da cultura nacional, possam promover o seu aperfeiçoamento, a sua diffusão, é condição absoluta que elles se julguem a imagem viva da propria cultura, na grande unidade universitaria.

Não preciso dizer mais no intuito de mostrar que no organizar a instrucção superior deve se dar preferencia ao systema das Universidades. Na organização d'ellas, porem, é necessario não esquecer que ellas têm uma triplice missão: 1.º, uma missão scientifica,—a investigação desinteressada e o progresso da sciencia; 2.º uma missão profissional; 3.º, uma missão de vulgarisação e de formação do espirito publico,—e dotal-as com ensinos adoptados á sua triplice missão. Foram estas as conclusões adoptadas na sessão de 3 de Agosto de 1900, no congresso internacional de ensino superior, reunido em Paris.

Já que tratei de ensino universitario, não devo deixar de alludir a uma das questões que mais preoccupam o espirito das classes illustradas da Europa, questão ou movimento que é conhecido pelo nome de—extensão universitaria.

O que caracteriza a extensão universitaria é o esforço para fazer penetrar o essencial do espirito scientifico, em todas as classes da sociedade. Assim o decidio o Congresso de ensino superior a que acima me referi. E' claro, pois, que a extensão universitaria tem por fim propagar, desenvolver, por todas as classes da sociedade, mesmo na classe operaria, os conhecimentos que fazem objecto do ensino nas Universidades.

E isto se faz quer por meio de conferencias, cursos de ferias, de que são um exemplo os summer meetings, na Inglaterra, quer por meio de excursões, discussões, etc.

D'ahi o dizer Mariott (*La position du Summer*



meetings) que a extensão universitária tem por principal fundamento que « l'Université doit aller à ceux qui ne peuvent eux mêmes aller à l'Université. »

As palavras que ahí ficam são suficientes para mostrar em que consiste a extensão universitária, movimento digno de encomios, de incentivo, visto como tem por fim augmentar o cabedal scientifico, diminuir o numero dos ignorantes, fazer a sciencia penetrar no seio das massas populares, das classes menos favorecidas da fortuna.

O ensino do direito, como todo o ensino superior e secundario, no Brazil, passa actualmente por um periodo de verdadeira decadencia. A proverbial condescendencia dos professores cada vez maior, o patronato—meio unico de se obter posição social, matando todo o estímulo, a má organização dos cursos, a ausencia de estudos secundarios sérios, são os factores principaes de tal decadencia. Entre nós, em regra geral, não se estuda o direito por amor do direito, com o altissimo fim de se tornar um jurisconsulto. Os moços que procuram as nossas Faculdades de Direito fazem-n'o, ou por motivo de vaidade, ou com o intuito de obter um ganha pão, um titulo que os habilite a seguir esta ou aquella profissão. E assim a posse do almejado titulo é o unico alvo a attingir; o estudo do direito só é feito, quando o é, em quanto baste para um ligeiro e benevolo exame.

Isto seria motivo de mais para que o ensino do direito, entre nós, tivesse um cunho puramente profissional. Dá-se, porém, justamente o contrario, apesar do Código de ensino mandar que os alumnos façam exercicios praticos. Não é que eu pense que o ensino do direito deve ser exclusivamente profissional, pratico; o ensino dado d'este modo é mais proprio para produzir bons praticos do direito do que para produzir jurisconsultos dignos d'este nome,



E' necessario, porém, não esquecer que o ensino pratico é o complemento necessario do ensino theorico que elle vivifica ; é necessario igualmente não esquecer que aquelles que sahem de uma Faculdade devem ter os conhecimentos necessarios ao exercicio da profissão a que o titulo dá direito.

Da necessidade dos conhecimentos praticos de corre a exigencia do character profissional nos estudos, character que é accentuadissimo na Allemanha.

Quanto a forma mesma que entre nós reveste o ensino do direito são inteiramente applicaveis as palavras de Larnande, com relação ás Faculdades francezas :—« Nas Faculdades de Direito em que consiste o trabalho do professor ? Elle faz cursos, isto é, em certos dias da semana sobe á cadeira e durante cerca de uma hora, falla diante de um auditorio, frequentemente muito consideravel, absolutamente passivo, que se limita a ouvir, com mais ou menos attenção e toma febril ou distrahidamente notas.

Quasi nunca a materia ensinada é exgotada em uma lecção, nem mesmo em duas ou mais.

Seja como fôr o professor suspende a explicação quando bate a hora. Ainda que elle quizesse continuar não o poderia, porque geralmente o seu curso é seguido de outro. D'este modo os estudantes abordam os differentes ramos do direito por fragmentos.

E o curso não é outra cousa, em summa, que a recitação ou a leitura, mais ou menos oratoria, de uma serie de dissertações, divididas em capitulos, secções e paragraphos que, no fim do anno, formam ou podem formar um livro mais ou menos completo. » (1)

E' justamente a descripção de um curso tal

---

(1) Larnande—Les formes de l'enseignement no Congres, intern. d'enseig. sup. (troisieme).

como é feito entre nós. Esta forma de ensino tem, entretanto, uma vantagem manifesta no facto de ser oral. E' sabido que uma lição oral se grava mais facilmente no cerebro do que uma lição escripta.

E' necessario, pois, não abandonar o systema, mas é preciso completal-o.

Sem fallar no facto de dever a lição constituir um todo homogeneo e não uma explicação por partes e em dias diversos, importa, na phrase de Lar-naude, que o professor tenha com os estudantes outras relações que não aquellas que se estabelecem do alto de uma cadeira entre um professor que falla e um auditorio mudo. N'estas condições é necessario desenvolver a forma de ensino por conferencias, onde o discipulo esteja em contacto com o mestre, seja de certo modo um seu auxiliar nas indagações scientificas.

N'este ponto tem prestado os maiores serviços no ensino do direito, na Allemanha, a instituição dos seminarios juridicos.

O seminario é uma instituição universitaria (Universitäts-Anstalt) possuindo geralmente um local particular: uma bibliotheca onde se tem á mão todas as obras usuaes do direito; é ahi que se reu-nem os membros do seminario, sob a presidencia de um professor que é, pode-se dizer, a alma da instituição.

Estas reuniões constituem a base da instituição dos seminarios. Para mostrar como funcçionam estes seminarios, sirva de exemplo o do professor Jelinek em Heidelberg, descripção que se acha no artigo de Fardis, sobre os seminarios juridicos na Allemanha, no *Trois. Cong. intern. d'enseig. superieur*. Geralmente n'elle se trata do direito publico. Cada anno o professor reúne, em um entretenimento familiar, um certo numero de seus discipulos para sa-

ber quaes são aquelles que desejam tomar parte nos trabalhos do seminario.

Os adherentes são chamados a escolher no circulo de seus conhecimentos particulares um certo numero de assumptos de conferencias que elles devem desenvolver durante o anno. O estudante a quem a sessão é consagrada faz, como entende, uma exposição de seu trabalho. Seus camaradas dão em seguida sua opinião sempre familiarmente e em tom de conversa. O professor, *primus inter pares*, toma parte na discussão, dá ao debate a direcção que convem, sem tolher a liberdade do estudante e fazendo por todos os modos despertar o seu espirito de critica. Isto está de accordo com o fim dos seminarios, o qual se acha bem definido no § 1.º dos estatutos do seminario juridico de Berlim, que diz: — O seminario juridico tem por fim iniciar os estudantes no trabalho scientifico pessoal, com o auxilio de exercicios exegeticos, historicos e dogmaticos e preparam-los para investigações scientificas originaes.

E' facil de ver quanto estas praticas contribuem para a independencia mental do estudante.

E' incontestavel, diz um escriptor, que a instituição dos seminarios crea habitos de reflexão, de discernimento, de independencia scientifica; ella ensina a arte das investigações arduas, a manejar as fontes e a utilizar os methodos.

Taes praticas, porém, sómente são perfeitamente applicaveis em paizes onde a carreira do magisterio é bem remunerada, onde o professor pode se dedicar exclusivamente ao ensino.

Seria, em todo caso, de desejar que entre nós se dêsse ao ensino uma forma mais pratica, despertando o espirito de critica, de investigação, de analyse, pelos proprios alumnos, que geralmente se limitam a assistir as aulas, quando isto fazem.



Isto não quer dizer que se transformem as Faculdades de Direito em fabricas de profissionaes.

Deve-se fugir daquelle methodo a que alludia o professor von Sybel no Discurso de entrada na Universidade de Bonn, usado em certas Universidades e consistente em fazer penetrar na memoria do estudante, o mais rapido e commodamente possivel esta multidão de formulas e conhecimentos necessarios para os exames.

Ao contrario, dizia elle, o fim fundamental do ensino deve ser iniciar o estudante no methodo da sciencia que elle estuda.

Elle deve ficar sabendo, antes de tudo, o que é a sciencia, como se effectua o trabalho scientifico, o que significa a palavra producção scientifica. A aquisição de uma certa maturidade scientifica, e da elasticidade do espirito, eis o melhor preparo ao exercicio de não importa que profissão.»

N'estes pontos têm passado por successivas transformações as escolas de direito francezas.

Exclusivamente profissionaes, ao principio, (pelo menos no que se refere a licença) ha uns dois decenios, ditas escolas tendem a se transformar em officinas de sciencia e de progresso. E' que as escolas de direito, como diz Liard, não eram o que tinha querido a revolução, mas o que o consulado tinha feito d'ellas—escolas praticas de jurisprudencia, encarregadas de fornecer á sociedade homens de lei e não de procurar as leis da sociedade. No ensino do direito positivo os professores quasi que se limitavam ao commento dos textos; as obras dos mestres eram o conjuncto de explicações, de interpretações dos diversos artigos da lei. Hoje as obras de Baudry Lacantinery, Huc, Planiol, Thaller, Leon Caen et Renault, são escriptas sob outro ponto de



vista mais vasto, mais scientifico : os methodos foram assim transformados.

Seja-me licito terminar as ligeiras considerações sobre este ponto com as conclusões votadas no Congresso Internacional de ensino superior reunido em Paris em 1900, secção do direito e das sciencias politicas :

1.º O ensino dado pelos professores de direito não deve necessariamente abraçar o conjuncto das materias exigidas no exame.

Seria de desejar que as partes da materia não explicada, o fossem sob uma forma qualquer por uma pessoa auxiliar.

2.º E' desejavel que o ensino do direito e das sciencias politicas se dê sob formas multiplas, lecções, conferencias praticas.

3.º E' conveniente que as provas escriptas figurem nos exames, sob uma forma muito simples, sem o soccorro de texto algum.

4.º Nos paizes onde o ensino da philosophia pertence ao programma de ensino secundario, não é necessario estabelecer um anno preparatorio ao ensino do direito.

5.º E' conveniente que conferencias de applicação sejam instituidas ao lado dos cursos. Ellas deverão ter por fim, menos o preparo immediato para os exames do que o desenvolvimento intellectual e a formação juridica dos estudantes.

---

Feitas estas ligeiras considerações a respeito da forma mesma por que é ministrado o ensino do direito, estudemos as questões que se referem á organização das Faculdades de Direito e que constituem o objecto principal da minha tarefa.

Porei de lado todas as questões de ordem secundaria para me occupar sómente de materias que se podem chamar capitaes no que diz respeito a instrucção superior.

E como entre ellas, é incontestavel, se acha a referente á organização do corpo docente, ou por outra, á escolha, ao recrutamento dos professores, passarei a tratar d'este ponto de tanta magnitude.

E' incontestavel que o ensino depende em grande parte, si não na sua maior parte, da organização do corpo docente.

Sem bons professores, por melhor que seja a organização dos estabelecimentos de ensino, por mais perfeita que ella seja, não ha ensino proveitoso. Ao contrario, com bons professores, ainda mesmo que as leis organisadoras do ensino não sejam as mais perfectas, o ensino progredirá e dará bons fructos.

Por outro lado é de notar que a excellencia do corpo docente depende em grande parte do modo como elle é constituido, da maneira pela qual se faz a escolha dos professores.

Impere o patronato n'essa escolha, não se exijam condições severas para a nomeação dos membros do magisterio, não se estabeleçam provas serias por onde se possa aferir a capacidade dos candidatos ao ensino, sobretudo em um paiz, como o nosso, onde o poder executivo não tem na realidade correctivo algum, e as corporações docentes serão constituidas por incapazes, por filhotes politicos, necessitados de uma collocação.

E o ensino necessariamente se resentirá de um tal estado de cousas, só proprio para rebaixal-o, para amesquinhal-o.

E' sabido de todos que, entre nós, está ainda em uso, o organisar-se o corpo docente dos estabelecimentos de ensino superior por meio do concurso,

Isto, bem entendido—para as primeiras nomeações de lentes substitutos, visto como é o substituto da secção em que se dá a vaga de qualquer das cadeiras que a constituem que, independentemente de novo concurso, é nomeado para a cadeira vaga.

Julgo desnecessario entrar aqui em uma discussão minuciosa relativa aos diversos modos de escolha dos empregados, desde a venalidade e a hereditariiedade dos officios, até o systema de concurso, de provas e titulos. Quanto á escolha dos membros do magisterio acho excellente o systema allemão, cujas linhas geraes veremos adiante e penso que elle deve ser applicado entre nós, pelo menos a titulo de ensaio.

Nos casos, porem, em que este systema não possa ser applicado com rigor, prefiro o systema dos concursos ao systema de nomeação pelo executivo, sem dependencia de provas e apresentação das Congregações, se bem que reconheça que este ultimo systema tem dado optimos professores aos estabelecimentos de ensino.

Nem sempre no concurso, força é confessal-o, sae vencedor o mais digno, o mais instruido; muitas vezes vence o mais audaz, o mais fallador.

Sabeis qual o processo dos concursos entre nós, de accordo com o Dec. n. 3890 de 1.º de Janeiro de 1901 que approvou o actual «Codigo dos Institutos officiaes de ensino superior e secundario, dependentes do Ministerio da Justiça e Negocios interiores.

O concurso para o logar de Substituto consta de tres ordens de provas: 1.º Prova escripta sobre uma das cadeiras de secção; 2.º Provas oraes que serão tantas quantas as materias da secção; 3.º Provas praticas nas materias que as comportarem.

Pelo art. 73 do Dec. cit. as provas do con-

curso para o logar de lente ou de professor serão as mesmas acima indicadas. Feitas as provas do concurso pelo modo indicado no citado Código de Ensino, a Congregação apresenta, por officio ao Governo, os candidatos que tiverem obtido maioria absoluta de votos na relatividade do merecimento, para que seja nomeado um dos classificados nos dois primeiros logares. Como vedes do systema de concurso estabelecido pelo anterior código de ensino desapareceram as theses e dissertações sobre que versavam as arguições reciprocas dos diversos candidatos.

Em compensação, em logar de uma só prova de prelecção, o candidato tem de fazer tantas prelecções quantas cadeiras constituem a secção posta em concurso. Apesar das criticas que este systema despertou entre nós, a commissão legislativa nomeada para rever a legislação do ensino, pede a sua conservação.

Não me parece feliz o actual código de ensino quando, conservando o concurso para as primeiras nomeações, dispensa as theses e dissertações. Nem se diga, como fez a commissão a que alludi, que a auctoridade do trabalho apresentado é sempre posta em duvida, pois se trata de trabalhos que devem ser defendidos perante a Congregação, sobre os quaes o candidato tem de necessariamente ser arguido.

Jamais quem não tiver competencia, quem não fôr o auctor do trabalho apresentado, poderá defendel-o com vantagem.

Alem d'isto a nossa litteratura scientifica, a nossa litteratura juridica, não é das mais ricas, e todo o systema que puder influir para o seu augmento não deve ser posto á margem.

As dissertações são sempre monographias que, quando não sejam originaes, têm a vantagem de es-



tudar o assumpto em todos os seus aspectos, resumindo, synthetizando o que se acha esparso sobre o dito assumpto.

Não vejo motivos ponderosos para criticar a excepção que o código actual abriu ao processo do provimento do corpo docente por meio de concursos. Esta excepção se acha no art. 52 do cod. cit. e dá-se quando os pretendentes á vaga de substituto tenham publicado obras reveladoras de sufficiente preparo theorico e pratico em todas as materias da secção. Desde que é a Congregação que, por dois terços de votos, julga o valor das obras e que propõe ao Governo a nomeação independentemente de concurso, penso que não têm razão aquelles que censuram dita disposição que pode, em certos casos, dar optimos resultados.

Muitas pessoas competentissimas para o ensino não querem, muitas vezes, se sujeitar ás provas de concurso, de sorte que a excepção aberta ao systema pode dar em resultado o aproveitamento de taes pessoas.

Melhor, porem, seria o systema allemão da livre docencia que o projecto Azevedo Sodré quer introduzir em o nosso paiz.

Entre o systema do anterior código de ensino em que a Congregação indicava ao governo um dos candidatos approvados para a formalidade da nomeação, e o systema actual em que a Congregação apresenta ao Governo os candidatos que tenham obtido maioria absoluta de votos na relatividade do merecimento, para que seja nomeado um dos classificados nos dois primeiros logares, prefiro o primeiro systema. Só a Congregação que assiste ao concurso está perfeitamente habilitada a julgar o merito dos que a elle concorrem, e a Congregação, é de crêr, será a primeira a zelar pelo seu renome, escolhendo

os melhores candidatos. Ha, porem, quem diga que a conveniencia de uma lista está no facto do Governo poder fazer valer, na escolha, as qualidades moraes dos candidatos.

Alludindo a este facto dizia um dos mais distinctos nembros do magisterio superior, na Camara dos Deputados :—Por inoportuno deixa de ser razoavel. Deixar, com effeito, que um candidato se inscreva, faça os maiores sacrificios para entrar em concurso, passe por todas as provas, que não são cousas com que se brinque, para se o expor sem replica á malevola apreciação de não ter sido provido por não reunir, a juizo do Governo, as necessarias qualidades moraes !

Seria antes motivo para excluil-o do concurso, desde a sessão em que, por votação nominal, a Congregação tiver de se pronunciar sobre a idoneidade de cada um dos candidatos. »

E nós sabemos que o criterio da moralidade do poder executivo é, geralmente, muito amplo.

Pouco é necessario dizer sobre a organização do corpo docente nas Faculdades Francezas, onde quasi nada ha digno de nota, a respeito. Por isto serei mais completo quando tratar do mesmo assumpto com relação a Allemanha e a Italia, paizes que, n'este ponto, têm se avantajado extraordinariamente á França.

E' verdade que o ensino do direito n'este ultimo paiz está passando por profundas modificações, como já fiz notar ; os programmas se alargam, as sciencias politicas, as sciencias economicas tiveram entrada franca no ensino, cadeiras novas foram creadas, apezar da duração dos estudos se ter conser-vado a mesma. Já se cogitou mesmo de accrescentar um anno aos 3 da licença, ou de crear um anno de estudos preparatorios á entrada nas Faculdades de

Direito. No ponto de vista da organização do corpo docente, do modo de escolha dos professores, pouco ha de interessante, repito.

Ha numerosas cathogorias de membros do magisterio nas Faculdades Francezas, na época actual. No alto da hyerarchia ha os professores titulares que têm uma cadeira, o que quer dizer, um ensino determinado.

Além d'estes ha: 1.º os professores adjuntos; estes não têm cadeiras, si bem que sejam encarregados de um ensino que não varia; 2.º os aggregados: o curso do aggregado quando elle o faz, é o resultado de uma delegação especial; 3.º os encarregados de curso: estes são tambem encarregados de um curso determinado; 4.º os encarregados de conferencias: fazem conferencias aos candidatos á licença e ao doutorado, conferencias estas que são preparatorias aos exames; 5.º os professores livres a quem é permittido fazer cursos nas faculdades sobre as materias n'ella ensinadas.

Ha, diz Larnaude, um luxo e uma variedade de professores, cujo equivalente poucas organizações universitarias poderiam offerecer. Esta variedade, porem, diz elle, é superficial e si ha diversidade é sómente no ponto de vista dos vencimentos e do vinculo administrativo; no ponto de vista do ensino todos estes professores se assemelham, salvo os encarregados de conferencias, cuja tarefa é bastante differente, a qual consiste em, retomando o curso d'um professor ou aggregado ou mesmo d'um encarregado de curso, facilitar o estudo d'elle por exercicios apropriados e cujo character geral é preparar para o exame. Todos estes professores gosam de completa independencia no desempenho de sua tarefa, sendo perfeitamente eguaes no que diz respeito ao trabalho professoral,



A vantagem d'este systema já foi apontada pelos competentes. « Elle desenvolve uma independencia, um gosto de pesquisas pessoaes que figuram certamente entre as condições essenciaes do desenvolvimento do espirito scientifico. » Tem, porem, o grande vicio de produzir o isolamento, a dispersão de forças, que deviam estar unidas na pesquisa da verdade.

E' um systema individualista em excesso. E em sciencia, como em tudo mais, todos os esforços devem ser congregados, unificados.

Quaes são, porem, as condições exigidas para a nomeação dos professores nas faculdades de direito francezas ?

Os regulamentos o dizem.

Para ser nomeado professor titular é preciso reunir as condições seguintes : 1.º, ser maior de 30 annos ; 2.º, ter o titulo de doutor ; 3.º, ter feito por espaço de 2 annos, em um estabelecimento publico ou particular, um curso analogo áqueiles que se fazem nas Faculdades. No caso de se tratar de um membro do Instituto basta que o curso de que se trata tenha sido feito durante seis mezes. Estes professores são nomeados por dec. do Presidente da Republica e sob proposta do Ministro da Instrução Publica.

Aos encarregados de curso e de conferencias, que se tenham distinguido por seu systema é que se dá o titulo de professores adjuntos ; é portanto um accesso na carreira do magisterio. Para isso é necessario : 1.º, que o encarregado do curso ou conferencia tenha o grão de Doutor ; 2.º, proposta do Conselho da Faculdade, ouvida a sessão permanente do Conselho Superior. O titulo de professor adjunto pode ser conferido por um decreto.

Estes professores são em numero limitado, não



podendo exceder a sexta parte das cadeiras magistraes. E' o ministro respectivo quem nomeia os encarregados de curso e de conferencia (maitres de conferences). Elles devem ser escolhidos de preferencia entre os aggregados e são nomeados, em regra geral, por um anno. Quando o encarregado de curso ou de conferencias, é pago pelos fundos universitarios, é nomeado pelo deyaõ, sob proposta do Conselho da universidade e ouvida a Faculdade interessada.

Os professores aggregados se dividem em duas cathogorias: 1.º os aggregados em actividade por tempo limitado; 2.º os aggregados livres cujas funcções terminaram.

Uns e outros fazem parte do corpo docente da faculdade, tomam parte nas Congregações, com voto deliberativo ou consultivo, substituem os professores no caso de ausencia, tomam parte no exame e fazem cursos complementares.

A duração das funcções dos aggregados em actividade é de 10 annos. E' por via de concurso que os aggregados são escolhidos. Bem se vê que não é exacto dizer-se que em França foi abolido o systema dos concursos, pois para este, pode-se dizer, primeiro passo a dar na carreira do professorado superior, o concurso está estabelecido, como regra. Tambem entre nós o concurso só é exigido para o cargo de substituto; a elevação a cathedratico independe de novas provas. Como se faz o concurso de aggregação?

Para ser admittido a tal concurso é necessario: 1.º, ser francez nato ou naturalizado; 2.º, ser maior de 25 annos; 3.º, ser doutor em sciencias juridicas e politicas; 4.º, gozar dos direitos civis.

E' o ministro respectivo quem determina as epochas em que se devem realizar os concursos, de-

vendo o annuncio delles preceder de 6 mezes o começo das provas.

Nas Faculdades de Direito, unicas de que me occupo, a aggregação é dividida em 4 secções : 1.<sup>a</sup> secção de direito privado e criminal ; 2.<sup>a</sup> secção de direito publico ; 3.<sup>a</sup> secção de historia do direito ; 4.<sup>a</sup> secção das sciencias economicas.

São as seguintes as provas particulares a cada secção : 1.<sup>a</sup> - secção de direito privado e criminal.

Uma composição escripta sobre um objecto escolhido no direito romano ; uma lecção oral de direito civil francez ; uma lecção oral de direito commercial e maritimo ; uma lecção oral do direito criminal, e uma lecção oral de processo civil ou de direito internacional privado.

2.<sup>a</sup> - Secção de direito publico.

Uma composição escripta sobre um objecto escolhido no direito constitucional ou internacional publico e uma lecção oral de cada uma das seguintes materias : direito constitucional, direito administrativo, legislação financeira e direito internacional publico.

3.<sup>a</sup> - Secção de historia do direito.

Uma composição escripta sobre historia do direito publico e privado francez e as seguintes provas oraes : uma de direito romano ; uma de historia do direito privado francez ; uma de historia do direito publico francez e uma sobre um ou mais textos referentes á historia do direito romano.

4.<sup>a</sup> - Secção das sciencias economicas.

Uma composição sobre um assumpto tirado da economia politica e uma prova oral das seguintes materias : economia politica, historia das doutrinas economicas, sciencia e legislação financeira e finalmente economia e legislação industrial ou economia e legislação rural ou economia e legislação coloniaes.

E' a sorte que decide sobre qual das ultimas materias deve dissertar o candidato. E' exactamente o nosso systema, bem se vê.

Tambem elle consiste em uma prova escripta e tantas provas de prelecção quantas as materias da secção. Entre nós, porem, a materia da prova escripta é tirada a sorte. A dissertação, as arguições reciprocas dos candidatos, abolidas entre nós pela ultima reforma, são desconhecidas no systema francez. E' o Ministro quem designa os juizes do concurso de aggregação, juizes que são escolhidos entre os membros do Conselho de instrucção publica, os inspectores geraes honorarios do ensino superior, os professores e aggregados das Faculdades, os Conselheiros de Estado, os Magistrados Superiores, etc. Em conclusão pode-se dizer que a escolha dos membros do corpo docente nas escolas de direito francezas, se faz por via dos concursos de aggregação.

E' o concurso, portanto, a porta de entrada do professorado francez; é o concurso o primeiro degráo a subir na carreira do magisterio.

Ao lado do ensino official, ou melhor, ao lado dos professores officiaes, ha os professores que não pertencem ao pessoal das faculdades e fazem cursos livres nos estabelecimentos officiaes. E' o conselho da Universidade que auctorisa taes cursos, depois de ouvida a faculdade de Direito.

---

Curioso e digno de meditação, mesmo porque se afasta do systema seguido entre nós e na generalidade dos paizes, é o systema usado na Allemanha para a escolha dos professores das Faculdades de Direito. E o facto é que o modo por que lá se procede tem dado os melhores resultados. Paiz al-



gum pode orgulhar-se de ter um melhor professorado. Aliás na Allemanha, na phrase de E. Duthoit, as faculdades de direito não constituem focos scientificos isolados, mas occupam, o que vale infinitamente mais, um logar importante n'estes maravilhosos laboratorios que se chamam as Universidades.

Em parte alguma, accrescenta elle, o divorcio do direito e das outras sciencias foi melhor evitado <sup>(1)</sup>.

Para isto contribue o facto de terem os estudantes de procurar importantes e indispensaveis materias fora das faculdades juridicas (as sciencias do Estado, por exemplo, em regra são estudadas nas Faculdades de Philosophia) o que contraria a tendencia do estudo do direito, para um vaidoso exclusivismo <sup>(2)</sup>.

Já vimos que, no systema seguido na França, systema que é o adoptado na generalidade dos Paizes, é no inicio da carreira do magisterio juridico que se acham collocadas as difficuldades, as provas a fazer, as seguranças a dar de um bom desempenho do cargo. Feitas as provas, dados os penhores de habilitação para tão alta investidura, o professor avançará na carreira, sem mais provas, sem precisar de esforçar-se para sobresahir no meio dos outros mestres. O seu accesso está previsto em lei, está sujeito a regras fixas.

Para exemplo basta lembrar que, entre nós, dada a vaga de qualquer cadeira, será n'ella provido o substituto da secção, a que pertencia a cadeira vaga.

Na Allemanha o systema é completamente di-

---

<sup>(1)</sup> E. Duthoit. L'enseignement du droit et des sciences politiques dans les Universités d'Allemagne. No correr d'este relatorio, mais de uma vez o cito, ás vezes, textualmente.

<sup>(2)</sup> Paulsen, Die deutschen Universitäten.



verso podendo se dizer que é o Paiz onde o accesso ao magisterio superior está mais ao alcance de todos. Provas serias não existem antes do individuo começar o seu ensino, o qual é a pedra de toque pela qual vai ser aquilatado o merito, apreciada a vocação d'aquelle que se propõe á carreira do professorado. O seu avanço depende, não de regras fixas na lei, não do tempo, não do direito que tenha á vaga de professor que se dê n'esta ou n'aquella Faculdade; elle depende da nomeada que o professor adquirir, do numero elevado de estudantes que attrahir ao seu ensino, dos livros que publicar. Conseguido isto, feita a reputação de bom professor, publicados trabalhos que tenham merecimento scientifico, pode o candidato ao professorado official ficar certo de que as Faculdades o disputarão; n'isto está o interesse d'ellas, pois quanto maior for o numero dos estudantes de uma Faculdade (e isto depende muito da celebridade dos professores) tanto maiores serão os proventos do corpo docente. Um exemplo frisante é o que se deu com o grande Ihering, disputado pelas Universidades de Bosléa, Rostoch, Kiel, Giessen, Strasburg, e Goettingen. O candidato ao professorado official, porem, ha de começar, tal é o systema allemão, ensinando por sua conta e risco. Elle é privat-docent, o que quer dizer claramente isto: que elle não ensina por delegação official, se bem que a Prussia já tenha dado o exemplo de inscrever no seu orçamento uma certa somma no intuito de favorecer a escolha dos privat-docent.

Não creando o privat-docent a reputação de bom professor, não adquirindo uma certa celebridade, não conseguindo uma clientela de estudantes, jamais conseguirá avançar na carreira do magisterio.

Bem se vê que, ao contrario do que se dá com

os nossos substitutos, cujo avanço não exige mais o menor esforço de estudo, porque está fixado em lei, só dependendo da realisação de um facto, o avanço do privat-docent depende, pode-se dizer, exclusivamente d'elle proprio. Onde na maioria dos paizes, acabam as difficuldades, não se exigindo mais preparação ao ensino superior, na Allemanha, começam as provas serias de capacidade para o exercicio d'elle. Vejamos, porem, quaes são as provas exigidas para que um candidato possa ser admittido a privat-docent.

Estas provas não são difficeis ; são relativamente faceis, se bem que actualmente se exija mais do que anteriormente se exigia.

E' assim que pelo systema em vigor ainda em começo do seculo passado para ser admittido como privat-docent a unica condição exigida era que o candidato tivesse o grão de doutor. Para obtenção do grão de doutor, porem, as exigencias eram, na realidade, nullas, e os escandalos se succediam. Nem ao menos era exigida a presença do candidato que era approvado *in absentia*.

A unica condição exigida era que o candidato apresentasse uma dissertação. Não se indagava mesmo se esta era original e muitas vezes não passava, na realidade, de uma copia. O escandalo chegou a tal ponto que Mommsen escreveu sobre o assumpto uma violenta critica. Depois d'este facto, as exigencias tornaram-se maiores. Actualmente para ser admittido a ensinar como privat-docent, o candidato que deve ter o titulo de doutor apresenta uma dissertação redigida em allemão ou latim sobre um ponto da sciencia que elle propõe-se a ensinar.

Esta dissertação não é necessariamente uma obra inedita, mas a these de doutoramento do candidato não pode substitui-la. Todos os professores da Fa-

culdade interessada a examinam e de seu valor depende sobretudo a admissão do postulante.

A Faculdade tem também em atenção outros títulos scientificos do candidato: these de doutoramento, escriptos diversos, artigos de revistas, trabalhos pessoaes redigidos para o seminario juridico, etc. As provas oraes se reduzem a pouca cousa; tudo se limita quer a um interrogatorio chamado *colloquium*, com os professores da Faculdade, e mais especialmente com o professor que representa a especialidade do candidato, quer a uma lição dada, a portas fechadas, em presença da Congregação, após um mez de preparo ou estudo.

Em caso de admissão o candidato dá uma lição publica de ensaio (*Eintritts-Vorlesung*) perante um auditorio de professores e discipulos.

Esta ultima prova é uma simples formalidade.

Em regra o Governo se limita a sancionar a permissão que dá a Faculdade á livre docencia do candidato; mas apesar do *privat docent* não exercer função alguma official, apesar da livre docencia não lhe dar o direito de ser provido n'esta ou naquella cadeira que vier a ficar vaga, o que é certo é que mais de uma vez o Governo tem opposto um véto á escolha feita pela Faculdade. Geralmente estes vétos são fundados em considerações de ordem politica, como se deu com o conhecido caso do Dr. Schmidt cuja escolha para *privat docent* da Universidade de Leipzig não foi approvada pelo Governo, o que valeu uma interpellação de Bebel no Landtag saxonio.

Já vimos que o *privat-docent* não é um professor official e pode passar toda a sua vida como *privat-docent*. E esta é a consequencia necessaria se não conseguir uma certa reputação, se não vir as suas aulas frequentadas por um certo auditorio.

Si, porém, o *privat docent* se distingue como



professor, si o numero de seus estudantes tende a crescer, dada a emulação que existe entre as Universidades allemães, facilimo é ao *privat docent* passar a professor extraordinario. As diversas Universidades disputarão com tanto maior interesse quanto maior for a reputação do professor.

No ponto de vista da organização dos cursos os *privat-docenten* gosam de completa liberdade. Geralmente os cursos que elles fazem constam de materias annexas ás ensinadas nas Faculdades.

Muitas vezes, porem, os *privat-docenten* ensinam as mesmas materias que os professores ordinarios, com a obrigação simplesmente de não pedirem honorarios inferiores aos do professor que ensina a materia. Isto que poderia produzir rivalidades desastrosas para o ensino, produz na Allemanha uma verdadeira emulação ; o *privat-docent* procura não ficar aquem do professor titular e este, por sua vez, esforça-se por não se deixar supplantar, para não ver seu curso deserto. E para que somente a capacidade do mestre, somente a excellencia do seu ensino, seja o movel da escolha do estudaute, é prohibido aos *privat-docenten* ter cursos publicos e gratuitos de materias que façam parte de um curso particular e pago de um professor.

Os *privat-docenten* são retribuidos pelos discipulos e esta retribuição constitue quasi que exclusivamente a renda que elles tiram das funcções. Apesar dos *privat-docenten* não receberem um titulo e um mandato do Estado, apesar de ensinarem por sua conta e risco, apesar de ser a renda que elles tiram das funcções representada quasi que exclusivamente pelo que pagamos os estudantes que lhes frequentam os cursos, todavia não deixam elles de representar o 1.º gráo na hyerarchia do professorado superior.



O 2.º gráo é representado pelos professores extraordinarios, cargos a que são providos os privat-docenten que mais se distinguem. Em regra geral o privat-docent passa a professor extraordinario, não na propria Universidade em que elle ensina, mas em outra Universidade rival que se apressa em offerecer-lhe tal situação, desde que o privat-docent vai se notabilizando no ensino. Os professores extraordinarios recebem vencimentos do Estado, geralmente tres a quatro mil marcos por anno. Por este motivo elles são obrigados a dar uma lecção publica por semana e pela qual não podem receber retribuição alguma. Podem, porem, fazer cursos privados retribuidos pelos estudantes.

O fim do Estado creando os professores extraordinarios é substituir em caso de falta os professores ordinarios e desenvolver, por meio de cursos, em uma Universidade, o ensino de um ramo de sciencia. O professorado extraordinario é, na realidade, o viveiro donde são tirados os professores ordinarios.

Isto não quer dizer que o professor extraordinario chegue necessariamente a ser professor ordinario; em muitos casos elle passará toda a sua vida naquella situação. E o que é de censurar é que tal facto é, as vezes, imotivado pelo espirito de exclusivismo que se nota em certas Universidades. Por outro lado é de notar que si é de regra que o professor ordinario tenha sido anteriormente extraordinario e privat-docent, ha casos de professores ordinarios das Faculdades de Direito terem sido escolhido na Magistratura.

Os professores ordinarios são nomeados por meio de uma lista triplice que a Faculdade interessada ou o Senado da Universidade apresenta ao Ministro respectivo. Na organização da lista é *magna pars* o professor que na Faculdade, representa a especiali-

dade da cadeira vaga ou da que mais se approxima. Geralmente o governo nomeia o primeiro da lista. O cargo de professor ordinario é geralmente bem remunerado. Pode-se avaliar em 23 mil marcos a renda annual de um professor de direito na Universidade de Berlim, aquella onde melhor se paga.

Somente parte d'esta importancia é paga pelo governo, sendo a outra parte paga pelos proprios estudantes. Cada estudante despende geralmente, no minimo, uns 60 marcos por semestre, sendo permitido aos estudantes pobres pagarem as suas dividas no espaço de 10 annos.

« Favoravel á actividade dos mestres e á assiduidade dos discipulos, diz Duthoit, o principio da retribuição dos cursos offerece sobretudo a inapreciavel vantagem de permittir aos professores viverem da sciencia e pela sciencia.

Elle assegura a Allemanha, tornando possivel uma emulação fecunda entre as Universidades e os diversos Estados do Imperio, todos os beneficios da descentralisação scientifica. Elle explica tambem a prodigiosa somma de trabalho fornecido pela maior parte dos professores allemães, a multiplicidade dos cursos privados que elles voluntariamente fazem, o patronato intellectual que elles se lisongeam de exercer sobre a mocidade estudiosa, nos seminarios e nos exercicios de argumentação, »

Do exposto se vê claramente quanto é original a maneira de constituição dos corpos docentes usada na Allemanha e quanto se afasta das nossas idéas. Si, em tudo, não é a organização allemã um modelo a ser copiado servilmente por nós, dada a differença de civilisação, de raça, de costumes, não é menos certo que, pelo menos a titulo de ensaio, devemos quando seja possivel, pôr em pratica o systema das Universidades germanicas, na escolha dos professor-

res, systema que favorece a emulação entre os professores e portanto tão favoravel é ao desenvolvimento das sciencias.

---

A Italia tem procurado approximar-se do modelo allemão. E ainda agora acaba de fazel-o com a publicação do dec. de 13 de Abril de 1902 (Regulamento generale universitario) e com o dec. n. 69 de 13 de Março de 1902 (Regulamento speciale per la Facoltá de Giurisprudenza). Insegnante privato, encarregado de cursos, professor extraordinario, professor ordinario, eis a hyerarchia do professorado superior na Italia. Facilidades concedidas áquelles que ensaiam na carreira do magisterio superior, sem sujeital-os á prova preliminar de um concurso, eis ainda um dos pontos em que o systema italiano se approxima do systema allemão.

O insegnamento privato, é ainda um d'estes pontos, se bem que em grande parte defira do privat-docentismo allemão. Em um e outro se tem principalmente por fim assegurar uma aprendizagem util áquelles que se destinam á carreira do magisterio superior; um e outro são independentes de concurso. Mas ao passo que os privat-docenten não ficam presos aos programmas, podem se dedicar aos estudos que quizerem, darem-se ás pesquisas que entenderem convenientes, porque o seu avanço só depende da reputação scientifica que adquirirem, o insegnante privato italiano, se quer fazer carreira, deve dedicar-se a uma especialidade do programma em vista do concurso que posteriormente será obrigado a fazer.

Referindo-se á livre docencia disse o Ministro Nasilna *Relazione* que apresentou ao Rei com o dec. de 13 de Abril de 1902: Graças á livre docencia se



formam para as altas exigencias das cadeiras os jovens que o proprio Estado escolhe para seus professores officiaes. Por meio della as novas disciplinas, no progredir continuo da especialisação scientifica, acham cultores avidos que as põem em prova; os jovens que o Estado convida ás suas Universidades encontram occasião e guia para estudos, que o Estado não offerece; ou meios, quer de aprender mais proficuamente, na maior intimidade que inspiram mestres mais chegados aos estudantes pela idade, quer de ver e experimentar em reuniões menos amplas do que aquellas que rodeiam ás cadeiras officiaes.

Antes de entrar no exame das condições exigidas para a habilitação á livre docencia, eu devo notar que tambem os professores ordinarios e extraordinarios podem fazer cursos privados sobre todas as materias ensinadas ou sobre materias affins, contanto que nenhum d'elles faça um curso privado do ensino que dá ou deveria dar a titulo publico. Os doutores aggregados egualmente podem fazer cursos particulares.

Elles são de direito nos termos da lei Casati, *liberi insegnanti*, para as materias prescriptas no programma official da respectiva faculdade ou a ellas attinentes.

Deixando de lado, porem, estes cursos que podem ser feitos por professores ordinarios, extraordinarios e doutores aggregados, eu devo observar que a habilitação á livre docencia se obtem por meio de exames, por meio de titulos, ou independentemente d'estes meios, quando o candidato, por meio de obras, de descobertas ou do ensino tornou-se notavel no conhecimento da materia que pretende ensinar. E' a conhecida excepção da lei Casati.

E' o Ministro respectivo quem concede a habi-



litação á livre docencia, só podendo aliás concedel-a para uma determinada Universidade e Faculdade.

A habilitação só é concedida para as materias que são ensinadas a titulo publico, ou para parte das mesmas materias quando ellas tenham adquirido sufficiente autonomia e importancia scientifica.

O candidato á livre docencia deve dirigir uma petição ao Ministro competente, indicando para que sciencia ou ramo de sciencia e para que Universidade quer obter o titulo de insecnante privato, declarando egualmente se pretende obter esta qualidade por exame ou por titulo.

No caso de exame o Ministro, precedendo proposta do Conselho Superior, nomeia a commissão examinadora que deve ser composta de seis membros, sendo 3 da Faculdade e 3 extranhos a ella. As provas são tres ; uma dissertação escripta sobre um thema proposto pela commissão examinadora, dissertação que deve ser apresentada em prazo que não deve ser menor de tres mezes : uma conferencia sobre o mesmo thema e tambem sobre a sciência que deve formar objecto do ensino e que não pode durar menos de uma hora ; uma licção sobre um thema proposto pela commissão. A ultima prova deve ser feita em publico (art. 98 da lei Casati de 13 de Novembro de 1859). Feito o exame a commissão procede ao julgamento, faz um relatorio a respeito dos meritos dos candidatos etc. e envia ao Conselho Superior. Este remette tudo ao Ministro competente, com o seu juizo, não só sobre o merito das dissertações, como tambem sobre a applicação das disposições legaes.

No caso de livre docencia por meio de titulos, o Ministro remette o requerimento do candidato á Faculdade em que o requerente pretende ensinar.

A Faculdade avisa disto o candidato e o convida a

apresentar os seus titulos. Entre estes deve haver, ao menos, uma memoria original, sobre a materia para cujo ensino é a habilitação requerida. O candidato deve tambem fazer uma prova oral, semelhante a que faz o candidato á livre docencia por meio de exames.

Tudo ponderado, a Faculdade dá o seu parecer, remette-o ao Ministro o qual o communica ao Conselho Superior, que é quem reconhece si o postulante é idoneo para a livre docencia.

A livre docencia só é valida para as materias e para a Universidade a que se refere a concessão do Governo.

Os cursos feitos por taes professores têm o mesmo valor que os cursos officiaes ; é necessario, porém, que o curso seja egual pela materia, pelo numero de lecções, pelo numero de horas, aos cursos dos professores officiaes.

E' desnecessario dizer que os cursos particulares se fazem sob a vigilancia das auctoridades universitarias,

Ao insegnante privato segue-se na hyerarchia universitaria italiana, não o professor extraordinario, como se dá na Allemanha, mas o encarregado de curso. Como bem disse E. Duthoit a funcção do encarregado de curso, incarico, forma a transição normal do ensino privado ao ensino official. <sup>(1)</sup>

O incarico, accrescenta elle, é a attribuição de um curso feita pelo Ministro, sob proposta de uma faculdade determinada, quer a um professor já fazendo parte do corpo universitario, a titulo official ou a titulo privado, quer a uma pessoa ainda estranha ao ensino. E' principalmente entre os insegnanti privati que são escolhidos os encarregados de curso;

---

(1) E. Duthoit, L'enseignement du droit dans les Universités d'Italie,

muitos, porem, o são entre os professores ordinarios e extraordinarios.

O novo Reg. geral universitario marca mesmo a seguinte ordem de preferencia : 1.º doutor aggregado ou livre docente em effectivo exercicio ; 2.º professor ordinario ou extraordinario ; 3.º os que estão no caso do art. 69 da lei Casati, artigo a que já me referi anteriormente.

Ninguém pode ser encarregado de mais de um curso. Raramente o insegnante privato se eleva de sua posição extra-official ao cargo de professor extraordinario ou ordinario, sem passar pelo cargo intermediario de encarregado de curso. O facto de ter sido encarregado de curso constitue um titulo importante, tido em tão alta conta nos concursos feitos para provimento das cadeiras vagas que a não ser que possua titulos excepçionaes, o insegnante privato commette uma imprudencia entrando em um curso sem ter sido antes encarregado de curso. Elle se expõe tanto mais gravemente a comprometter a sua carreira quanto no caso de não ser aprovado no concurso em que entrou prematuramente, elle perde o direito de ser escolhido pela Faculdade como encarregado de curso da materia em que não foi bem succedido.»

Já vimos que a habilitação ao titulo de insegnante privato é o primeiro passo a dar por aquelles, que querem se dedicar ao ensino superior.

Já vimos que de *insegnante privato* o candidato ao ensino official passa a encarregado de curso. Já é um titulo official, mas o encarregado de curso «apesar do seu titulo official, fica ainda em uma posição inferior e subordinada até o dia em que entrando em um concurso motivado pela vacancia de uma cadeira, levar os rivaes de vencida e conseguir a posição de professor extraordinario ou ordinario.»



*«Pour gravir l'échelon du professorat, diz Dutloit, le chargé de cours doit donc attendre la vacance d'une chaire ; c'est à ce moment précis où le jeune maître fait sa première apparition sur le champs clos d'un concours, qu'il rencontre une épreuve sérieuse et difficile, dont va dependre toute la suite de sa carrière.»*

Os professores extraordinarios são nomeados pelo Ministro, por um anno : 1.º depois de um concurso entre os doutores aggregados, os docentes livres, os encarregados e aquelles que, em concurso precedente para ordinario, foram approvados ; 2.º depois de concurso para ordinario da mesma materia feito para outra Universidade, nos termos do art. 43 do actual Reg. geral universitario.

O professor extraordinario, já vimos, é nomeado por um anno, após um concurso. Para a continuação, porém, nos annos posteriores, não é necessario novo concurso, a menos que o Conselho da Faculdade, em parecer motivado, não proponha providencia diversa.

O professor extraordinario é nomeado para completar o ensino ordinario dado nas Faculdades e fazer cursos especiaes. Não pode dar, e o mesmo succede com o professor ordinario, além do curso proprio, official, mais de dois cursos livres.

No apice da hyerarchia profissional, está o professor ordinario, o nosso lente cathedratico. Pondo de lado a transferencia de uma a outra Universidade, pondo de lado a conhecida disposição da Lei Casati (provimento de pessoas que por meio de obras, descobertas ou do ensino se tornaram notaveis) ao cargo de professor ordinario se provê : 1.º por concurso, cujas normas daqui ha pouco veremos ; 2.º por promoção, em favor dos professores extraordinarios nomeados por concurso, quando se tratar de provêr a uma cadeira da mesma materia e havendo



parecer favoravel do Conselho Superior de Instrucção Publica. Estudemos, porem, o processo dos concursos, no qual encontram-se originalidades dignas de nota. A lei Casati (13 de Novembro de 1859) falla de duas especies de concurso: o concurso por exame e o concurso por titulos. O 1.º consta de uma serie de provas oraes e escriptas, organisadas de modo que de seu complexo se possa apreciar não somente as habilitações do candidato, a respeito das materias do concurso, mas tambem a sua capacidade para o ensino (*attitudine ad insegnare*); o 2.º consiste na exhibição de provas impressas e de outros documentos aptos para demonstrar que os candidatos possuem as qualidades cuja prova se procura por meio do concurso por exame. Estas duas formas de concurso independem uma da outra no sentido de que os candidatos podem se apresentar a ambas ao mesmo tempo ou sómente a uma d'ellas.

Aberto o concurso, dentro dos quatro mezes que se seguem á primeira publicação feita na *Gazetta Ufficiale*, cada concorrente deve remetter ao Ministro, com o pedido de inscripção, uma exposição da sua vida scientifica, contendo a especificação de todos os seus titulos e das suas publicações e com a indicação dos principaes resultados obtidos.

As publicações dos concorrentes devem ser apresentadas em numero sufficiente a serem destribuidas pelos diversos membros que compõem a commissão examinadora.

Sómente os trabalhos publicados são acceitos e entre elles deve haver ao menos uma memoria original impressa, sobre a materia da cadeira posta em concurso (art. 27 do Reg. gen. universitario).

Continuemos, porem, a estudar o processo de concurso estabelecido na Italia, na qual ha particularidades dignas de nota. O merito dos candidatos

é apreciado por uma commissão de nomeação do Ministro.

Somente, podem ser nomeados, porem, pessoas que ensinem ou tenham reputação de bem conhecer a materia posta em concurso ou materias affins, que tenham com ella as mais intimas relações. Antes de convocada a commissão que deve ser composta de 5, 7 ou 9 membros, o Ministro competente solicita de todos os outros professores ordinarios da materia a designação escripta e motivada do concorrente que a juizo de cada um d'elles é o mais merecedor de occupar a cadeira. Os pareceres são remettidos ao Ministro que deve communicar-os á commissão. A esta remette-se tambem a lista dos candidatos, os titulos que elles exhibiram. Cada commissario apresenta por escripto o seu juizo sobre os titulos scientificos dos candidatos. Discussos os meritos d'estes ultimos, a commissão decide sobre a approvação (eleggibilitá) dos candidatos, e somente depois d'isto os classifica na ordem do merecimento.

De tudo faz a commissão um relatorio, no qual, alem do mais, deve haver as opiniões sobre cada uma das publicações apresentadas pelos concorrentes. Quando se trata de professor ordinario da materia posta em concurso, não ha votação para approvação, mas somente para collocação na ordem do merecimento. No caso de se tratar de candidatos que não exerceram durante um certo tempo o ensino universitario, os Regulamentos exigem uma prova oral, que tem por fim verificar a capacidade didatica do candidato. E' de notar, porém, que esta prova pode ser exigida de qualquer candidato desde que a commissão assim o entenda. Ella consiste em uma lecção oral sobre um assumpto designado pela commissão examinadora 24 horas antes e devendo durar pelo menos 40 minutos. Todo o concurso é objecto de

um relatório que é remetido ao Governo, que, em regra geral, nomeia o candidato collocado em primeiro lugar pela commissão examinadora.

Promoção. — Passados tres annos de serviço effectivo do magisterio, o professor extraordinario nomeado por concurso, pode requerer a sua promoção a ordinario.

N'este caso, o Ministro, ouvido o parecer da Universidade, donde se conclue que o professor extraordinario tem demonstrado, por trabalhos novos, a sua *operosità scientifica* e dado provas da sua competencia didactica, nomeia uma commissão de pessoas competentes na materia da cadeira vaga ou nas materias affins. E' esta commissão que julga o pedido.

Pelo exposto é facil de ver que si, em certos pontos, o systema italiano se approxima do modelo allemão, em muitos pontos d'elle differe radicalmente.

Si pelas facilidades que dá aos moços attrahidos para o ensino superior de entrarem na carreira sem a prova preliminar de um concurso, pela aprendizagem livre e facilmente accessivel que lhes organisa, a Italia se approxima do regimen tradicional das Universidades allemães; pela necessidade imposta ao *insegnante privato* italiano da escolha de uma especialidade, ao contrario da liberdade de que goza o privat-docent allemão, pelo systema de concurso, desconhecido nas Universidades allemães, pelo modo mesmo de ministrar o ensino aos estudantes, e por tantos outros pontos, é notavel a differença entre as Universidades dos dois paizes.

---

Visto o modo pelo qual são escolhidos os membros dos corpos docentes nas Faculdades de Direito



dos paizes acima indicados, passo a tratar do modo mesmo como são organisados os cursos. Refiro-me ao numero e á natureza das materias que fazem objecto do ensino, á sua seriação, ao modo como estão dispostas as diversas cadeiras que fazem objecto dos diversos cursos.

Antes d'isto, porém, vejamos a nossa organisação, nas suas linhas geraes.

Isto servirá para accentuar as semelhanças e differenças que existem entre o nosso e aquelles paizes europeus, no assumpto acima indicado.

Sabe esta illustrada Congregação que não existe mais entre nós a divisão dos cursos em sciencias juridicas e sciencias sociaes. Esta divisão, bôa em theoria, acceitavel em outros paizes e em outras condições, deu entre nós os peiores resultados e foi condemnada pela pratica.

Foi a lei n. 314 de 30 de Outubro de 1895 que fundio os cursos de sciencias juridicas e sociaes em um só, dividindo-o em 5 annos, divisão que foi conservada pelo Reg. 3903 de 12 de Janeiro de 1901.

Nem sempre é acceitavel a ordem de collocação das materias nos cinco annos do curso, como adiante mostrarei.

Por outro lado é digno de nota que, na ultima reforma se tenha posto lentes em disponibilidade, supprimindo-se cadeiras, sem que fosse igualmente supprimido o ensino das materias, aliás importantissimas, que passaram a constituir cursos complementares, a cargo dos lentes substitutos.

E' assim que a cadeira de finanças foi unida á de economia politica, impondo-se ao substituto a obrigação de fazer um curso complementar d'aquella materia. Bem se vê os inconvenientes d'este facto.

A materia das finanças não pode ser estudada



em um ligeiro curso complementar, e no mesmo anno em que é ensinada a economia politica.

Assim antes de saber economia politica, quando o estudo d'esta materia está simplesmente iniciado, já o estudante é obrigado a estudar finanças, materia que não pode ser bem comprehendida sem o estudo d'aquella sciencia.

A cadeira de theoria do processo foi unida tambem á de praxe forense, igualmente com a obrigação imposta ao substituto, de fazer um curso complementar d'esta ultima.

Por este modo, com o systema de aulas diarias, chega-se ao ponto de impor ao estudante cinco horas de aula por dia, como se dá no 4.º e 5.º anno, isto sem contar com os cursos complementares não obrigatorios, mas que o lente cathedratico pode requerer. Isto é por demais fatigante, sobretudo em nosso clima.

O governo, porem, apezar da disposição clara dos estatutos tem mandado alternar as aulas, nos dois annos acima apontados. Já têm sido apontados os defeitos da nossa actual organização no tocante ao numero e ordem em que são collocadas as cadeiras do curso. Ainda ha pouco no parecer que a illustre Congregação votou a respeito da organização de uma Universidade no Rio de Janeiro, vem feita por mão de mestre a critica de tal organização. Sem fallar na pessima collocação da cadeira de economia politica que, attendendo-se a «serem os phenomenos de ordem economica os mais simples e os mais geraes, deveria estar no limiar do curso, tanto mais quanto o conhecimento d'aquelles phenomenos é condição necessaria para a exacta comprehensão do direito commercial que hoje não se estuda sinão á luz da economia politica;» sem fallar no estudo do direito romano logo no 1.º anno, pondo, na phrase

de Paulsen, em prova muito rude a paciencia dos estudantes que não estão preparados para a comprehensão d'elle ; do estudo da Medicina legal no 5.º anno, quando elle é necessario para a comprehensão de certas questões de direito civil e criminal; admittindo-se mesmo em rigor, o estudo da philosophia do direito no 1.º anno por nos dar ella uma vista de conjuncto do phenomeno juridico ; é imperdoavel que a ultima reforma supprimissem a historia do direito nacional (já anteriormente havido sido dispensado o estudo da historia geral do direito) e collocassem o estudo do direito internacional privado, como um simples complemento do direito internacional publico, no 2.º anno.

E' por demais sabido que o estudo do direito é actualmente effectuado á luz da historia e da comparação que explicam factos, singularidades que á primeira vista não tinham explicação possivel, ou melhor, sufficiente.

Quanto ao direito internacional privado é sabida a importancia cada vez maior que elle vai tendo, com o estreitamento das relações internacionaes. Seja elle o conjuncto de principios que determinam os casos em que a lei privada de um paiz se applica no territorio do outro ; seja a sciencia que tem por objecto organizar a regulamentação das relações internacionaes de ordem privada; seja o conjuncto de principios que regulam as relações juridicas de ordem privada que affectam interesses da sociedade internacional, como já tem sido elle definido, o que é certo é que não se pode comprehender, nem estudar o direito internacional privado, sem o conhecimento do direito privado interno.

N'estas condições é simplesmente absurda a collocação do direito internacional privado no 2.º anno, onde apparece a primeira cadeira do direito civil, e

quando as outras cadeiras d'esta materia, o direito commercial, o processo, são estudadas em annos posteriores,

---

Na França já se observou que os programmas e os quadros do ensino do direito augmentaram consideravelmente, ha um quarto de seculo, pela introdução das sciencias politicas e economicas nos planos de estudo.

E cousa digna de nota: ao passo que o numero das materias augmentou, o numero de annos de estudo conservou-se o mesmo. Ainda a licença é constituida por 3 annos de estudo, si bem que não comprehenda somente o estudo do direito romano, do Cod. civil, do direito administrativo, do cod. do commercio, do processo civil, do direito criminal, como anteriormente, mas tambem o estudo da historia geral do direito, da economia politica, do direito constitucional e publico, do direito internacional privado, da legislação financeira, alem das materias de opção.

Alem da licença formada pelos tres annos de estudo, ha nas faculdades francezas, o bacharelado em direito, constituido pelos dois primeiros annos da licença, e o doutorado.

Vejamos, porem, quaes as materias dos diversos cursos e a ordem em que ellas são estudadas nas faculdades de direito da França.

No anno academico de 1901 a 1902 os cursos (que começaram a 11 de Novembro d'aquelle anno) foram os seguintes: 1.º Anno: direito romano (dois cursos); direito civil (2 cursos); economia politica (2 cursos); historia do direito (1.º semestre) e elementos de direito constitucional (2.º semestre).

2.º Anno—Direito romano (1.º semestre); direito



civil, direito administrativo, direito criminal, direito internacional publico [2.º semestre].

3.º Anno.—Direito civil, direito commercial, processo civil (1.º semestre); modos (voies) de execução (2.º semestre); direito marítimo (1.º semestre); legislação commercial comparada (2.º semestre); direito internacional privado (1.º semestre); legislação financeira (2.º semestre).

Cursos communs á licença e ao doutorado (sciencias juridicas): direito romano, direito civil aprofundado e comparado (2 cursos).

Cursos especiaes para o doutorado.

1.º Sciencias juridicas—Pandectas, historia do direito publico romano (curso facultativo), historia do direito francez, legislação penal comparada (2 cursos); direito administrativo (1.º semestre), jurisdição contenciosa, legislação civil comparada.

2.º) Sciencias politicas e economicas.

A) Sciencias politicas.

Historia do direito publico francez, principios de direito publico, direito constitucional comparado, direito administrativo, direito internacional publico, historia dos tratados.

B) Sciencias economicas.

Economia politica, economia social comparada (curso facultativo), historia das doutrinas economicas, estatistica (curso facultativo), legislação franceza das finanças e Sciencia financeira, legislação e economia industriaes, economia colonial, legislação colonial, legislação e economia ruraes, direito musulmano (curso facultativo).

A simples enumeração dos cursos basta para fazer resaltarem as differenças que existem entre a nossa e a organização franceza, sem necessidade de maiores desenvolvimentos.

E' notavel nas faculdades de direito, na França,

a ausencia do ensino da philosophia do direito, da medicina legal, a extensão dada ao ensino do direito romano e das sciencias economicas e politicas que constituem dois cursos especiaes.

Muitas têm sido as criticas feitas ao systema francez.

Tem-se notado o excessivo numero de cursos grupados nos 3 annos da licença. A conclusão a tirar do facto de ter sido augmentado o numero dos cursos, permanecendo a mesma duração delles, é as materias não serem bem estudadas.

Procurou-se fugir ao inconveniente creando um anno de estudos preparatorios, consagrado principalmente á historia e á philosophia, feito na faculdade de lettras. « E', diz Villey, uma nova applicação desta ideia de penetração das faculdades, com a qual tanto barulho se tem feito, ideia justa em si, mas que, segundo seu habito, o espirito contemporaneo parece disposto a exaggerar e a falsear, a ponto de, para muitos, a penetração ter se tornado um fim e não um meio. » [1]

Villey prefere organizar a licença em 4 annos, abolidas as distincções artificiaes das materias dos cursos, tornando duradouras as relações entre mestres e discipulos, com o grupar sob uma só direcção ensinos que actualmente estão separados por divisões artificiaes, alargando o ensino do direito administrativo, reunindo-o ao da historia do direito publico, do direito constitucional e do direito eleitoral, da economia social (é a economia politica), comprehendendo tambem a legislação industrial e a legislação financeira, alargando igualmente o estudo

---

(1) L'enseignement du droit, no Congres intern. cit., pag. 392.

do direito criminal, do direito commercial e reduzindo o estudo do direito romano, a um só anno.

Quanto ao doutorado, diz elle, queriríamos uma grande elasticidade no ensino, afim de que aquelles que procurassem este gráo elevado podessem aprofundar as materias especiaes para que fossem de preferencia attrahidos.

A respeito da forma mesmo por que é dado o ensino do direito, na França, do renovamento que la se opera sobretudo no ensino do direito civil, já foi o assumpto objecto de anteriores observações que não precisam ser renovadas aqui.

---

« Tem-se uma ideia falsa das Universidades da Allemanha, diz E. Duthoit, op. cit., considerando-as como uma collecção de cadeiras das quaes cada uma corresponderia a um ramo determinado da sciencia, e a um programma de ensino traçado de antemão. Não se pode melhor comparal-as do que a Academias de sabios, divididas em quatro grandes secções: theologia, direito, medicina, philosophia; a cada secção é confiada uma provincia inteira da sciencia, com a missão de percorrel-a, sem abusar das forças e sem contrariar as aptidões ou as preferencias dos mestres.»

A quem estuda o modo por que o direito é ensinado na Allemanha, fere logo a attenção a absoluta liberdade de ensinar concedida aos professores, e sobre tudo a faculdade outhorgada ao estudante de organizar, como entender, o plano de seus estudos. O que se exige dos professores é que no fim do semestre o conjuncto das materias que fazem parte do ensino das Faculdades tenha sido ensinado: o que se exige do estudante é a maturidade intel;



lectual, demonstrada pelo diploma de doutor ou pelo exame de estado, condição *sine qua* elle não pode se dedicar a esta ou aquella carreira publica.

Tem se notado que a liberdade absoluta de ensinar, concedida aos professores, na Allemanha, envolve o gosto pelas especialidades, permite dedicar-se a esta ou aquella materia por que tem predilecção, sem sugeital-o ao ensino desta ou daquella disciplina pouco adaptada ao seu gosto.

O mais curioso, porem, é a liberdade do estudante de organizar os seus estudos, como bem entende, quer na escolha do ponto inicial, das materias por onde começar os ditos estudos, quer na seriação, na ordem em que as materias que constituem os diversos annos do curso, são estudadas.

Apezar desta extrema liberdade concedida aos estudantes, nota Paulsen, obr. cit., que as queixas por inapplicação, principalmente nos primeiros semestres, em nenhuma Faculdade são tão grandes, como nas Faculdades de Direito. Para isto contribuem, diz elle, duas circumstancias, uma subjectiva—os motivos para a escolha do estudo do direito são mais frequentemente que para a escolha de qualquer outro, superficiaes e fortuitos, pois ao direito se consagram todos aquelles que se sentem attrahidos pela posição politica e pela consideração social, sem se preoccuparem com saber se existem amor ao estudo e vocação para o serviço publico,—e uma objectiva—o estudo do direito exige, mais do que qualquer outro, uma aprendizagem de noções e de formulas, cujo alcance não se percebe desde logo.

Os cursos na Allemanha são publicos ou privados.

Os primeiros gratuitos, são em muito pequeno numero, pois, em regra geral, o professor dá uma

única aula por semana, o mínimo aliás que lhe é permittido pelos Regulamentos do Governo.

Os cursos particulares ou privados, retribuidos pelos alumnos são, porem, em grande numero, sobretudo nas principaes universidades, onde cada materia forma objecto de dous e tres cursos geraes desta natureza, alem dos cursos annexos. O trabalho dos professores é extraordinario, pois fazem diversos cursos ao mesmo tempo. E' de notar, porem, a vantagem que resulta para elles, percorrendo com profundeza certos ramos do direito. Em lugar de se restringirem ao estudo desta ou daquella materia, estudando diversas materias com certa profundeza, completam com o estudo de uma o conhecimento da outra.

Sem querer fallar no modo pelo qual os professores fazem, em geral, as suas prelecções, uns segundo o velho systema de dictar a lecção palavra por palavra, outros dictando um certo numero de definições e formulas, bordando sobre ellas as considerações que acham convenientes, e ainda outros fallando lentamente de modo a que os estudantes possam tomar as notas que quizerem, toda a lecção mesmo, assumpto este de pouca importancia, eu passo a occupar-me das materias que constituem o curso juridico.

Uma observação deve ser logo feita. As materias juridicas não são exclusivamente ensinadas nas Faculdades de Direito; o lugar das sciencias do Estado e da sociedade é na Faculdade philosophica e não na Faculdade juridica.

Segundo Paulsen, obr. cit., isto tem principalmente uma causa historica. «As Faculdades juridicas primitivamente, diz elle, não tinham que se occupar com o direito patrio (o allemão) vigente, porem com o direito romano e o direito canonico,

um direito historico e scientifico e um direito para a Egreja.

Quando com a recepção tornou-se o direito romano vigente na Allemanha teria podido a Faculdade juridica aproveitar o momento para incluir nos seus estudos as sciencias do Estado.

Permaneceu, porém, a antiga organização: a politica e a economia eram com a ethica, partes traditionaes da philosophia pratica; a ellas se juntou no seculo 17 o direito natural; no seculo 18 desenvolveu-se a economia politica (*Kameralwissenschaft*) da qual no seculo 19 sahio a sciencia economica.

Assim ensina agora em concurrencia a Faculdade juridica e a philosophica, a theoria geral do Estado e do direito, ficando, porem as sciencias do Estado para a Faculdade philosophica.

Apenas aqui e ali, (Tubingen, Munich) se as tem destacado, como Faculdade particular e em duas Universidades (Wurzburg e Strasburg) foram ellas incluidas nas Faculdades juridicas.

Feita a observação acima, passarei a indicar o systema que era seguido (e ainda o é, na sua quasi totalidade) quanto ao ensino das materias juridicas e depois mencionarei as modificações que o Governo achou conveniente fazer dado o apparecimento do Cod. Civil.

Não fallando nas partes então codificadas da legislação allemã, (direito commercial, direito criminal, instrucção criminal, processo civil e organização judiciaria), a classificação admittida em geral nas Universidades allemães é—direito philosophico e estudo dos methodos, direito romano, historia do direito germanico e direito privado, direito canonico, direito publico nacional, direito internacional publico, direito penal.

O Estudante allemão começa geralmente o seu



estudo do direito se fazendo inscrever em um curso de philosophia, encyclopedia e methodologia juridica, isto apezar da liberdade que elle tem de organizar o plano de seus estudos, como bem entender. «O curso de philosophia do direito completa a bagagem philosophica dos futuros juristas; elle estabelece o fundamento nacional do direito, da lei, da familia, da propriedade, dos contractos, das sociedades, do Estado, do poder social de mandar e de punir.

Largos *aperçus* historicos animam estas noções metaphysicas e põem em guarda os jovens ouvintes, a maior parte noviços ainda na sciencia juridica, contra uma concepção puramente geometrica do direito.

O curso de encyclopedia juridica é uma classificação completa e harmoniosa dos ramos multiplos do direito; é a carta geral da sciencia que se desenha em traços largos, como para guiar estrangeiros, sobre um terreno em que elles põem o pé pela primeira vez. O curso de methodologia forma o appendice do curso de encyclopedia; é a indicação precisa dos caminhos a seguir e a evitar, é a enumeração dos meios de orientação e a entrega dos apparatus (remise des outils) necessarios áquelles que sentirem mais tarde a coragem de deixar os caminhos conhecidos para penetrar em regiões exploradas. »

O direito romano sempre mereceo attenção especial dos juristas allemães, como é sabido de todos.

Em paiz algum do mundo este direito tem sido objecto de maiores estudos, das mais profundas investigações do que na Allemanha.

Savigny, Ihering, Windscheid, Mommsen e tan-

tos outros são a prova de que naquelle paiz os romanistas notaveis abundam.

Alem do direito romano ser muito proprio para formar o espirito juridico, alem de estar de accordo com o espirito, o genio dos allemães, accresce que até bem pouco tempo o direito romano era o direito commum na Allemanha e como tal tinha força de lei. Tudo isto contribuia para que tal direito fosse o centro de um ensino longo e aprofundado.

Eis como um escriptor descreve o que eram os cursos de direito romano, nas Universidades allemães, cursos que se conservam quasi a mesma cousa na actualidade. Os cursos podem se dividir em 3 cathogorias principaes: Instituições, historia do direito romano, Pandectas. O curso de instituições e o curso de historia do direito romano formam uma especie de ensino elementar e preparatorio, que os estudantes têm costume de seguir durante o 1.º e 2.º semestre de seu 1.º anno, concorrentemente com os cursos de philosophia e encyclopedia do direito. O curso de instituições tem por objecto o conjuncto do direito privado, encarado em suas grandes linhas e conforme um methodo rigorosamente historico.

Sem se preoccupar com o plano das Institutas de Justiniano, o professor passa em revista, a familia romana, a propriedade, o direito das obrigações, o regimen successoral.

Elle trata de cada uma destas instituições desde a sua origem, e a seguir em todos os seus desenvolvimentos. Os textos e as difficuldades de interpretação, sempre postos de lado, são reservados ao curso de Pandectas.

Os mestres nunca deixam, quando a occasião se apresente, de dar noções de direito publico romano, de mostrar como os acontecimentos politicos

podem transformar o direito privado e que influencia o direito privado exerce a seu turno sobre a vida nacional. Este curso não deve ir além de um semestre. O curso de historia é o complemento necessario do curso de instituições; elle tem mais especialmente por objecto o direito publico, o desenvolvimento das instituições politicas, financeiras, militares, administrativas, judicarias, e sua influencia sobre o direito privado. O curso de Pandectas comprehende o conjuncto do direito privado romano, abstracção feita do direito de familia e do direito successoral que formam ordinariamente materia de cursos especiaes. Ao lado dos tres cursos especiaes de instituições, de historia e de Pandectas, o direito romano fornece materia, principalmente nas grandes Universidades, como as de Berlim e Leipzig, a um certo numero de Cursos especiaes, a trabalhos scientificos no seminario e a exercicios praticos.

Um outro estudo a que os professores allemães prestaram a maior attenção, e ainda prestam, é o referente ao velho direito nacional, ao direito germanico.

Como para o direito romano não era somente o desejo de conhecer um direito que tanto contribuiu para a formação do direito privado moderno, não era por uma necessidade puramente scientifica que o velho direito germanico tanta attenção merecia dos juristas allemães: este direito tinha em muitos casos e em muitas partes força de lei.

O curso de historia do direito germanico, abraçando as fontes, o direito publico, o direito privado, é geralmente seguido pelos estudantes, depois do curso de Pandectas. « A proposito das fontes, o professor se occupa das leis barbaras da epocha franca, dos costumeiros da idade media, principal-



mente do Espelho de Saxe (Sachsenspiegel) e do espelho de Suabia (Schwabenspiegel)».

Para completar os estudos historicos os professores não deixam de fazer cursos sobre o direito canonico, cursos que comprehendem geralmente duas partes: a historia externa e a historia interna.

Quanto ao direito Civil é bem de ver que o codigo Civil veio trazer uma verdadeira revolução no seu ensino. Pode-se dizer que antes do fallado cod. os professores se viam na impossibilidade de dar aos estudantes uma vista de conjuncto daquelle direito, tantos e taes eram os systemas que dominavam na Allemanha.

E' assim que formavam o direito civil allemão: 1.º o direito prussiano, tendo por base o cod. geral, uma enorme collecção de 17860 arts, começada sob Frederico o Grande e posta em vigor em 5 de Fevereiro de 1794 sob Frederico Guilherme 2.º; o direito commum allemão, direito principal nos paizes que não tinham cod. e subsidiario naquelles que o tinham.

Este direito é formado pelo direito barbaro, pelo direito romano, pelo Cod. saxonio, pelo Cod. civil francez. Por esta simples enumeração é facil de ver quanto era difficil aos professores de direito civil, darem um ensino completo a seus discipulos, apesar de haver nas Faculdades um curso geral intitulado—curso de direito Commum allemão.

Esta difficuldade desapareceo com a promulgação do Cod. civil que tem debaixo do seu imperio todo o territorio allemão. O fallado Cod. tornou-se o objecto de numerosos cursos e o eixo de todo o ensino do direito civil allemão, ficando o direito romano relegado para um segundo plano.

As horas de Curso deste direito são em menor

numero do que anteriormente, redução que foi deplorada pelos professores allemães, que aliás procuraram impedi-la.

Numerosos são os cursos referentes ao direito publico e constitucional. E assim é necessario, pois é sabido que a Allemanha é uma federação em que cada unidade politica que a compõe, guarda a sua feição característica. Assim têm os professores de ensinar, não só o direito publico geral, como também o direito publico dos Estados particulares.

Apezar disto, porem, é de notar que não se li-ga igual importancia ao estudo do direito adminis-trativo.

O direito das gentes, o direito Commercial, o processo civil e criminal são cuidadosamente estuda-dos nas Faculdades allemãs.

Feitas estas considerações, eu devo dizer que em 1897, (18 de Janeiro) em vista da promulgação do cod. civil feita no anno anterior [18 de Agosto] decidio o governo que os antigos cursos sobre en-cyclopedia do direito (3 a 4 horas), a historia do direito romanc [4 a 5 horas], as instituições de di-reito romano [4 a 5 horas] as Pandectas [16 horas], a historia do direito allemão, [4 a 5 horas]. o di-reito privado allemão [6 horas], o direito territorial prussiano ou o direito civil francez para os paizes rhenanos [4 a 5 horas], seriam substituidos pelos seguintes cursos: 1.º Introducção á sciencia do di-reito [2 a 3 horas]; 2.º historia do direito romano e systema do direito privado dos romanos [8 a 10 horas]; 3.º historia do direito allemão e principios do direito privado allemão [6 a 8 horas]; 4.º Direito Civil allemão [Commentarios ao novo cod. com ex-plicações dogmaticas aprofundadas [16 a 20 horas]; 5.º vista de conjuncto sobre o desenvolvimento do direito em vigor na Prussia, com explicações diver-

sas segundo as diversas regiões. Foi decidido igualmente que os cursos sobre o novo cod. deveriam ter lugar durante os tres primeiros semestres, isto é, durante a primeira metade dos estudos; que exercicios praticos sobre o direito civil teriam lugar durante esta primeira metade, que durante a segunda os exercicios deveriam versar sobre o direito civil e sobre o processo civil em suas relações com o direito privado.

Ainda não é tempo de julgar esta reforma de estudos e a influencia do novo Cod.; o futuro dirá si o governo allemão relegando para um plano inferior o ensino do direito romano e do velho direito germanico, andou ou não acertadamente.

---

Na Italia, onde no dizer dos Regulamentos as Faculdades de Jurisprudencia têm por fim promover o estudo e o progresso da sciencia juridica e preparar para o exercicio das profissões que della dependem, o curso juridico está organizado de modo que as sciencias propriamente juridicas estão unidas ás sciencias sociaes no mesmo curso.

Ao apresentar á sancção real o *Regulamento speciale per la Facoltà di Giurisprudenza* de 15 de Março de 1902, dizia o Ministro Nasi não poder estar longe do dia em que as Faculdades juridicas scindir-se-ão em duas partes: uma para o estudo autonomo do direito privado, outra do direito publico.

E concluia a sua justificação ao citado Dec. lamentando não poder separar os estudos profissionaes para o exercicio da advocatura, dos estudos puramente scientificos da alta cultura juridica.

Ja vimos que o systema italiano é o que existe entre nós: curso de sciencias juridicas unido ao



curso de sciencias sociaes, ou melhor, materias que constituem a sciencia propriamente juridica e materias que não são juridicas mas somente sociaes, constituindo um curso unico.

Em principio, força é confessar, este systema é máo: elle faz perder um tempo precioso, quando no estado actual das sciencias, só pode adquirir conhecimentos profundos quem especialisar os seus estudos. Forçar aquelles que querem seguir a magistratura ou a advocacia a estudar materias que não são juridicas, é contrariar muitas vezes a vocação do individuo, alem da perda de tempo de que já fallei.

Por outro lado exigir que faça exame de praxe forense por exemplo, quem quer seguir a carreira diplomatica, é incorrer nos mesmos inconvenientes acima apontados. Forçoso é confessar, porem, que em virtude de causas diversas, a divisão dos cursos entre nós produzio os peiores resultados e por ora, pelo menos, não se deve propor o restabelecimento de tal systema.

Apezar da lettra dos Regulamentos, diz um escriptor, o ensino na Italia, na maior parte das Universidades, é exclusivamente dado por meio das lecções magistraes. Poucos são os professores que têm ensaiado os methodos allemães dos exercicios praticos, das conferencias, dos seminarios. O que é certo, porem, é que o art. 70 do Reg. geral cit. diz que todo o ensino tem a forma dupla de lecções e conferencias com os estudantes; e o art. 23 do Reg. das Faculdades de Direito se occupa dos seminarios juridicos, segundo o modelo allemão.

Feitas estas ligeiras considerações vejamos quaes são as materias ensinadas nas Faculdades de Direito da Italia.

Estas materias, destribuidas por quatro annos

do curso são as seguintes: 1.º Introducção ao ensino das sciencias juridicas e instituições de direito civil; 2.º instituições de direito romano; 3.º direito civil; 4.º direito romano; 5.º direito ecclesiastico; 6.º direito e processo penal; 7.º direito commercial; 8.º direito constitucional; 9.º direito administrativo; 10. direito financeiro e sciencias das finanças; 11. direito internacional; 12, processo civil e organização judiciaria; 13, historia do direito romano; 14, historia do direito italiano; 15, philosophia do direito; 16. economia politica; 17, estatistica; 18, medicina legal.

A estas materias podem se accrescentar outras, como a legislação comparada, a historia das doutrinas economicas, que sirvam para completar o estudo das sciencias juridico-sociaes. Para isto é necessario: uma proposta da faculdade e o parecer do Conselho superior.

Os cursos são geralmente annuaes, excepto o de direito romano e o de direito e processo penal que são biennaes e o de direito civil que é triennial.

Duas palavras sobre cada um dos principaes cursos, como são geralmente professados.

No curso de introducção ás sciencias juridicas o professor deve mostrar o campo proprio destas sciencias e as relações de affinidade, a independencia, a attinencia entre ellas. Na segunda parte deste curso o professor expõe os principios positivos que regulam o direito civil na Italia.

O curso de instituições de direito romano consiste na exposição do direito romano justiniano. E' um estudo elementar e para o qual as Institutas fornecem o campo de observação.

O curso de historia do direito romano comprehendendo o direito publico e privado do grande povo. Tratando-se de um curso de historia é claro que o

direito romano, no ponto de vista especial do curso é estudado desde as suas primeiras manifestações até a epocha de Justiniano.

Alem destes dois cursos em que o direito romano serve de objecto, ainda ha um curso feito sobre este direito e que se prolonga por espaço de dois annos. Neste curso equivalente ao curso de Pandectas existente na Allemanha, o direito romano é estudado aprofundadamente e todas as instituições civis que influiram sobre o direito moderno passam pelo cadinho da critica.

No curso de historia do direito italiano o professor deve expor a historia daquelle direito, tanto o publico, como o privado, a começar das invasões dos barbaros que trouxeram como consequencia a queda do imperio romano do Occidente até os tempos modernos.

No curso de direito canonico, alem da historia interna e externa, o professor deve expor o estado do direito publico ecclesiastico na moderna Italia.

O curso de estatistica compõe-se de duas partes. Em uma o professor expõe a theoria geral da estatistica, ou a estatistica como sciencia; da outra faz objecto a estatistica do reino da Italia.

O professor da cadeira de sciencia de administração e direito administrativo, quando estas materias não se acham separadas de sorte a serem ensinadas por professores distinctos, pode estudar a primeira das ditas materias em um anno e a outra no anno seguinte, ou, estudando cada instituto separadamente, fazel-o de accordo com a doutrina e a legislação positiva.

No curso de economia politica alguns professores seguem o methodo allemão: economia geral ou theorica e economia especial ou applicada.

Outros seguem o systema francez: indicam o



fundamento nacional e historico das instituições economicas e determinam logo a sua applicação nas diversas sociedades contemporaneas.

Pela expressão direito financeiro e sciencia das finanças é facil de ver que neste curso o professor deve estudar não só a legislação italiana sobre finanças, como tambem o que constitue propriamente a sciencia das finanças.

A' semelhança do que se dá entre nós, o curso de direito internacional comprehende não só o direito internacional publico, como o direito internacional privado.

O curso de philosophia do direito comprehende tambem a exposição critica dos systemas desta sciencia

E' por isto que alguem já disse que este curso poderia ser mais exactamente denominado—Historia da Philosophia do direito.

Pela enumeração das cadeiras que constituem os cursos juridicos, na Italia; pelas ligeiras observações que fiz relativamente á quasi totalidade dellas, bem vê a Illustrada Congregação, que neste ponto, a organização italiana tem muitos pontos de contacto com a nossa actual organização. E' verdade, porem, que na Italia o curso completo é de 4 annos, quando entre nós as materias estão destribuidas por cinco annos; que o estudo do direito romano tem uma amplitude desconhecida entre nós; que a cadeira de estatistica não existe em as nossas Faculdades de Direito, e igualmente a de direito ecclesiastico; que a legislação comparada como cadeira especial e obrigatoria não existe nas Faculdades italianas.

O ensino das Faculdades de direito, na Italia, está dividido em dois grãos: licença e laurea; os dois annos de cada um prefazem o quatriennio a que

já me rereri. As faculdades conferem também o título de notários e de procurador.

As materias cujos exames especiaes são necessários para alguém ser admittido ao exame de licença são : Introducção ao estudo da sciencia juridica e instituições de direito civil, instituições de direito romano, historia do direito italiano ; estatística, economia politica ; direito financeiro e sciencia das finanças ; direito administrativo e sciencia da administração ; direito constitucional e direito internacional.

Para o exame de laurea são os seguintes : Direito romano ; direito civil [curso triennial] ; direito commercial ; processo civil e organização judiciaria ; direito e processo penal ; philosophia do direito.

Para os cursos de exames de notario as materias são : Instituições de direito romano ; instituições de direito civil ; direito civil ; processo civil ; organização judiciaria ; direito commercial ; direito administrativo ; direito penal.

Finalmente para o officio de procurador as materias a estudar são as seguintes : Instituições de direito civil ; direito civil ; processo civil ; organização judiciaria ; direito commercial ; direito penal e o respectivo processo.

No estudo das diversas materias dos cursos, o estudante é livre de inscrever-se no anno que achar mais conveniente, sem ser obrigado a seguir a ordem proposta pela Faculdade.

E' de notar ainda que tratando-se de curso obrigatorio o estudante pode inscrever-se, ou no curso official, ou no curso equiparado de um docente livre, desde que pelo numero de horas e a extensão da materia, o curso livre equiparado corresponda ao curso official.

Eu devo observar que a organização do ensino de

que acabo de me occupar existe somente nas Universidades reaes, e que o systema seguido nas Universidades pontificaes é inteiramente differente.

Alguns exemplos bastam para demonstral-o.

No Seminario pontifical, geralmente conhecido pelo nome de Apollinaria, o ensino do direito comprehende oito materias, sendo duas as Faculdades : uma de direito canonico, outra de direito civil.

A Faculdade de direito canonico tem quatro cadeiras magistraes destinadas ao estudo do direito canonico publico e privado. As cadeiras são as seguintes : uma de instituições destinada, especialmente ao ensino elementar do direito canonico privado e do penal ; uma cadeira de direito publico ecclesiastico e duas cadeiras em que se faz o estudo aprofundado das decretaes.

A Faculdade de direito civil tem tambem quatro cadeiras magistraes : uma de instituições civis, outra de instituições penaes e duas destinadas ao ensino das Pandectas.

O curso tanto em uma como em outra Faculdade é de 3 annos, no fim de cada um dos quaes ha um exame a que corresponde um grão.

No fim do 1.º anno, ha o bacharelado ; no fim do segundo, a licença ; no fim do terceiro, o doutorado.

Mais completo é o ensino do direito na Academia historico-juridica, fundado por Leão XIII. O direito romano, quer o publico, quer o privado, o direito canonico, a legislação comparada, o direito commercial, a anthropologia, a philosophia do direito etc., entram no quadro dos estudos da Academia que aliás não confere grão universitario algum.



Conhecidas quaes são as materias que constituem os cursos juridicos, nos paizes já indicados, visto o modo como o ensino do direito é nelles feito, fiel ao meu programma. de me occupar dos assumptos que julgo capitaes em materia de ensino, eu passo a tratar dos exames e dos diversos grãos conferidos pelos estabelecimentos de ensino superior, daquillo que Duthoit chamou a sancção dos estudos juridicos.

Do systema de exames, diz elle, de sua multiplicidade ou de seu pequeno numero dependem em grande parte os habitos intellectuaes dos mestres e dos discipulos, a organização externa e interna do ensino, a escolha dos methodos e finalmente o progresso scientifico.

A respeito do assumpto de que me occupo, dois são os systemas principaes : em um «a multiplicidade dos exames, sua divisão em intervallos regulados pela duração do curso, é a condição social de estudos serios.» Em tal systema, «a prova do fim do anno é então o continuo e necessario objectivo dos mestres e dos discipulos ; custe o que custar os primeiros devem ensinar tendo em vista um efficaz preparo e os segundos devem percorrer, com igual ardor, todas as partes de um programma frequentemente muito extenso.» E' isto o que geralmente tem lugar entre nós : o mestre procura em cumprimento de seu dever, explicar todo o programma durante o anno lectivo, ainda que, muitas vezes, tenha de passar ligeiramente sobre materias relevantes ; o estudante o que almeja é ter uma noção ainda que ligeira de todos os pontos do programma.

Em um outro systema «se considera a passagem do ensino secundario para o ensino superior como a transição necessaria e absoluta da discipli-

na intellectual á liberdade de aprender, da obediencia passiva, á completa expontaneidade.»

Neste caso, os mestres do ensino superior não têm por missão guiar a marcha de seus discipulos, e fazel-os parar em cada volta do caminho para impedir que elles vão alem. O papel delles é distribuir a sciencia a quem quizer recolhel-a. Um exame unico, final, attestando uma maturidade scientifica e que não habilita ao exercicio de profissão, é somente o que o estudante tem de fazer.

Não é necessario dizer que o 1.º, que é o systema francez, é tambem o systema adoptado entre nós.

Elle exige, como condição necessaria a seriedade, o rigorismo nos diversos exames.

O 2.º systema é o seguido na Allemanha, onde como veremos depois, a laurea doutoral não dá direito ao exercicio da profissão correspondente.

E' difficil escolher entre os dois systemas a que, aliás, ha quem accrescente outros que podem, penso eu, ser reduzidos a modalidades dos acima indicados.

Si o 1.º systema reduz de certo modo, os estabelecimentos de ensino superior a fabricas de profissionais; si nelle « a prova do fim do anno é o continuo e necessario objectivo dos mestres e dos discipulos, » por isto mesmo que o estudante não pode avançar sem mostrar-se habilitado nas materias que acaba de cursar, torna-se necessario adquirir o preparo sufficiente. E', portanto, o exame do fim do anno um poderoso agulhão para o estudo.

Alem disto este systema faz juizes, nos exames, áquelles que estão em melhores condições de fazer justiça, pois conhecem os examinandos.

A excellencia do outro systema está na liberdade dada aos mestres e aos estudantes. O mestre

e os discipulos não estão sujeitos ás peias de um programma, a esta especie de leito de Procusto.

A pura maturidade intellectual é o que se procura neste systema; os estabelecimentos de ensino superior são centros de cultura e não officinas de profissionaes.

Na Allemanha este systema é completado pela instituição dos exames de Estado.

Mas, si a instituição dos exames de Estado faz com que o candidato á advocacia, á medicina, ou melhor, á arte de cursar, não perca o seu tempo com estudos que não têm applicação alguma, é absurdo que, para fazer tal exame, se exija a laurea doutoral.

Si a laurea doutoral não é uma garantia sufficiente para o exercicio da profissão, para que se a exige no exame?

Mas, si ella representa alguma cousa, si é a prova da maturidade scientifica do candidato, para que o exame de Estado?

Pois não é isto a repetição de um exame já feito e com maior amplitude?

Não me demorarei em descrever miudamente o nosso systema de exame. Apesar de todas as cautelas com que a lei o cercou, apesar de todas as difficuldades creadas, exigindo-se uma prova escripta de cada cadeira, mandando-se formular questões para esta prova e por occasião della, limitando-se as notas que o examinador pode lançar sobre ellas a optima, boa, soffrivel e má, impossibilitando a variedade de notas que a condescendencia descobrira e em que se lia da *quasi má* á optima, apesar dos exames vagos, força é confessar que os exames se fazem actualmente entre nós com a maior das facilidades.

Poucos são os examinandos reprovados, o que



não é motivado pelo elevamento do nível do ensino, pelo preparo dos estudantes, pois não ha quem desconheça quanto o nível do ensino tem baixado em nosso paiz.

Não querendo descer a minudencias a respeito do modo pelo qual se fazem os exames entre nós, materia por demais conhecida, eu passo a mostrar como elles se realisam nos paizes a que tenho alludido, a começar pela França.

No fim de cada anno academico, os estudantes fazem exame de todas as materias ensinadas durante o anno.

Ha outra epocha de exame, no começo do anno academico.

O 2.º exame, isto é, o exame feito no fim do 2.º anno confere ou dá direito ao gráo de bacharel em direito; o 3.º ao gráo de licenciado.

O 1.º exame só comprehende uma parte; o 2.º e o 3.º duas, feitas aliás em dias consecutivos.

Na 1.ª parte do 3.º exame a prova escripta é separada da prova oral, por um intervallo de alguns dias.

O 1.º exame comprehende quatro questões: uma sobre o direito romano; uma sobre o direito civil; uma sobre a economia politica; uma sobre a historia do direito francez, direito constitucional e a organização dos poderes publicos.

Duas questões, sendo uma sobre o direito civil e outra sobre o direito romano, formam a 1.ª parte do 2.º exame. A 2.ª parte comprehende: uma questão sobre o direito criminal; uma sobre o direito administrativo e outra sobre o direito internacional publico. Uma prova escripta e uma prova oral formam a 1.ª parte do 3.º exame. A 1.ª destas provas comprehende duas composições: uma sobre o direito civil e outra sobre o direito commercial.

A prova escripta é eliminatória da prova oral. Esta consiste em questões sobre o direito civil e o commercial.

A 2.<sup>a</sup> parte deste exame do 3.<sup>o</sup> anno consiste em questões sobre o direito internacional privado, o processo civil e sobre a materia do curso semestral escolhido pelo candidato.

Além dos grãos de bacharel e licenciado, as Faculdades de direito, em França, conferem o grão de Doutor.

Segundo o Dec. de 20 de Julho de 1882, art. 1.<sup>o</sup>, modificado pelo Dec. de 30 de Abril de 1895, art. 2.<sup>o</sup>, para que o candidato ao grão de Doutor em direito, o obtenha é necessario: ser licenciado em direito; fazer um 4.<sup>o</sup> anno de estudos em uma Faculdade; tomar quatro novas inscripções; fazer dois exames oraes e sustentar publicamente uma these, composta pelo candidato.

O doutoramento pode ser, ou em sciencias juridicas, ou em sciencias politicas e economicas.

Os exames oraes versam sobre as materias seguintes:

Sciencias juridicas—1.<sup>o</sup> exame: Direito romano com uma questão sobre as Pandectas, e historia do direito francez; 2.<sup>o</sup> exame: direito civil em seu conjuncto e á escolha do candidato:—direito civil comparado, direito internacional privado, direito criminal, direito administrativo (jurisdicções e contencioso), direito commercial, processo civil e modos de execução.

Sciencias politicas e economicas — 1.<sup>o</sup> exame: Historia do direito publico francez, direito administrativo, direito constitucional comparado ou principios geraes de direito publico, á escolha do candidato, e direito internacional publico.

2.<sup>o</sup> exame:—Economia politica e historia das

doutrinas economicas, legislação franceza das finanças e sciencia financeira, e á escolha do candidato: legislação e economia industriaes, legislação e economia ruraes, podendo, porém, fazer os dois exames e na ordem que lhe convier.

O candidato tem a liberdade de escolher o objecto da sua dissertação que deve ser approvada pelo deyaõ. Elle faz dois exames oraes e só depois é admittido a sustentar a these apresentada.

Cada exame oral dura uma hora; a sustentação da these, uma hora e meia. Eis em suas linhas geraes e sem descer a detalhes desnecessarios e fatigantes o systema francez.

Inteiramente diverso é o systema allemão.

Na Allemanha ha um unico exame universitario, aliás desprovido de qualquer efficacia profissional, sendo exigido o exame de Estado para aquelles que, diplomados por uma Universidade, quizerem se dedicar a uma carreira juridica ou administrativa. O exame universitario a que me refiro é o doutoramento, visto como foram abolidos os grãos de bacharel e licenciado existentes no regimen francez.

E' de notar que não é o mesmo o exame de doutoramento em toda a Allemanha, si bem que, em todas as Universidades, se exija que o candidato tenha feito o *triennium academico*.

Exemplificarei, portanto.

Na Universidade de Berlim são as seguintes as provas exigidas: uma dissertação escripta, interpretação de um texto de direito romano, allemão ou canonico, sendo dita interpretação feita por escripto; exame oral: sustentação publica da dissertação e das theses; na de Heidelberg: interpretação exegetica em latim de dois textos do Corpus juris Civilis, ou do Corpus juris Canonici; exame sobre o conjuncto do direito.



A dissertação não é de rigor; pôde, porém, o candidato apresental-a e ella influirá no julgamento.

Bonn: dissertação em allemão ou latim, exame oral em allemão ou latim.

Sem necessidade de mais exemplos, eu devo notar, que apezar do modo variado como, na Allemanha, é regulada esta materia, em todas as Universidades se exige, pelo menos, uma dissertação, (feita a excepção de Heidelberg onde ella não é obrigatoria) e uma prova oral. Esta prova é secreta e dura de 3 a 4 horas. A sustentação da these, prova supprimida em diversas Universidades, não passa de uma formalidade.

E' na *aula maxima* que esta prova tem lugar, na presença de alguns estudantes e doutores que desempenham o papel de *opponenten*. Exposta a sua these o candidato pede aos *opponenten* que lhe façam as objecções que julgarem conveniente. Com a resposta ás objecções feitas conclue-se esta prova. Finda ella segue-se a promoção solemne.

E' em latim que o Presidente convida o candidato a prestar juramento e o proclama Doutor em nome do Imperador e Rei.

O novo Doutor recebe a borla (toque), insignia de sua dignidade; o Presidente lhe apresenta um livro aberto que é fechado, em seguida, aperta-lhe a mão pronunciando palavras cuja traducção é a seguinte: «Acceita este barrete, insignia da liberdade; recebendo-o ficas livre do jugo da auctoridade de outrem.

Não considerarás mais como verdadeiro sinão o que tiveres bebido nas proprias fontes da verdade. Não jurarás mais pelas palavras de um mestre. Opporás uma frente adversa aos inimigos da religião, da sciencia, da humanidade e desta liberdade mesma a que eu te convido. Eis este livro

que eu abro e, em seguida, fecho; do mesmo modo tu consultarás teus livros para saberes o que se pensou antes de nós e os fecharás para pensares por ti mesmo. Recebe este aperto de mão, por meio do qual nossos antepassados quizeram significar que deve haver concordia entre os sabios, não o accordo das opiniões que differem por natureza, mas dos corações para o combate contra o erro e a defeza da verdade. »

Como já notei o gráo de doutor, não habilita para o exercicio das profissões juridicas ou administrativas; é um gráo puramente scientifico, de sorte que aquelles Drs. que querem seguir certas carreiras, como magistratura, advocacia, ou exercer certos cargos administrativos, fazem um exame de Estado, após o triennium ou quadriennium academico. E' o chamado *referendar examen*. Esta 1.ª prova, porem, não è a unica.

Alem della ha o grande exame de Estado que vem depois de 4 annos de estagio, junto ás auctoridades administrativas ou nos tribunaes judiciarios, que se seguem áquella prova, ou por outra, ao *referendar examen*, grande exame que acarreta uma nomeação official, quer na justiça, quer na administração.

O *referendar examen* é feito, em regra, perante o corpo docente das Faculdades de Direito; o grande exame é feito perante um Jury, composto de magistrados, ou de altos funcionarios da administração.

O que acima fica dito é sufficiente para dar uma idea do systema allemão, tão differente do francez e do nosso. Quanto as suas vantagens ou desvantagens já me externei anteriormente, pelo que passo logo a tratar do regimen italiano.

Na Italia o systema de sancção dos estudos juridicos, si por um lado se approxima do systema

alleião, por outro lado se appproxima do systema francez.

Pode-se dizer mesmo que ha uma combinaçào dos dous regimens, alem de alguma cousa de proprio, de especial.

Colloquios, exames especiaes, exames de licença, exames de laurea, eis as diversas provas que se fazem nas Faculdades de Direito italianas.

Os colloquios, diz o Reg. de 13 de Março do anno passado que os instituio, art. 7.º, são discussões oraes sustentadas pelos estudantes na presença dos professores.

Estes colloquios que podem ter logar sempre que o professor julgue opportuno, são obrigatorios no fim do 1.º anno para os cursos biennaes e do 1.º e do 2.º para o curso triennial.

Os exames especiaes têm logar no fim do anno prescripto para cada curso. O ponto é tirado a sorte.

Tem-se censurado o systema italiano dos exames especiaes por dois motivos: por serem muito numerosos e recahirem sobre materias extensas, em extremo. Por este motivo houve quem lembrasse o expediente de destacar do programma certas materias, como a estatistica, o direito canonico, a sciencia das finanças e a legislação financeira, a medicina legal, a historia do direito privado italiano, tornando estas materias cursos de opção, á escolha dos estudantes.

Ao contrario do que se dá entre nós, onde os exames parciaes constam de provas escriptas e oraes, na Italia elles constam de uma prova exclusivamente oral, sendo de notar ainda que o estudante faz ditos exames na ordem que mais lhe convem, podendo fazel-os todos de uma vez.

O exame de licença consta da discussão de uma



these escripta. Esta these é escolhida nas materias que constituem o 1.º biennio de estudos.

Quaes os exames especiaes que o estudante deve ter feito para ser admittido ao exame de licença, já vimos anteriormente.

O exame de licença tem logar perante uma commissão composta do Director da Faculdade, dos professores da materia ou de uma materia affim, de dois docentes livres ou Doutores aggregados da materia ou de materia affim.

O exame de laurea consta do seguinte : da discussão ou sustentação de uma dissertação escripta e de duas theses oraes, tiradas a sorte.

O numero dos exames especiaes necessarios ao estudante para ser admittido ao exame de laurea é de dezenove.

E' de notar, porem, que para prefazer este numero, os estudantes escolherão entre as materias ensinadas a *qualquer* titulo, nas Faculdades.

A commissão perante a qual têm logar o exame de laurea compõe-se de onze membros.

Para compôr a commissão são procurados os professores especialistas das materias da dissertação escripta e das theses oraes, e de materias affins.

Uma particularidade que approxima o systema italiano do systema allemão é que os grãos conferidos pelas Faculdades de Direito, mesmo o de Doutor, *laurea in* jurisprudenza — não habilitam, ou melhor não dão accesso ás funcções judicarias.

Para isto se exige, alem da laurea, dois concursos distinctos, separados por um estagio de 18 mezes.

O 1.º concurso é feito para a admissão ao estagio do audictorado; o 2.º para admissão ás funcções judicarias propriamente ditas.

O 1.<sup>o</sup> é feito perante um jury de 7 membros escolhidos entre os magistrados da Côrte de cassação ou de appellação, os advogados em exercicio, os professores de direito; o 2.<sup>o</sup> tem logar perante um jury composto exclusivamente de magistrados das Côrtes de cassação ou appellação.

A laurea não é necessaria para os officios de notario e procurador; para isto, ja vimos, ha cursos especiaes.

---

A frequencia obrigatoria creio que ainda é uma necessidade entre nós.

Si frequencia obrigatoria quizesse dizer ensino obrigatorio, com livros e programmas impostos pelo Governo e cerceada consequentemente a liberdade do professor, por certo que seria um systema condemnado, improprio para dar incremento á sciencia. A historia ja fez justiça ao systema dos compendios impostos, das lecções como que reguladas pelo Governo.

A liberdade de ensinar, de organizar o seu programma, indicar os livros que quizer, desenvolver as theorias que julgar mais acertadas, esta é necessaria ao professor, esta é imprescindivel ao bom desempenho das suas elevadas funcções.

Isto não importa, porem, no direito concedido ao estudante de não frequentar as aulas.

Em um paiz onde os cursos livres abundam; onde, portanto, o estudante que não segue o curso official, pode seguir um d'aquelles cursos, pode-se admittir a liberdade de frequencia.

Entre nós, porem, os cursos privados, particulares, não existem, de sorte que rarissimos são os estudantes que estudam, guiados por si mesmos,

tanto mais quanto ha materias que não despendam um guia, um explicador.

Attenda-se a que somos um paiz novo, onde a lucta pela vida não é tão acirrada como nas sociedades europeas (onde geralmente aliás, a frequencia é exigida), paiz em que o patronato tem quasi sempre valor preponderante na obtenção das posições sociaes.

Sem ao menos alisar os bancos da Academia, como se diz commummente, escudados na protecção e na excessiva benevolencia dos professores, o estudante obtem uma carta de Bacharel, indo, na chamada vida pratica, fazer com vantagem concurrencia a outro que estudou mas que não é apoiado por um padrinho forte.

A frequencia obrigatoria, coagindo os estudantes a assistirem as prelecções dos professores, familiarisa-os com as materias ensinadas, a custa de ouvir tratar dellas todos os dias, procurando despertar-lhes o gosto, o incentivo para o estudo.

Nem se diga que a frequencia livre só traz o abandono das aulas dos máos professores e que ella é um meio de coagil-os ao estudo, de forçal-os a aperfeiçoar o ensino que ministram.

Isto, entre nós, não é exacto.

Força é confessal-o e não ha offensa em dizel-o: as aulas mais frequentadas são as dos professores mais rigorosos nos exames.

Não é o criterio da illustração, mas o criterio do julgamento que determina a maior ou menor frequencia ás aulas.

Os exercicios praticos coagem o estudante ao estudo, afim de não fazer figura triste, como vulgarmente se diz.

O espirito de colleguismo e associação, a soli-



riedade entre estudantes são ainda, em grande parte, o fructo da frequencia ás aulas.

Poder-se-á objectar que a frequencia obrigatoria fecha a muitos moços as portas das academias, visto se acharem, por motivos justos, impossibilitados de assistir ás aulas.

O mal, porem, é facil de ser remediado. Basta dispensar da frequencia aquelles que por motivo justo não poderem assistir ás aulas permittindo-lhes fazer exames, desde que justifiquem ou provem que estão incluídos na excepção da lei.

O actual cod. de ensino (e o mesmo fazia o anterior Reg. das Faculdades de Direito) procurou obviar o inconveniente acima apontado, estabelecendo uma 2.<sup>a</sup> epocha de exames em que são admittidos: os alumnos não matriculados; os matriculados que durante o anno houverem dado 30 faltas; os que na 1.<sup>a</sup> epocha não tiverem feito exame do anno ou de algumas das cadeiras que o compõem; os reprovados na 1.<sup>a</sup> epocha somente em uma das materias do anno.

Não exigindo justificativa alguma para admittir aos exames da 2.<sup>a</sup> epocha, os alumnos não matriculados, os matriculados que deram mais de 30 faltas, o actual Cod. de ensino annullou a obrigatoriedade da frequencia.

Tanto o estudante matriculado e que frequenta as aulas, como o estudante que não as frequenta só tem uma epocha de exame annual. A pena imposta ao estudante que não frequenta as aulas de fazer exame sobre toda a materia do programma, ao passo que o estudante que as frequenta é arguido sómente sobre a materia explicada durante o anno lectivo, não o colloca de facto em posição inferior a deste ultimo: 1.<sup>o</sup> porque ao lente incumbe explicar todo o seu programma que geralmente abrange toda a ma-

teria e assim o estudante matriculado ou melhor o estudante que frequenta, fazendo exame sobre a materia explicada, faz sobre toda a materia; 2.º, porque, de facto, os exames da 2.ª epocha são uma repetição dos exames da 1.ª epocha e nunca se afastam do programma explicado.

Quanto ao meio pratico de verificação da frequencia, creio que só ha um isento de fraude : é a assignatura do estudante, em livro especial, depois de feita a chamada, e na presença do lente, que assim verifica a identidade de quem assigna.

E' facil, porém, de ver que este systema tem um grande inconveniente: a perda de tempo para o lente, tempo que deve ser utilmente empregado na esplanção da materia a explicar.

Imagine-se uma aula frequentada por mais de cem ou duzentos estudantes e avalie-se o tempo necessario para fazer uma chamada nominal e vêr assignar um a um todos os estudantes que a frequentam !...

Muito mais facil ; porém, muito mais sujeito a fraude é o velho systema usado na Allemanha.

E' o bedel quem toma nota dos nomes dos ausentes, organisando uma lista que entrega ao professor.

Para organizar esta lista não ha appello nominativo. Tendo cada estudante um lugar certo na aula, o empregado não tem mais que percorrer com a vista os lugares e marcar falta nos estudantes cujos lugares estiverem desoccupados.

Na França, cada Faculdade determina o modo de assegurar a frequencia dos estudantes. Na Faculdade de Direito de Paris, a inscripção de um trimestre pode ser recusada por falta de assiduidade, por decisão do conselho da Faculdade ou da commissão escolar por elle nomeada.

Os estudantes de licença ou de capacidade devem justificar a sua presença na Faculdade. Para isto assignam um registro que está sob a guarda do Secretario, em Dezembro, em Fevereiro, e em Abril, de cada anno, isto nos dias determinados nos editaes. A obrigação de assignar o registro de assiduidade é formal e ninguem pode se eximir disto, se não houver um impedimento absoluto. No caso do deyaõ não julgar sufficientes as explicações apresentadas o estudante não excusado perde o direito de tomar a inscripção do trimestre seguinte, ficando assim retardado de um anno nos seus estudos.

E' preciso notar, porem, que dispensas de assiduidade são concedidas por causas que, na realidade, são justas.

Assim os officiaes de terra e mar estão despendados da frequencia.

Para isto, porém, é necessario que não sejam residentes em Paris.

Na Allemanha o candidato ao grão de Doutor é obrigado a provar que frequentou os cursos de alguma das Faculdades allemães. Todo o estudante que se matricula recebe uma caderneta em que se acha a indicação do lugar que lhe compete na aula.

O estudante deve começar a receber as prelecções dentro das primeiras 4 semanas do semestre, ou dentro das seis primeiras, na Universidade de Berlim.

Quando no prazo acima indicado o estudante não tiver lido uma regular prelecção particular pode ser eliminado da lista dos estudantes, ou mediante processo disciplinar contra a falta de applicação, ser punido com a perda do semestre corrente para o tempo de estudos exigido, e com a expulsão da Universidade, em caso de reincidencia.

Dentro do prazo acima indicado têm tambem os



estudantes de se apresentar pessoalmente aos respectivos professores e de solicitar-lhes a inscripção de seus nomes e a data da apresentação no espaço a isto destinado na caderneta. Quem, por motivos particulares, não se poder apresentar, em tempo oportuno, justificar-se-á perante o reitor que, si achar justas as razões dadas, porá na caderneta uma nota a respeito.

Na Italia a frequencia é exigida. O estudante que no fim do anno academico não obtiver o attestado de frequencia não pode apresentar-se ao exame. Desde que o estudante se matricula, recebe uma caderneta. E' nesta caderneta que os respectivos professores, attestam a frequencia do estudante nos cursos.

---

São estas, Senhores Doutores, as informações que me foi dado colher, e as idéas que o assumpto me suggerio, e para ellas, eu peço a vossa esclarecida e benevola attenção.

Recife, 7—1903.

TITO DOS PASSOS DE A. ROSAS.





# O Projecto do Codigo Civil

---

*Observações sobre algumas emendas do Sr.  
Senador Ruy Barbosa*

## I

O douto censor, cujo parecer a Commissão do senado approvou sem restricções, affirma emendando o art. 1142, que «na retrovendição, o termo tecnico para designar o resgate, é *retracto*. »

Ha nisto um desacerto.

Como define e explica Pothier, o direito de retracto é o de tornar-se alguém comprador em lugar de outrem. Elle não rescinde, nem destróe o contracto, mas transfere todos os direitos que d'elle resultam, da pessoa do comprador (sobre quem se exerce o retracto) para o do retrahente—*Traité des retraits*, art. prelim.

Pothier menciona tres especies principaes : o retracto gentilicio (*lignager*), o senhorial ou feudal e o convencional.

O primeiro era o direito, que tinham os parentes mais proximos do vendedor, de adquirir para si os bens immoveis de seus pais ou avós, offerecendo ao comprador o mesmo preço.

Retracto senhorial era o direito do senhor de chamar a si a compra quando vendiam algum patrimonio dependente do seu feudo.

Quanto á terceira especie, diz o grande jurisconsulto :

«Quoiqu'on donne aussi quelquefois á ce droit de reméré, (*direito de resgate, na retrovenda*) le nom de *retrait conventionel*, nous entendons ici par le nom de *retrait conventionel* le droit qui nait d'une convention apposée, lors de l'alienation qui a été faite de l'heritage, par laquelle celui qui l'a aliéné a stipulé que lui et ses successeurs auraient le droit, toutes fois que l'heritage serait vendu, soit par l'acquéreur, soit par ses successeurs, d'avoir la preference sur les acheteurs et de prendre leur marché.»

A retrovenda, contracto dependente de uma clausula resolutiva, differe essencialmente do retracto, ainda quando este nasce de uma convenção. Forçado pela necessidade e sem esperanza de que minhas condições melhorem muito em um periodo determinado, vendo minha fazenda a Ticio, sob a condição de que, se elle ou seus herdeiros algum dia a venderem, eu ou meus herdeiros teremos o direito de tomal-a ao comprador, pagando a este o preço que o mesmo tiver dado. Este é verdadeiramente, com a autoridade immensa do famoso jurisconsulto, o *retracto convencional*.

No tratado do contracto de venda, ensina Pothier que, pela clausula da retrovendação (reméré), o comprador fica obrigado a entregar a coisa ven-



did, quando ao vendedor convier *resgatal*, satisfazendo as condições do *resgate*.

Strykio, em sua longa dissertação *De successione ex jure retractus*, diz o seguinte :

«Retractus enim præsupponit rem contrahendam non pertinuisse antead retrahentem, sed alium esse venditorem, alium retrahentem addo ut *retractus venditori numquam permissus sit...*»

Compreende-se, por exemplo, que, para a conservação do patrimonio da familia tivesse um parente proximo do vendedor o direito de substituir o comprador extranho : mas, como admittir que allegue esse motivo e (independentemente de uma convenção) haja a cousa do poder de um terceiro aquelle mesmo que a vendeu ? Por isso, diz Strykio, que o retracto nunca é permittido ao vendedor.

O Dr. Salvador del Viso define o retracto : «el derecho que compete á ciertas personas por ley, costumbre ó pacto, para adquirir por el mismo precio la cosa *que otro ha vendido*, en cuyo lugar se subroga.» *Lecciones elementares de derecho civil*, ed. de 1879, vol. 3 p. 257.

O distincto escriptor que se occupa dos retractos, larga e proficientemente, em mais de trinta paginas, dá esta explicação na parte de seu livro concernente á retrovenda :

«Se entende por pacto de retroventa, el convenio que al tiempo de la venta celebran el comprador y vendedor para que, devolviendo este el precio que recibió, pueda recuperar la cosa vendida.» Ley 42, tit. V, Part. 5.<sup>a</sup>

«El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor, se llama *redencion ó rescate* ; que de aqui viene el considerarlo algunos jurisconsultos como una especie de *retracto*, bajo cuyo concepto se trata él en el nuevo Código ; aunque á nosotros nos parece

que debe mas bien incluirse entre los *pactos resolutorios de la venta*, por no tener aplicacion la doctrina legal establecida para los *retractos*, y depender casi en todos sus partes de las condiciones que señalamos los contrayentes.

«Si consideramos su cumplimiento de parte del comprador, se llama *retrovenda*, que es donde toma su nombre; aunque además, se le suele llamar *venta al quilar ó á carta de gracia*, por creerse que realmente sea un beneficio que hace el vendedor en no *redimir* la cosa que vendió, durante el tiempo que se hubiere señalado.»

A retrovenda não se confunde com o retracto, e nella dá-se o nome de *resgate* ou *remissão* ao cumprimento do contracto por parte do vendedor.

Strykio define o retracto de sociedade: «jus competens socio, rem communem pro parte indivisa venditam a non socio redimendi.»

Correia Telles, Coelho da Rocha, Candido Mendes, etc., usão dos termos *remir* e *remissão* no caso da retrovenda. Resgate é traducção de *rachat*, do código civil francez, art. 1659, e de *riscatto*, do código civil italiano, art. 1511.

O termo *retracto*, que não encontro em nossa legislação, também não apparece nos dictionarios de Bluteau, Moraes, Vieira e Aulete, nem no mais recente, do Sr. Candido de Figueiredo. Define-o Pereira e Souza, no dictionario juridico, mas de um modo que não autorisa a censura e emenda do Sr. Senador Ruy Barbosa:

«*Retracto* é a faculdade de tomar tanto por tanto a cousa do patrimonio ou avoengo, vendida a estranho.»

---

Lia-se no projecto, antes de revisto pelo Sr. Dr. Ernesto Ribeiro:

« Sem a mesma clausula (*sem clausula expressa*), não se considera dotal o immovel comprado com *dinheiro* do *dote* ou recebido em pagamento, quando o *dote* consistir em *dinheiro*. »

Duas vezes a palavra *dote*, e duas vezes a palavra *dinheiro*. Era um peccado venial; mas o distincto philologo redigio assim:

« Sem a mesma clausula, não se considera dotal o immovel comprado com dinheiro do *dote* ou recebido em pagamento, quando *aquelle* consistir em moeda. »

Se dissesse *este*, alludiria a *pagamento*, que é o nome mais proximo; *aquelle* refere-se a *dote*.

Influo no projecto o art. 1.403 do codigo civil italiano:

« L'immobile acquistato col danaro dotale non diviene dotale, se non quando nel contratto di matrimonio sia stata stipulata la condizione dell'impiego.

*Lo stesso ha luogo relativamente all'immobile dato per pagamento della dote costituita in danaro.* »

Prometterão uma quantia, do que o esposo teria a livre disposição? Elle é credor dessa quantia? O facto de lhe darem um predio em pagamento não transmuda o regimen dos bens.

Explica Borsari (§ 3.400):

« Si il marito ha ricevuta in dote una somma e la impiega nell'acquisto di un immobile, il fondo diventa suo proprio, non divendo egli mai restituire che la somma ricevuta; se in vece la somma promessa non era stata pagata, e si paga con un immobile, il carattere della dote rimane egualmente, perchè si reputa non aver ricevuto sotto questa forma che la somma promessa ch'egli deve restituire rimanen-



do proprietario libero e absoluto dell'immobil ricevuto in pagamento.»

Não entendendo as palavras «*quando aquelle consistir em moeda*» fez o egregio censor esta barafunda:

«Aquelle que? Não será o *pagamento*, palavra contigua ao relativo. O *immoval* tambem não ha de ser, quando não pôde consistir em moeda. Resta, para referencias, o *dinheiro*. Mas o resultado grammatical vem a ser este: «Não se considera dotal o immovel comprado com *dinheiro*, que consistir em *moeda*.» Mas em que, senão em *moeda*, ha de consistir o *dinheiro*? Ha valores *succedaneos* ou *representativos* do dinheiro. Esses são equivalencias do *dinheiro*. Mas o *dinheiro* é forçosamente *moeda*, e a *moeda* forçosamente *dinheiro*.

Parece manifesto haver neste *aquelle* um equivoco do redactor. Em vez de *aquelle*, era *este*, referindo-se ao pagamento, o que no texto se queria dizer.»

O immovel *recebido em pagamento*, quando o *mesmo pagamento* consistir em moeda! A intenção do redactor seria então um dislate como este outro: «Gosto das estatuas de bronze quando são de pedra.»

E' notavel como em toda aquella censura, em que tantó se procurava um termo de referencia, foi esquecida a palavra *dote*!

O Sr. Ruy Barbosa, supprimindo as palavras *quando aquelle consistir em moeda*, redigio deste modo o art. 298:

«Em falta de clausula expressa não se considerará dotal o immovel comprado com dinheiro do dote, ou *recebido em pagamento*.»

Alguem prometteu dar em dote certo immovel que depois de celebradas as nupcias, e até muito

depois e a grande custo, foi recebido *em pagamento*. E' muito elementar que, na obrigação de dar coisa certa, o *pagamento* deve consistir na entrega do que se prometeu. Ora esse immovel *recebido em pagamento* pertence a mulher e é *dotal*.

A redacção proposta pelo Sr. Ruy Barbosa pôde motivar alguma duvida. As palavras que elle supprimio estão fazendo falta.

## II

Censurando a redacção do art. 391, fez o douto Presidente da Commissão do Senado estas ponderações:

«*Progenitor*, em latim, é o *avô*. Pai é *genitor*. A distincção está bem clara, no verso de Ovidio: *Et forte genitore, et progenitore Tonante*. Ora os dous nomes passarão para o portuguez com o mesmo sentido. Temos *genitor*, que é o *pai*, e *progenitor* que é o *avô*. *Pro* quer dizer *anterioridade*, *superioridade*. Estando *antes*, *acima* do pai, do *genitor* diz-se *progenitor* o *avô*. BLUTEAU não define a palavra de outro modo: «*Progenitor-Avô, bisavô, ascendente. Primeiro pai.*» (*Vocab. v. VI, p. 767.*) E, para mostrar que a accepção primitiva não se alterou, saltarei do mais antigo dos nossos dictionarios ao mais recente, citando a definição de CANDIDO DE FIGUEIREDO: «*Progenitor*, o que procria *antes do pai, avô, ascendente.*»

As significações que o eminente censor dá ao prefixo *pro*, não são as que lhe attribue o Dr. Antonio José de Souza em seu *Tratado do prefixos da lingua latina*. Em *proccdere, progredi, producere, procrastinare, prorogare, profanus, profectus*, etc., não encontro a idéa de superioridade, nem a de anterioridade de tempo. Em *prædictio*, predição e *prodictio*,

adiamento (assim como em *præcurrere* e *procurrere*, *præloqui* e *proloqui*, *prætendere* e *protendere*, etc) nota-se bem a differença dos dous prefixos, e que o segundo não tem o sentido imaginado pelo Sr. Ruy Barbosa.

Não é isto o que mais importa. Qualquer que seja a significação usual do prefixo *pro*, é evidente que nos seguintes exemplos elle não accrescenta a idéa de anterioridade, nem a de superioridade :

|                   |   |            |
|-------------------|---|------------|
| crescere.....     | } | crescer    |
| procrescere.....  |   |            |
| fari.....         | } | fallar     |
| profari.....      |   |            |
| fugere.....       | } | fugir      |
| profugere.....    |   |            |
| gnatus.....       | } | filho      |
| prognatus.....    |   |            |
| generare.....     | } | gerar      |
| progenerare.....  |   |            |
| genitus.....      | } | nascido de |
| progenitus.....   |   |            |
| germinare.....    | } | germinar   |
| progerminare..... |   |            |
| merere.....       | } | merecer    |
| promerere.....    |   |            |
| pendere.....      | } | pesar      |
| propendere.....   |   |            |
| pugnare.....      | } | pugnar     |
| propugnare.....   |   |            |
| seminare.....     | } | semear     |
| proseminare.....  |   |            |

Como se vê no dictionario de Quicherat e Davuluy, *procreatores* significa os autores de nossos dias, os pais.

Não se encontra a fôrma *genies* mas sómente, *progenies*. Succedeu quasi o mesmo com *progenitor*, que os dictionaristas acharão apenas três vezes nos



classicos latinos. E' cousa frequente, quando ha duas fórmas parallelas, o abandono de uma.

Vou analysar os tres unicos exemplos de *progenitor* no latim classico.

---

Varrão, em uma obra sobre o culto dos deuses, cita estes versos de Valerio Sorano :

Jupiter omnipotens regum, rerumque Deumque  
*Progenitor, genitrixque*, Deus unus et omnis.

Explica-os Varrão, mostrando porque a Jupiter se attribuem os dous sexos : «Elle éo mundo, toda a semente delle vem e nelle é recebida ; é por isso que Sorano chama-o pai e mãe e diz, com razão, que elle, ao mesmo tempo, é *um e tudo* ; pois o mundo é um, e tudo nelle existe.»

Santo Agostinho, combatendo o paganismo com a propria autoridade dos escriptores pagãos, referio as palavras de Varrão em prol deste argumento : « O poeta disse : « *Tudo está cheio de Jupiter.* » Portanto, para que Jupiter seja deus, e principalmente o rei dos deuses, é absolutamente necessario que elle seja o mundo. De outro modo não poderia reinar sobre os outros deuses, isto é, sobre suas partes. *De Civitate Dei*, liv. 1, cap. 9.

No cap. 11 do mesmo livro, declara Santo Agostinho, citando aquelles versos, que Juno é o mesmo que Jupiter.

Sorano teria escripto *Progenitor, progenitrixque* ou *Genitor, genitrixque*, se lh'o pedissem as conveniencias do metro. O sentido fôra sempre o mesmo : Jupiter é o *pai* e a *mãe* dos deuses, etc. Entender-se que *progenitor genitrixque* é *avô e mãe*, seria um dislate.



O segundo exemplo é de Cornelio Nepote, Ages.: « Domo eadem fuit contentus qua Eurysthènes, *progenitor majorum suorum*, fuerat usus. » Segundo uma traducção estimada: « Il se contenta de la maison qu'avait habitée Euristhène, *l'auteur de sa race.* »

*Progenitor*, neste caso, pôde ser o autor, o gerador, etc. Ninguém diria : o avô de seus maiores.

---

No verso de Ovidio, citado pelo Sr. Ruy Barbosa, applica-se a palavra *progenitor* a quem não é avô :

Et forte genitore, et progenitore Tonante.

Esse satam prodest?

Trata-se de Chione, filha de Dedalião e neta de Lucifer, que era filho de Jupiter e de Aurora. Apollo e Mercurio a amirão muito. Do primeiro teve Philamon, insigne tocador de alaúde, e do segundo Antolico. Orgulhosa de sua formosura, julgou-se preferivel a Diana, que a punio com uma flechada. Que lhe aproveita (pergunta Ovidio) ser mãe daquelles filhos, e ter inspirado amor a duas divindades? De que lhe serve o ter sido *gerada* de um potente *genitor*, e de um *progenitor* como Jupiter?

Um grande poeta, como Ovidio, devia citar, para encarecimento, os mais illustres ascendentes de Chione. Um delles era Lucifer, filho de uma deusa e do maior dos deuses. Mas admitto : o *potente genitor* era o pai, o infeliz Dedalião que desesperado com a morte da filha, se atirou de um monte abaixo. Em todo o caso, Jupiter não era o avô.

Parece que Ovidio não cogitou de grãos de parentesco, mas da honrosa ascendencia de Chione. Que lhe prestou o ser *gerada*, o ser da geração de

Dedalião, Lucifer e Jupiter? De que lhe servirão esses *geradores*, esses ascendentes?

A distincção de *genitor* e *progenitor* feita pelo Sr. Ruy Barbosa não está bem clara no verso de Ovidio.

---

Bluteau não vio em classico portuguez *progenitor* significando pai! Fui mais feliz que o velho lexicographo. O primeiro mestre de nossa lingua, aquelle que, na opinião de outro mestre (Duarte Ribeiro de Macedo), *é o mais seguro exemplar da eloquencia portugueza*, o insigne e venerando João de Barros, disse na *Chronica do Imperador Clarimundo*, dirigindo-se ao Principe D. Theodosio, filho de D. Manoel:

«... quiz imitar seu virtuoso exercicio, lendo as vidas, e obras dos passados, e excellentes principes que tanto exemplo com ellas derão, até o tempo del-Rei Nosso Senhor, e *progenitor* vosso...»

Esse *progenitor* de D. Theodosio era seu pai D. Manoel.

Lê-se na *Arte de furtar*, cap. 46:

« Falta a estes senhores a generosidade, que sobejou ao Serenissimo Duque D. Theodosio, dignissimo *progenitor* de nosso invectivissimo rei D. João IV de gloriosa memoria...»

D. João IV, acclamado rei em 1640, era filho daquelle D. Theodosio, Duque de Bragança.

Assevera o douto Presidente da Commissão do Senado, que o plural de *progenitor* não costuma significar senão *avós*. Opponho-lhe os seguintes extractos de um dos mais autorisados mestres da lingua portugueza, o erudito Amador Arraes:

« Por isso disse o sabio que os bons pais são gloria de seus filhos. Que o nascido de bons pro-



*genitores* recebe delles pela maior parte natural inclinação para o bem...» Dial. I, cap. 4.

« E a (honra) que se dá á patria, e a nossos *progenitores* se chama piedade, aos quaes, se somos muito obrigados, não o somos menos á nossa Patria. Desta (piedade) vemos grande semelhança em a cegonha, porque segundo escrevem os philosophos naturaes nos seus livros dos animaes, quando vê que o *pay e mãe* de velhos não podem voar, e se deixão estar no ninho, os sustenta até com o sangue proprio, e vendo que lhes faltão as pennas, se pèla e depenna a si mesma, e os cobre, porque não padeção algum detrimento de frio...» Dial. 5 cap. 21.

Foram excluidas do projecto, como indignas de figurar em nosso Codigo, as palavras *progenitor* e *progenitores*, preferindo-se dizer em uma das emendas : *o outro dos pais* !

— —

Parece ao egregio censor, que é levar a cacologia até aoridiculo denominar *escriptor* de um testamento quem o escreve a rogo do *testante*.

Clovis respondeu a isto (citando Coelho da Rocha, Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho) em um dos seus excellentes artigos publicados na *Revista de Legislação*. Quero apenas accrescentar dous reparos.

O primeiro é que *escriptor* do testamento é termo technico até em latim. Veja-se o que ensina Pignheiro, em seu tratado dos testamentos, vol. I, pag. 169 da edição de 1759 :

« *Tertia dubitatio est utrum valeat testamentum aliena manuscriptum, in quo ei, qui illud scripsit, vel atteri personæ ipsi conjunctæ, aliquid relinquitur? Generalis resolutio hæc in re est, non valere testamentum quod id, quod talis scriptor sibi,*

aut in suum commodum scripsit, ipsumque *scriptorem* incurrere in poenam falsi...»

Agora o segundo. Raphael d'Urbino era um *pintor* e quem pinta minha casa é um *pintor*; Miguel Angelo era um *artista* e o meu sapateiro é um *artista*. Mas *escriptor* é um titulo tão honroso, que é levar a cacologia até ao ridiculo dal-o a quem effectua o trabalho *desprezivel* de escrever um testamento alheio!

Em latim *scriptor* é o autor da Eneida e qualquer amanuense ou copista.

### III

O projecto dispõe, no art. 469 :

« Desapparecendo alguem de seu domicilio... e ignorando-se se é vivo ou morto, deve o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministerio Publico, nomear-lhe curador.»

Fez o douto censor este reparo :

« *Sem que delle se saiba parte*, é a phrase da Ord. Liv. I, Tit. LXII, § 38, e do Cod. Civ. Port., art. 55. Porque não conserval-a? Será mais intelligivel, mais adequado, ou mais incisivo, na sua vulgaridade, o succedaneo aqui proposto? »

Vou responder.

A Ord. Liv. I, Tit. 90, fallando do curador que é dado aos bens do ausente, e á herança do defunto, a que não é achado herdeiro, assim resolve :

« Porque muitas vezes estão alguns captivos em terras de inimigos, ou ausentes, *sem se poder saber se são mortos, se vivos*, e seus bens estão desamparados... mandamos que... o Juiz de Orphãos, ou a pessoa que tiver carrego de prover acerca dos bens dos menores... proveja acerca dos bens daquelle que assim fôr captivo... E a mesma ordem mandamos,

que tenham os ditos juizes nos bens dos sobreditos absentes, *de que se não pode saber onde são*, NEM SE SABE SE SÃO MORTOS OU VIVOS.»

A Ord. Liv. 1, Tit. 62, § 38, dispondo sobre a entrega dos bens do ausente feita aos herdeiros pelos provedores da comarca, manda declarar « os nomes de todos os parentes mais chegados, e onde são moradores, e como passa de dez annos, que o ausente é fora da terra, *e se não sabe delle parte*, E SE TEM QUE É MORTO... »

Nomea-se curador, ignorando se o ausente é vivo ou morto; decorridos dez annos, com a mesma falta de noticias, presume-se que elle é morto.

O art. 469 do projecto allude á nomeação do curador, e portanto era a Ord. Liv. 1, Tit. 90, que o Sr. Senador Ruy Barbosa devia consultar, e não a do Tit. 62, § 38.

*Não saber parte* (não saber parte alguma) é não ter absolutamente noticia ou conhecimento, de alguém ou de alguma cousa. E' o que se deduz desta versão de Bluteau : « Não sei parte disso. *Illud penitus ou prorsus ignoro.* » Ignoro isso completamente.

No *Casamento perfeito*, de Diogo de Paiva de Andrada (livro curioso e raro, que se não encontra na Bibliotheca Nacional, e eu daria gratuitamente a quem o quizesse reimprimir) vem o seguinte : « ... ella, *que não sabia parte de tal successo*, acordou ao estrondo dos gritos... »

Se as palavras da Ord. Liv. 1, Tit. 62, § 38 *sem que delle se saiba parte* equivallessem a *não saber se é vivo ou morto*, o legislador não accrescentaria : *e se tem que é morto*.

Diz Borges Carneiro, Liv. 1, § 281 :

« Se algum ausente *se não sabe onde está*, nem se é vivo ou morto, o Juiz dos Orphãos... nomeia curador aos seus bens... »



O Visconde de Seabra, que era um distincto literato, empregou, sem vantagem, no projecto do Código Civil Portuguez algumas locuções antiquadas, como esta do artigo, que tem hoje o numero 406 : « Se aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, souber *cujo é...* » De accordo com o projecto daquelle jurisconsulto, diz o mesmo código, art. 55 :

« Se qualquer pessoa desaparecer do lugar do seu domicilio ou residencia, *sem que della se saiba parte*, e não houver deixado procurador... ser-lhe-ha dado curador pelo juiz competente. »

A nova lei portugueza quiz apenas significar a falta de noticias, como o Código Italiano, art. 20 :

« La persona che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, *senza che se ne abbiano notizie*, si presume assente. »

Em summa, o Sr. Ruy Barbosa substituiu uma expressão usual e legal por outra que, além de antiquada, nunca teve o mesmo sentido.

---

Vejamos no projecto o art. 1.122 :

« Se (o contracto) for aleatorio por serem objecto delle cousas existentes sujeitas a algum risco, tomando o adquirente a si esse risco, o alienante terá igualmente direito a todo o preço, ainda que a coisa já tivesse deixado de existir, no todo ou em parte, no dia do contracto. »

E o art. 1.123 :

« A alienação aleatoria do artigo antecedente poderá ser annullada como dolosa, pela parte prejudicada, se esta provar que a outra parte não ignorava a *cessação do risco* a que a coisa estava sujeita. »

Censura do Sr. Ruy Barbosa :

« O que annulla o contracto não é a *cessação* do risco, mas, pelo contrario, a *consummação* delle. Uma das partes, illudida, suppunha ainda pendente o risco, e, portanto, susceptivel de evitar-se. Por isso entrou no ajuste. Mas a outra parte, interessada em que elle se verificasse, tinha noticia de que já se consummára, destruindo ou arruinando o objecto do contracto. O art. 1.123 allude ao caso do art. 1.122; e este não figura *cessante* o risco, figura-o *consummado* ou *verificado* pela extincção total ou parcial da cousa. »

Está errado.

Como diz Paulo Pont, o contracto aleatorio, da palavra *alea*, que indica evento incerto, não confere a uma das partes uma vantagem puramente gratuita, pois a esperança de lucro é nelle compensada pela perspectiva de perda possivel. O que um dos contractantes dá ao outro não é liberalidade, mas premio do risco, de que este o encarregou : *suscepli periculi pretium*. Considerado sob este ponto de vista, o contracto aleatorio é um contracto oneroso. (*Explicat. du Cod. Civ.*, tomo 8, pag. 284).

Marghieri explica :

« Se l'esistenza del rischio è condizione necessaria a all'esistenza del contratto di assicurazione questo non potrà aver vita se non esiste davvero rischio, o perchè è venuto a mancare (*já não havia possibilidade de risco*), o perchè è cessato, o perchè l'infortunio è già avvenuto al momento della formazione del contratto. » (*Il Dir. Comm. Ital.*, vol. 3, pag. 420).

Borsari, no § 2.276 :

« Sono pure a titolo oneroso i contratti aleatori. La differenza è, che questi hanno bensì un corrispettivo ma incerto, dubbio nell'esito, dubbio nella quantità e dipendenti da avvenimenti di una specie

determinata ma che intanto sfuggono alla nostra previsione. »

O Sr. Ruy Barbosa figurou este caso: « Uma das partes, illudida, suppunha ainda pendente o risco e, portanto, susceptivel de evitar-se. » Já o sinistro se tinha realisado.

Eu figuro tambem este: « Uma das partes, illudida, suppunha pendente o risco. » Já não existia.

O dolo póde ser do alienante ou do adquirente. O prejudicado póde ser um ou outro. E' inadmissivel que algum delles tire proveito de sua malicia.

As palavras do art. 1.123 : « *a alienação aleatoria do artigo antecedente* », apenas significam : *a alienação de cousas existentes sujeitas a algum risco*, o que não exclue a hypothese de que o mesmo tenha cessado.

A'quelle artigo bastava accrescentar : *ou a realização do sinistro* (perda total ou parcial da coisa alienada.)

---

Emendando o art. 195, diz o illustrado censor :

« O qualificativo *impediente* nunca se applicou, que me conste, senão ao proprio impedimento que é *dirimente*, quando annulla o casamento feito, e *prohibitivo*, ou *impediente*, quando obsta a que se contraia, mas não o nullifica depois de contrahido. (BLUTEAU : DOMINGOS VIEIRA, AULETE ; T. DE FREITAS, *Consolidação*, n. 3 ao art. 96, 3.ª, ed., pag. 105.)

« Ao individuo que oppõe impedimentos, o nome cabivel será o de *opponente*. »

As Constituições do Arcebispado da Bahia, propostas e aceitas no Synodo diocesano de 12 de Junho de 1707, assim dispõem (n. 295) :

« ...Passará certidão, na qual declarará os impedimentos, com que sahirão, e a razão que tiveram



os *impedientes* para saberem delles, por termo assignado pelos ditos *impedientes*... »

No Regimento do auditorio ecclesiastico da Bahia, ordenado em 8 de Setembro de 1704, lê-se também :

« Quando ao juiz dos casamentos lhe forem remettidos pelos parochos alguns banhos com impedimentos, os mandará processar pelo escrivão da Camara, e perguntará per si os *impedientes*, e as mais testemunhas que referirem, perguntando-lhes a razão de como sabem o que dizem... e se lhe parecer tomará o depoimento dos *impedidos*... »

Não é sò no Brazil que se diz *impedientes e impedidos*, pois no Regimento do auditorio ecclesiastico do Arcebispado de Goa (tit. 13, n. 10) lê-se também : « perguntará por si aos *impedientes*... tomará o depoimento aos *impedidos*... »

A lei do casamento civil, redigida por um antigo advogado do fôro ecclesiastico, usa do termo *impediente*, no mesmo sentido.

Temos *embargante, aggravante, appellante, exceptante, recorrente, oppoente* (o que se oppõe ao autor e ao réo, ao mesmo tempo); *reconvinte*, etc, o Sr. Ruy Barbosa diz *perdente*, o que perde: *testante*, o que faz testamento; *prazo prescribente*, o que motiva a prescripção. Porque não havemos de dizer *impediente*, o que oppõe impedimento?

Em uma nota ao art. 188 censura extensamente o Sr. Senador Ruy Barbosa a expressão *affinidade illicita*.

Póde-se dizer *affinidade illegitima*, como fez, por exemplo, o Abbade André, *Cours alph. du droit canon. v. Affinité*; mas ahi também se lê (§ 1.º):

« Suivant le même droit, l'affinité est *licite* ou *illicite*, la première provient d'un légitime mariage. et l'autre d'une conjontion naturelle hors mariage... »

O sabio e virtuoso canonista brasileiro D. Manoel do Monte declara no § 971 de seus *Elementos de direito ecclesiastico* :

« ...na linha transversal, igual ou desigual, prohibe-se o casamento entre os affins até o 4.º gráo inclusivamente, como na consanguinidade (v. § 960), se a afinidade é *licita* ; e até o 2.º sómente, se é *illícita*, pelo novo direito do Tridentino. (Sess. 24 de *Reformat matrim.* cap. 4.º).

---

Para evitar a palavra *estupro*, que lhe pareceu aspera e até inexacta, no art. 370 n. II, fez esta emenda, o Sr. Ruy Barbosa :

« Se a concepção do filho reclamante coincidir com o rapto da mãe pelo supposto pai, ou suas relações sexuaes com ella. »

Ficou assim profundamente alterado o systema do projecto. Este negava em regra a investigação da paternidade, permittindo-a sómente nos casos excepçionaes de relações que a lei penal manda investigar e punir, ou cuja investigação e punição ella expressamente admitte. Nosso jurisconsulto ampliou a todas as hypotheses a investigação da paternidade. Sómente não admitte se allegue e prove, que Ticio é filho de Mevio, tendo nascido, por exemplo, dez annos depois das relações sexuaes entre a mãe e o supposto pai !

#### IV

Diz o illustrado censor que, entre os Latinos, a particula *de* era quasi do preceito na epigraphie das leis, como, em geral, nos titulos dos livros, suas divisões e subdivisões, como se vê em toda a obra

de Justiniano: e que em nossas Ordenações, *desde o primeiro titulo do primeiro livro até ao ultimo do quinto*, nem uma só vez se pretere esse estylo.

Tão indispensavel parece ao Sr. Ruy Barbosa o emprego da particula, que elle chega a fazer estas mudanças :

|                                    |                                 |
|------------------------------------|---------------------------------|
| Quem deve fazer o pagamento.       | De quem deve pagar.             |
| A quem deve ser feito o pagamento. | Daquelles a quem se deve pagar. |

Ha, entretanto, nas Ordenações epigraphes como estas, do liv. 1, titulos 97, 98 e 99 :

« *Que os officiaes sirvam per si seus officios.* »

« *Quanto tempo duram as cartas impetradas per se assi é, e do que houve perdão depois dellas serem impetradas.* »

« *Como El-Rei pôde tirar os officios de justiça.* »

Nas *Institutas* de Justiniano encontrão-se estas e muitas semelhantes :

« *Qui testamentum tutores dari possunt.* »

« *Per quas personas cuique adquiritur.* »

« *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.* »

Quanto a subdivisões, vejamos estas epigraphes da Ord. liv. 1, tit. 18 :

*Peso do pão das padeiras.*

*Padrões da corte.*

*Padrões dos conselhos.*

*Pesos e medidas dos particulares.*

Ha muitas outras : mas o Sr. Ruy Barbosa julgou indispensavel a particula prepositiva até em subdivisões não precedidas de numero, como as referentes aos direitos de visinhança : *Uso nocivo da propriedade—Arvores limitrophes. —Passagem forçada—*



*Aguas*, etc. Foi além das Ordenações, imitando estas epigraphes do Visconde de Seabra:

« *De* como se adquire a qualidade de cidadão portuguez. »

« *De* como se perde a qualidade de cidadão portuguez. »

Eu dispensaria inteiramente esta antigualha, cujo prestimo não foi explicado. Não ha motivo algum para consideral-a mais necessaria em um código do que em um romance.

São excellentes as epigraphes do Código allemão traduzido por Meulenaere: *Personnes—Choses—Actes juridiques*, etc.

---

Dispunha o projecto, no art. 343 :

« São legitimis os filhos concebidos na constancia do casamento. Considerão-se tambem legitimis os procedentes do casamento annullado e de *casamentos nullos contrahidos de boa fé*. »

Emenda do Sr. Ruy Barbosa :

« São legitimis os filhos concebidos *na constancia do casamento*, AINDA QUE ANNULLADO OU NULLO, *se se contrahir de boa fé*. »

Deprehende-se da emenda (contra as intenções de quem a redigio) que, para a legitimidade dos filhos, no casamento *annullado*, é necessario que este se tenha contrahido de boa fé. O contrario resolve o art. 221.

---

Sob a epigraphe *Preempção ou preferencia* tem o projecto nove disposições, começando por estas :

« Art. 1.150. A preempção ou preferencia impõe ao comprador a obrigação de offerecer ao vendedor a cousa que aquelle vai vender ou dar em pa-

gamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Art. 1.151. A União, o Estado ou o Municipio têm o dever de offerecer ao proprietario o immovel desapropriado pelo valor da desapropriação, no caso de se não verificar o fim para que foi desapropriado.»

O direito de reaver a coisa desapropriada, a caducidade da desapropriação a arbitrio do proprietario, a obrigação de revender a uma pessoa e por um certo preço, ainda que outra offereça mais, não é *prelação, tanto por tanto, no caso de venda ou dação em pagamento*. A hypothese do art. 1.151 differe essencialmente da preempção definida no art. 1.150.

Não se quiz fazer uma subdivisão especial para o art. 1.151; mas o projecto respeitou a essencia das cousas, dispondo no art. 1.153:

« O direito de preempção não se refere a outras fórmulas de alienação que não sejam as declaradas no art. 1.150, nem a outro direito real além do dominio. »

O illustre presidente da Commissão do Senado fez esta censura:

« No art. 1.150 as fórmulas de alienação designadas são a venda e a dação em pagamento. Mas o art. 1.151 reconhece esse direito em uma hypothese alheia a ambas essas. »

E de accordo com a censura propoz esta emenda:

« O direito de preempção não se estende senão *às situações indicadas nos arts. 1.150 e 1.151*, nem a outro direito que não a propriedade. »

Se é de preempção a hypothese do art. 1.151 segue-se que está errada a definição do art. 1.150.

---

Diz o projecto, no art. 1.154, que as despesas feitas para uso e gozo da coisa emprestada não podem em caso algum ser *repetidas* pelo commodatario. Contra isto observa o douto censor :

« Da expressão *repetitio indebiti*, acção de *rehaver* o que se pagou indevidamente, extrahio o uso juridico a nossa *repetição do indebito*. Sobre ser, porém, estrictamente technica, esta locução, no vocabulario juridico civil, a que é peculiar, sempre se reservou áquella applicação especial. *Repete-se* o que se deu por causa não cumprida, o que se deu por causa torpe, o que se pagou sem se dever, o que se prestou sem causa. (Correia Telles: *Doutrina das acções ind.*, v. *Repetitio*). Não será licito ampliar-lhe o uso; visto que em portuguez, fóra desse caso, inteiramente outras são as accepções de *repetir e repetição...* »

Nesta censura ha um lapso de memoria. Basta ler a epigraphie (sem a particula *de*, não obstante a categorica affirmação, que já contestei) da Ord. liv. 4, tit. 79 :

« Em que caso a mãe *repetirá as despesas* que fez com o filho. »

Vale a pena trasladar o § 6.º :

« E fazendo a mãe alguma *despesa* com a pessoa do filho, não sendo ella tutora, nem curadora, nem sendo administradora de seus bens, se a fizer sem protestação de cobrar e haver depois pelos bens do filho, a não poderá mais *repetir...* »

Eu não impugnaria o alvitre de excluir *systematicamente* do projecto as expressões antiquadas; mas o Sr. Senador Ruy Barbosa fez o contrario. Lia-se, por exemplo, no art. 1.154: «...dentro dos tres dias que se seguirem ao em que o comprador tiver *affrontado*.» O douto censor entendeu que era pouco esse *affrontado* sem complemento, e fez a emenda; « nos tres dias subsequentes áquelle em que o



comprador tiver *affrontado o vendedor*. Elle approvaria o *repetir despezas*, se estivesse lembrado das Ordenações.

---

O depositario, segundo o projecto, art. 1.266, deve restituir a cousa depositada com todos os seus frutos e *accrescimos*. Diz o Sr. Ruy Barbosa, que a ultima palavra não tem o cunho tecnico de *accrescidos*, que se encontra no Codigo Civil portuguez, art. 1.435, n. 2.

Eu ignorava esse *cunho tecnico*.

O depositario deve restituir a mesma cousa que recebeu, com todos os frutos e *accessões*. Coelho da Rocha, § 786.)

O depositario deve tambem restituir os frutos e outros *accessorios* dos bens depositados. (Correia Telles, *Dig. Port.* liv. 3, tit. 687.)

Com seus *accessorios* e rendimentos. (T. de Freitas, *Doutr. das Acc.*, § 118.)

*Accrescidos* é termo tecnico, applicado aos terrenos de alluvião, que vierão juntar-se ás terras da borda d'agua. Ha terrenos de marinha e terrenos *accrescidos*.

---

Uma das censuras feitas ao projecto foi a de ter desconhecido a accepção legitima do termo *carecer*, «abastardando-o como equivalente de necessitar.»

O verbo *carecer* significa, como define Cicero, ter necessidade do que se deseja ou não ter o que é necessario. Isto vem no Calipino: ...est *proprie*, ut Cic. definit! Tusc. c. 36, egere eo quod habere velis, vel non habere id, cujus indiges, sed tamen generatim de omnibus, quæ non habemos, diçi so-

et, etiam de us, quæ mala sunt, ut febris carere, dolore, molestia, etc.»

Felinto Elysio escreveu, referindo-se á lingua portugueza (*Obras*, vol., 1, pag. 82):

Vê se ha ahi lingua tão valente e rica  
Que acuda com palavras ajustadas  
A' descripção, clareza e louçania  
De que um vate *carece* quando as pinta.

E mais adiante:

Que *carece* que emprendão esses que hoje  
Quizerem remontal-a á antiga plana,  
Repol-a em seu solar autorizado,  
Restituir-lhe os bens que lhe escorcharão?

Almeida Garrett (*Catão*, 118) usou do verbo no mesmo sentido:

Adornos falsos  
A formosura natural impanão.  
Da verdade, da candida verdade,  
Que é por si bella e não *carece* de arte.

Castilho (Antonio) fez o mesmo no prologo dos *Colloquios aldeões*:

«...muitos dizem... que para a gente se casar, e para ir para o outro mundo, não *carece* de suzs mercês...»

Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, 2.<sup>a</sup> ed., vol., 1, pag. 47:

«Apezar, porém, de sua curta existencia, elle não *carece* de apropriar-se a gloria de Sertorio, ou de revestir de uma importancia, em parte ficticia, as acções de Viriato para se ensoberbecer.»

Felinto, Garrett, Castilho, Alexandre Herculano, muitos outros que eu poderia citar e o proprio Cicero, *abastardarão* o termo!

O Sr. Dr. Macedo Soares lembrou, em um de seus curiosos escriptos publicados sob a epigraphie *Antigualhas forenses* (Direito, vol., 21, pag. 566), que era um facto inconcusso no que elle chama *dialecto brasileiro* a tendencia para a suppressão do artigo. Tenho agora junto a mim um livro escripto em Santa Catharina, e cujo autor começa definindo « O que é juizo *de* orphãos. »

Lia-se no projecto, art. 442, paragrapho unico:

«...sendo o tutor obrigado a recolher immediatamente ao cofre *dos* orphãos o saldo, ou o alcance.

O illustre presidente da Commissão do Senado emendou assim:

«recolhendo o tutor immediatamente ao cofre *de* orphãos o saldo, ou o alcance.»

Fiquem, deste modo, apadrinhados os que dizem: juizes *de* orphãos, escrivão *de* orphãos, etc.; e procure o intelligente investigador das *Antigualhas forenses* modificar o titulo de sua monographia sobre os curadores geraes *dos* orphãos.

## V

As palavras *insolvavel* e *insolvabilidade* foram censuradas em diversas notas, como nesta ao art. 915 :

« *Insolvavel*. Gallicismo. Em portuguez, *insolvente*, ou *insolúvel*, conforme se trate do *credor* ou da *obrigação*. »

O Sr. Ruy Barbosa escreveu *credor*, em lugar de *devedor*. E' uma inadvertencia, que apenas con-



signo, para ser corrigida em outra edição do parecer.

Eis a nota ao art. 1.437 :

« Mais de uma vez o barbarismo *insolvabilidade*. *Solvente, solvencia, insolvente, insolvencia* nascem de *solver*, na sua accepção de *quitar, pagar a divida*. Como é que desse verbo em *er*, se poderia formar em nossa lingua, um adjectivo em *avel*? Todos os nossos vocabulos de desinencia em *avel* nascem de verbos terminados em *ar*; *provavel*, de *provar*; *reprovavel*, de *reprovar*; *louvavel*; de *louvar*, etc. Por outro lado não ha, que me lembre, um só verbo em *er*, de onde procedam adjectivos em *avel*. Todos os descendentes de taes verbos assumem a desinencia em *ente, uvel*, ou *ivel*, segundo as fórmas latinas. *Dissolver* gerou *dissolvente, dissoluvel*. *Resolver, resoluvel, resolvente, resolvivel*. Por que artes, contrariando ambas essas normas, iriamos extrahir *solvavel* de *solver*, que já tem *solvente e soluvel*? »

Pergunto por minha vez, quaes são os verbos em *ar*, de que nascem os vocabulos *condestavel e sável*. Trata-se apenas de adjectivos? Lembro, neste caso, os adjectivos *affavel, amoravel, caroavel, favoravel, formidavel, friavel, ineffavel, potavel, responsavel, vendavel* etc.

No dictionario das linguas franceza e portugueza, do padre Pedro José Marques, impresso em 1785, não se encontram os vocabulos *insolvabilidade e insolvencia*. Lê-se na primeira parte :

« *Insolvabilité*, v. f. *impuissance de paier, insufficiencia de pagar, falta de meios para pagar*. »

Quando Pereira e Souza, um dos patriarchas da nossa Jurisprudencia, escreveu o *Diccionario juridico*, já estavam em uso na linguagem forense os termos *solvabilidade e insolvabilidade*, o primeiro dos quaes elle define : o estado em que alguém se acha

de pagar o que deve. *Dicc. jur. v. Insolvabilidade.*

Segundo o antigo cod. com. port., para o devedor ser declarado em estado de *quebra*, era necessario que fosse commerciante. O não commerciante, cessando seus pagamentos, achava-se em estado de *insolvencia*, não no de *quebra* ou *fallencia* [art. 1.122]. Dizia-se *quebra* casual o estado de *insolvencia* de um commerciante, proveniente de caso fortuito ou força maior [art. 1.146]. As *insolvencias* dos corretores sempre se presumiam fraudulentas [art. 1.154]. *Insolvencia* era a cessação de pagamentos, tendo especialmente o nome de *quebra* ou *fallencia* quando o credor era commerciante.

Vê-se a mesma cousa nos arts. 687, 797, 799 e outros do nosso codigo de 1850. O art. 687 usa dos termos *insolvente* e *fallido* como synonymos.

O reg. n. 737 de 1850, assignado pelo proprio Ministro que referendou o codigo (o preclaro Eusebio de Queiroz) figura o caso do devedor commum, cujos bens não bastam para solução de todos os debitos, e chama-o não *insolvente*, mas *insolvavel*.

São estas as disposições:

« Art. 609. Só tem logar o concurso de preferencia de que trata esse titulo :

§ 1.º Quando o devedor commum não tem bens para o pagamento de todos os credores.

§ 2.º Quando o devedor não é commerciante...

Art. 610. Sendo o commerciante o devedor *insolvavel*, a preferencia será regulada conforme as disposições do Cod. Com. (Parte III—Das quebras).»

A lei n. 3.150 de 1882, art. 17, n. 3, declara que as sociedades ou companhias anonymas se dissolvem por *insolvabilidade* ou *cessação de pagamentos*. São hypotheses distinctas que o decreto n. 8.821 do mesmo anno, art. 77, separou em dous numeros.

« 3.º Por *insolvabilidade*.

## 4.º Pela cessação de pagamento das dividas.

Explicando o projecto da lei de 1.882, dizia na Camara dos Deputados um dos nossos maiores jurisconsultos (o Sr. Lafayette), em 12 de Junho daquelle anno :

« Dá-se *insolvabilidade* quando o passivo é superior ao activo ; mas a *insolvabilidade* por si só não traz cessação de pagamentos... »

Teixeira de Freitas adverte [*Consol.* not. ao art. 835 § 2.º] :

« ... sendo commerciante o devedor *insolvavel*, é caso de fallencia... »

Funda-se o concurso de preferencia na *insolvabilidade* do devedor commum, quando varios credores exigem pagamento.—Para se abrir o concurso de preferencia é preciso que o devedor commum esteja *insolvavel*. Dr. João Monteiro, *Theoria proc. civ. e com.* § 287.

Não terá logar o concurso de preferencia, quando houver bens sufficientes do devedor, incumbindo ao credor preferente a prova da *insolvabilidade*. Conselheiro Carlos de Carvalho, *Nova Consol.*, art. 1.944.

Não é só no Brazil. Commentando o Cod. do Com. Port., arts. 1.121 e 1.123, Forjaz de Sampaio (Conselheiro, lente cathedratico da Universidade de Coimbra) usa da palavra *insolvabilidade*.

Pois é barbarismo um termo juridico autorisado no dictionario de Pereira e Souza, explicado no de Ferreira Borges [v. *Insolvencia*], recolhido em numerosos lexicos da lingua portugueza, adoptado pelos jurisconsultos, consagrado em nossa legislação ha mais de meio seculo, e usado quotidianamente no fôro? Repelle-se aquelle termo, e intromette-se repetidas vezes no projecto a palavra *inadimplemento*?

*Solver* é pagar ; *solvente* é quem paga. A prova



está nesta emenda do Senador Ruy Barbosa ao art. 934, paragrapho unico :

« Se, porem, se der em pagamento coisa fungivel, não se poderá mais reclamar do credor, que, de boa fé, a recebeu e consumio, ainda que o *solvente* não tivesse o direito de alheial-a. »

*Solvente* nesta emenda é quem solve um debito, ainda que não tenha bens sufficientes para saldar os outros em seus vencimentos.

O suffixo *avel* (de *habilis*) denota aptidão, capacidade, etc. *Vendavel* é o que se póde vender ; *solvavel* [tendo *solver* a accepção de *quitar*] é quem póde quitar-se.

Dispõe o projecto no art. 5.<sup>o</sup> da lei preliminar (depois da revisão do Sr. Dr. Carneiro Ribeiro) :

« Ninguém póde escusar-se a *pretexto* de ignorar a lei... »

Censura do Sr. Ruy Barbosa :

« Comquanto seja essa tambem a expressão do Cod. Civ. Port. (art. 9), não é a que rigorosamente corresponde á intenção juridica do legislador. A ignorancia da lei póde não ser *pretexto*. Muita vez o individuo realmente não conhece as leis a que está sujeito. As mais das vezes é o que se dá. Mas nem assim o desculpa a allegação. Pretextada ou real, a ignorancia não absolve. »

Não defendo aquella redacção ; mas é fragil o argumento de que *muita vez o individuo realmente não conhece as leis a que está sujeito*. Um facto verdadeiro póde servir de *pretexto*. Supponha-se que um amanuense foi demittido por ter votado contra o Governo, dando-se, porém, como fundamento dessa demissão um pequeno erro de cópia, realmente commettido. Se nem ao menos houve esse erro, não ha



sómente um pretexto, um falso motivo ; mas o que os Francezes chamam *falso pretexto*, expressão que, entre nós, muitos evitão, suppondo ser pleonastica.

O Sr. Ruy Barbosa, não obstante aquella censura, redigio deste modo o art. 668 :

Ninguém póde reproduzir obra que ainda não tenha cahido no dominio commum *a pretexto* de anotal-a, commental-a ou melhoral-a, sem permissão do autor ou seu representante. »

E o art. 928 *in fine* :

« O devedor não póde eximir-se da pena *a pretexto* de ser excessiva. »

Não importa que o commentador reproduza a obra alheia com a verdadeira intenção de tornar mais facil e proveitoso seu commentario. Nada importa que seja realmente excessiva a pena comminada para o caso de móra,



Lê-se no mesmo artigo da lei preliminar—« silencio, obscuridade ou ambiguidade da lei. » Para evitar a approximação de duas palavras com a mesma desinencia, substituiu o douto censor *ambiguidade* por *indecisão*.

*Ambiguidade* é termo technico. Lei *ambigua* é a que se presta a dous ou mais sentidos. Que vem a ser lei *indecisa* ?

Não foi tão exigente, em materia de desinencias, quem disse, annotando o art. 285 n. III (seja-me lícito dar esta collocação ás suas palavras) :

O nubente, a quem  
como contraente  
Não cabe tambem...

E emendando o art. 1,042;

de facto ou *direito*  
não sendo *sujeito*  
o seu julgamento  
a alçada ou recurso...

Melhor fez o Cod. Civ. Port., art. 557 :

Para que a *prescripção*  
de qualquer *obrigação*  
se interrompa em *relação*  
a todos os devedores...

O art. 9.º continha estas palavras:

« Os menores que tiverem completado dezoito annos. » O Sr. Ruy Barbosa emendou ; « se o menor tutelado tiver dezoito annos *cumpridos*. »

Se não queria dizer *completos*, por ser a expressão usual (repetida na lei de 31 de Outubro de 1831), podia recorrer ao Código Affonsino, que tem mais de quatro seculos, e dispõe no liv. 3.º. tit. 55 § 2.º:

« ...este autor nam tem aução para demandar esta cousa, que demanda, que eu a prescrevi jaa per trinta annos *acabados* pacificamente. »

Encontra-se no Código Filippino tit. 4.º, § 1.º : « até dez annos *cumpridos*... até vinte annos *acabados*. » Por que havemos de preferir *cumpridos* ?

O illustrado censor fez esta ponderação, annotando o art. 238 :

« Nada ganha a phraseologia das leis que se supõe endereçadas ao povo, em se apedantar com inuteis requintes. »

E' bem inutil esse de *annos cumpridos* :

Note-se ainda esta censura em relação ao mesmo paragrapho n. 1 :

« Se o menor estiver sob tutela. » Desnecessaria esta expletiva. Claro está que, se ha tutor, a quem se ouça, é porque o menor se acha em tutela. »

Entretanto reza a emenda :

« ... ouvido o tutor, se o menor tutelado... »

E' impossivel ouvir ao *tutor*, sem que o menor seja *tutelado*.

Lia-se no art. 142 : « bem assim os traslados de autos se forem concertados por outro *escrivão*. » O Sr. Ruy Barbosa emendou : « assim como os traslados de autos, quando por outro *notario* concertados. »

Notario não é *escrivão*. Pereira e Souza define, em seu dictionario :

« *Escrivão* é o official de justiça que escreve em autos perante algum magistrado ou tribunal. »

« *Notario*, official publico, estabelecido para dar aos autos, que se passam em sua presença, o character de *fôrma publica* e da autoridade da justiça. »

O Sr. Dr. Macedo Soares, no artigo que já citei, publicado no *Direito*, vol. 21, mostra as differentes especies de tabellionato ou notariato e explica :

« Bem como os *tabelliães do publico*, os das terras dos Senhores ou eram *das notas*, ou *do judicial*, ou accumulavam ambos os officios. No Brazil, só nas grandes capitaes, e em um ou outro termo de rarissimas provincias, ha tabelliães, porém *escrivães do juizo municipal*, *escrivães do civil*, *escrivães do*

geral, para os distinguir dos *escrivães de orphãos*, da *provedoria*, do *crime* e do *commercio*, que tem *escrevanias especiaes*. »

*Notario* é o *tabellião das notas* ou simplesmente o *tabellião*, pois aos do judicial dá-se hoje o nome de *escrivães*.

Não são os notarios que tiram traslados de autos.

Mencionava o art. 857 n. II a inscripção de títulos constitutivos dos *direitos reaes* sobre immoveis alheios. O Sr. Ruy Barbosa emendou: « títulos constitutivos de *onus reaes* sobre cousas alheias. »

O *onus* recahe sobre alguma coisa, correspondendo a um direito de alguém que não é o dono. Ha direitos, e não *onus*, sobre coisa alheia: *Jura in re aliena*.

Farei agora um confronto, que vai surpreender a muitos leitores. Estava assim redigido o art. 994:

« Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-ha primeiro nos juros vencidos, e, depois, no capital, salvo estipulação em contrario, ou se o credor passar a quitação por conta do capital. »

Entendeu o douto censor que esta redacção não prestava, e substituiu-a pela seguinte:

« Devendo-se principal e juros, nestes, se forem vencidos, se imputará primeiro o pagamento, salvo se o contrario se estipulou, ou se o credor voluntariamente deu primeiro quitação de capital. »

Esta emenda faz lembrar outra. Segundo o art. 948 do projecto, o pagamento em dinheiro, sem determinação da especie, « deve ser feito em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação. » O Sr. Ruy Barbosa emendou:



« ...far-se-á em moeda corrente no lugar onde se ajustou cumprir-se a obrigação. »

O preceito de pagar em moeda, *que corra no lugar do pagamento*, fica transformado em dous :

1.º O de pagar em *moeda corrente* (sem mais explicações relativamente ao curso.)

2.º O de pagar no lugar *ajustado*.

O lugar de pagamento é objecto de uma secção especial, comprehendendo os arts. 951 e 952. A faculdade de ajustal-o está consignada no art. 951.

O art. 948 nada tem que ver com isto.

## VI

Entre os que não podem casar, menciona o projecto (art. 187 n. XIII): «O viuvo ou a viuva que tiver filho do conjuge fallecido, enquanto não fizer inventario dos bens do casal.» O douto censor apressou-se a advertir:

«A viuva.» No artigo subsequente accrescenta o texto a *viuva* o substantivo *mulher*, como se poderia ser viuva, sendo homem, ou qualquer outra cousa.»

Note-se que na disposição do n. XIII, *viuva* é substantivo, e na do n. XIV [que o Sr. Ruy Barbosa chama *artigo subsequente*] é adjectivo, como os leitores verão:

«A mulher *viuva ou separada do marido* por nullidade ou annullação do casamento...»

Não é exacto que a *viuva* se accrescentasse *mulher*; succedeu exactamente o contrario. Não se tratava sómente da viuva, mas tambem da mulher separada; por isto se escreveu: a mulher *viuva ou separada do marido*.

Para evitar o supposto pleonasmio, fez o censor esta emenda:

«A viuva ou a *descasada* por nullidade ou annullação do matrimonio...»

Prefiro como estava, ou como dispõe o Cod. Civ. italiano, art. 57:

«Non può contrarre nuovo matrimonio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, eccettuato il caso espresso nell'art. 107.»

Dispõe o projecto, art. 363 § unico:

«O reconhecimento pôde ser anterior ao nascimento do filho já *concebido*, ou posterior ao seu fallecimento, se deixar descendentes.»

Censura do Sr. Ruy Barbosa:

«Já concebido.» Que adianta esta clausula? Não será manifesta redundancia? Se ainda não houve *concepção*, não ha *filho*. Logo admittindo-se que se reconheça o *filho* antes de nascer, claro está que não se pôde tratar senão de filho já *concebido*. Reconhecer o filho *conceptivel*, mas ainda não concebido, seria dislate. *Reconhecer* o filho é declarar-o obra sua, fructo de acto seu. Não se pôde reconhecer, portanto, senão o filho gerado e concebido. E' sobre a procriação consummada que o genitor confessa reconhecendo a sua paternidade. Quem diz, portanto, filho *reconhecido*, tem dito filho *concebido*. Uma noção é da essencia da outra.»

Pondo de parte o circulo vicioso, de que o genitor *confessa*, reconhecendo, a sua *paternidade sobre a procriação consummada*, o argumento se reduz a isto: se ainda não houve concepção, não ha *filho*, e como reconhecê-lo?

Podem vender-se cousas futuras; tanto certas, por exemplo, os frutos; como incertas, comtanto

que se venhão a verificar, como o lanço de uma rede. Coelho da Rocha, *Dir. Civ.* § 807. Posso vender a casa, que ainda vou construir? Antes da construcção, não ha *casa*.

Consultou-me o anno passado um negociante, que pretendia reconhecer, por testamento, os filhos que tinha da mulher, com quem vive, e os mais que ella viesse a ter, emquanto vivesse juntos. Seria um dislate?

« La reconnaissance est, *après la conception de l'enfant au profit du quel elle a lieu*, permise á quelque époque que ce soit. » Aubry e Rau, § 568, n. 7.

« La reconnaissance peut avoir lieu á tout époque, elle peut se faire même avant la naissance de l'enfant, *pendant la grossesse de la mère.* » Planiol, *Traité élem. de droit civ.* n. 2.223.

Podem-se reconhecer filhos naturaes ainda por nascer, *contanto que já estejam concebidos*. Perdigão Malheiro, citado por Teixeira de Freitas, *Consol.*, not. ao art. 1.

O reconhecimento poderá ser feito em qualquer tempo e referir-se a filhos já fallecidos ou por nascer, *quando já concebidos*. Carlos de Carvalho, *Nov. Consol.*, art. 2.594.

O Sr. Ruy Barbosa supprimio como inútil a clausula, que esses distinctos jurisconsultos julgá-rão necessaria.

Segundo o art. 466, a *incapacidade* do prodigo sómente se dá existindo conjuge, ascendentes ou descendentes legitimos, e só por elles pôde ser denunciada e promovida.

Censura do Sr. Ruy Barbosa :

« Não. Não é a *incapacidade* o que se não dá, não existindo esses parentes : é a *interdicção*. A ca-



pacidade existe, existindo os caracteres que a constituem. Mas a lei não a pronuncia, pronunciando a interdicção, por não haver pessoas, interesses e direitos directamente lesados ou ameaçados.

Por isso, muito differentemente, o Cod. Civ. Port. (art. 340) diz que as pessoas *incapazes*, por sua habitual prodigalidade, de administrar os seus bens, « poderão ser interdictas. ». Não declara, como o projecto brasileiro, que não havendo esses parentes, *não serão incapazes*, senão sómente que *não serão interdictas*. »

Figure-se que um celibatario, sem ascendentes, nem descendentes, está esbanjando o seu patrimonio. Não é um homem bem equilibrado; mas, se quizessemos dar curadores a todos os individuos, que não fossem bem equilibrados, não haveria curadores para tanta gente. Supponha-se que outro, com mulher e filhos, gasta desordenadamente, expondo-os á miseria, á fome e suas consequencias. O segundo se não é propriamente louco (e sujeito, como tal, a outra especie de interdicção), é *quasi*. Nesses dous individuos ha uma differença essencial: um gasta o que é seu, exclusivamente seu, e sem prejuizo de terceiro; o outro destroe o patrimonio da familia, e falta a seus deveres de filho, de esposo ou de pai, ou de tudo isto ao mesmo tempo revelando maior perversão da vontade, quando não dos sentimentos affectivos.

Outro argumento. A *incapacidade* póde ser considerada segundo a natureza, ou segundo a lei. Um moço de vinte annos casou-se com uma senhora de vinte e dous: elle tornou-se capaz, ella ficou sendo relativamente incapaz de administrar seus bens. A capacidade, neste caso, não é a intelligencia mais desenvolvida, a experiencia que os annos trazem, é um direito que a lei confere: *facultas*



*agendi*. A lei que torna incapaz uma senhora (ainda que seja a mais intelligente, a mais criteriosa, a mais economica) pelo simples facto de se ter casado, póde (prescindindo de considerações de ordem psychica) fazer o mesmo ao perdulario, que tem mulher e filhos.

O Cod. Civ. Port. refere-se a individuos *naturalmente* incapazes, e resolve que fiquem ao abandono, se não forem casados, e não houver ascendentes ou descendentes legitimos! Não é uma crueldade ou, pelo menos, uma incoherencia? A *interdição*, que é acto judicial, deve ser uma consequencia da *incapacidade*, sempre que a lei a defina e seus executores a reconheção.

Disposição do art. 498:

« Ao nascituro será nomeado curador que vele pelos seus direitos, se o marido fallecer, ficando a mulher grávida. »

Censura do Sr. Ruy Barbosa:

« Em vez de *marido e mulher*, parece mais razoavel dizer aqui *pai e mãe*, desde que as duas palavras se referem ao *nascituro*, a quem se nomêa curador, porque o primeiro morreu, e a gravidez da segunda annuncia a existencia da prole. »

Entretanto fez-se esta emenda:

« Dar-se-ha curador ao nascituro, se o *pai* fallecer, estando a *mulher* grávida. »

As duas palavras se referem ao nascituro.

A disposição do art. 877 provocou esta nota:

« O verbo *regere* pede complemento directo, E,

todavia, aqui lhe attribuem a funcção grammatical de neutro.»

O dictionario de Fr. Domingos Vieira dá exemplos de *reger* funcionando como neutro, inclusive este de Damião de Goes:

«...dizendo que ainda tinha pés pera andar, e mãos pera pelejar, e lingua pera fallar e siso pera *reger*, e esforço pera mandar, ainda que fosse de cama.» *Chron. de D. Manoel*, part. III, cap. 19.

Na opinião de Castilho Antonio, citado pelo Sr. Ruy Barbosa, é o italiano, depois do latim, a melhor pedra de toque da vernaculidade na lingua portugueza. Pois bem, lê-se em Chironi, *Colpa contratuale*, n. 262:

«...l'osservazione non *regge*, dove si consideri la stipulazione della pena qual riparazione dell'injuria derivatta dall'inadempimento.»

O illustrado censor faz esta emenda ao art. 13 da lei preliminar:

«*Regulará*, salvo estipulação em contrario, quanto á substancia e aos effeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contrahidas.

*Regulará*, neste caso, é verbo intransitivo e equivale a *regerá*.

Dispõe o art. 1.026:

« Podem as partes, mediante mutuas concessões, pôr termo a um litigio ou prevenil-o. »

Emenda do Sr. Ruy Barbosa:

« E' licito aos interessados *prevenirem* ou *terminarem* o litigio mediante concessões mutuas. »

Louvando a redacção do Cod. Civ. Port., disse o douto censor achar-se tão longe desse *padrão supremo* como a terra do céu, e ter-se aventurado a obter alguma cousa no mesmo sentido. Não se

animou, entretanto, a imitar a linguagem do mesmo Codigo, nos arts. 567, 570, etc.: é licito a todos *applicar*; é licito a todos *publicar*; etc. Podia fazello, sem receio. Bastava a autoridade do padre Antonio Vieira, *Sermões*, vol. 2:

Eu vi *governar* muitos e vi *morrer* muitos: nenhum vi governar que não fosse causa culpavel de muitos damnos...»

E a de Felinto Elysio, *Obras*, v. I:

Vejo os rios *ir* mansos passeiando  
Por entre verdes florescentes margens...

E a de Castilho, *Amor e melanc.*:

Ouvira *cantar* as aves,  
*balar* as minhas ovelhas,  
*arrular* as brancas pombas,  
*zumbir* as aureas abelhas.



Dizia Quintiliano, que uns fallavão como grammaticos e outros como latinos. (O mestre da eloquencia não alludia aos bons grammaticos).

Ha mais de quarenta verbos portuguezes terminados em *gi*, provenientes de verbos latinos em *gere*, como *affligere*, *attingere*, *cingere*, *colligere*, *emergere*, *infligere*, *insurgere*, *redigere*, *refulgere*, *submergere*, etc.

O Sr. Senador Ruy Barbosa, impugnando em uma extensa nota ao art. 1.297 o emprego do verbo *agir*, recorreu a esta citação:

« Tambem os Italianos têm *agevole*, e, todavia

LEOPARDI, com a sua incomparavel autoridade no assumpto, rejeitava de sua lingua o derivado immediato do latim *agere*, com que pretende abonar-se o *agir*. « *Agevole*, dizia elle, « viene da *agere* come *facile* da *facere*; e questo *agere* essendo ignoto alla nostra lingua, non é verosimili che il suo derivato *agevole* non cisia venuto già bello e formato dagli antichi latini, che avranno detto *agibilis*. » G. LEOPARDI: *Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura* (v. I. p. 224). De modo que, admittindo o *agevole*, recusa, como não italiano, o *agere*, e não conhece o *agire*. »

Para mostrar como é interessante a consequencia deduzida das palavras daquelle escriptor, vou parodial-as :

« *Facile* viene da *facere* come *agevole* da *agere*, e questo *facere* essendo ignoto alla nostra lingua, non é verosimile che il suo derivato *facile* non cisia venuto già bello e formato dagli antichi latini che avranno detto *facilis*. »

Agora a consequencia :

« De modo que admittindo o *facile*, recusa como não italiano *facere*, e não conhece o *farè*. »

Eu poderia allegar tambem que, depois de Leopardi, morto ha mais de sessenta annos, a lingua de Dante adquiriu muitos vocabulos; mas tenho cousa melhor. Autoridade verdadeiramente incomparavel é a dos academicos da Crusca, e seu immenso vocabulario é uma obra monumental. Encontro no mesmo esta definição, acompanhada de exemplos de 1738, 1749, etc.

« *AGIRE*. Neutro. *Operare, Produrre qualche effetto; e dicese specialmente di cose materiale. Dallat. agere...* »

Se ainda houvesse necessidade de citar algum lexico, eu invocaria por sua especialidade o *Diccion-*



*nario analytico di diritto e de economia industriale e commerciale*, do cav. Angelo Melano di Portula (1843). Ahi se lê:

« Agente di commercio si dichiara quegli che *agisce* in nomi altrui e per altrui affari como um mandatario, a differenza di un procuratore o di un avvocato che *agisce* in difesa di qualche questioni presso i tribunali »

O verbo *agire* é usado com muita frequencia pelos jurisconsultos italianos. Diz, por exemplo, o egregio professor Carrara (*Progr. de corso di dir. crim.* v. 1, pag. 112, 216, 218 e 219): *agisce* con intenzione diretta:—spetta al giudice ad esaminare si egli *agi* o no con sufficiente discernimento;—anche quando siasi *agito* con discernimento;—precipitanza ad *agire*.

Lê-se nos artigos 1744, 1748 e 1759 do cod. Ital: Quando il mandante *agisce* in suo nome;—puó il mandante direttamente *agire* contra la persona che vene sostituire dal mandatario; hanno *agito* in buona fede.

Ferreira Borges ensinou ha 70 annos, em seu dictionario:

« *Agir* —termo juridico--operar, obrar, praticar na qualidade de agente. Accionar... E' a acção que pratica o *negotiorum gestor* pela pessoa, por quem intervem; o procurador pelo mandante: e assim os mais.—Tambem dizemos que cada qual pode *agir* por si mesmo. »

Conta-se que, em Portugal, um Deputado da antiga Mesa Censoria, embirrava com a palavra *beijo*, que achou em uma poesia, rimando com *desejo*, e escreveu: tire *beijo* e ponha *osculo*. Façam a experiencia com o trecho seguinte do Sr. Dr. João Monteiro, *Theoria do Proc. Civ. e Com.*: tirem *agi* e escrevão *obrar*:

« Mas para que o direito de acção se objective

na *actio*, isto é, para que a *potestas agendi* se converta correcta e proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se no *agente* o concurso das quatro condições seguintes :

I A existencia de um direito.

II Interesse de *agir*.

III Qualidade para *agir*.

IV Capacidade de *agir*.

## VII

Não pretendo analysar todas as emendas, que me parecem inconvenientes ou simplesmente inuteis. Eu quiz apenas concorrer para que as alterações propostas em numero excessivo não fossem approvadas englobadamente e sem exame pelo Senado, em homenagem ao talento e illustração de quem as offereceu. Sendo este o meu intuito, farei para concluir, o confronto de algumas disposições ou phrases do projecto com as que forão apresentadas em sua substituição. Accrescentarei, uma ou outra vez, alguns reparos.

---

Art. 25 : Extinguindo-se uma sociedade de *fin*s não economicos...

Emenda : Extinguindo-se uma associação de *intuitos* não economicos...

---

37, n. II (As cousas são collectivas ou universaes) quando se consideram fermando um todo.

Emenda: quando se encaram aggregadas em todo.

---

75 : São cousas fóra *do commercio*...

Emenda : São cousas fóra *de commercio*...

Lê-se : «*fóra do commercio*» no cod. civ. port., artigos 370, 371, 372, 482 n. 3, e 889; em Liz Teixeira, 2 v., p. 6; em Carlos de Carvalho, *Nova Consol.*, art. 193 e §§ 1 e 3; em Abel de Andrade, *Comment. ao cod. civ. port.*, v. 1, p. 12 etc. Lafayette, *Direito das cousas*, § 178; Ribas, *Dir. civ. braz.*, p. 226; Didimo da Veiga, *Dir. hypoth.*, n. 20, fallão das cousas que estão *no commercio*. O cod. civ. argentino, arts. 2.236 e 2.237, declara quaes são as cousas que *están en el comercio* e as que *están fura del comercio*.

---

78 § unico : O interesse moral só *autorisa* á acção quando *se refere* directamente ao autor ou á sua familia.

Emenda : O interesse moral só *autorisa* a acção quando *toque* directamente ao autor ou á sua familia.

(O Sr. Ruy Barbosa disse tambem, annotando o art. 72, n. 111 : «Sabe-se que a marinha *começa*, onde *termine* a média altura das marés cheias.» Pedro só *bebe* vinho quando *jante*.)

---

120 : Entre as (condições) *prohibidas* incluem-se aquellas que tirão todo o effeito ao acto...

Emenda : Entre as *condições defesas* se incluem as que privarem de *todo effeito* o acto.

(Tambem no art. 85 as palavras *forma prescripta ou não prohibida por lei* forão substituidas por *forma prescripta ou não defesa em lei*.)

Quanto á falta do artigo em *todo effeito*, cumpre

notar que o Sr Senador Ruy Barbosa não segue a este respeito um systema uniforme. Elle disse : « toda a vez que tenhamos de alludir ás qualidades e pertenças dos nossos Estados, » nota ao art. 25, paragrapho unico : « A todo o direito corresponde uma acção, » art. 77; « os loucos de todo o genero, art. 452, n. 1. ]

---

187, n. VII: O conjuge adultero com o seu co-réo condemnado como tal.

Emenda: O conjuge adultero com o seu co-réo *por tal* condemnado.

---

187, n. VIII: O conjuge sobrevivente com o que foi condemnado.

Emenda: O conjuge sobrevivente *com o condemnado*.

---

239, n. V: [Compete ao marido] prover á *sustentação* da familia.

Emenda: Prover á *manutença* da familia.

---

332: Sendo o desquite *litigioso*, a posse dos filhos menores caberá ao conjuge innocente.

Emenda: Sendo o desquite *judicial*, ficarão os filhos menores *com o conjuge* innocente.

(Para obterem o desquite por mutuo consentimento, deverão os conjuges apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando sua petição, escripta por um e assignada por ambos, ou a seu rogo, se não souberem escrever, e instruida com certos documentos.



Recebidos estes e ouvidos *separadamente* os conjuges pelo juiz, fixará o mesmo um prazo, para que elles voltem a ratificar, ou retractar o seu pedido. Se ratificarem, o juiz, depois de fazer autoar a petição com todos os documentos, julgará por sentença o accordo no prazo de duas audiencias, e appellará ex-officio, Decr. n. 181, de 1890, arts. 85, 86 e 87.— Em um desquite amigavel, o Superior Tribunal, ouvido o procurador do Estado, annullou o processo. Houve embargos ao accordam; foram impugnados e sustentados, o Tribunal manteve sua decisão, e os conjuges tiveram de recommençar, obtendo afinal uma sentença confirmada na superior instancia. Póde-se dizer que o desquite assim *decretado* nem ao menos é *judicial*?)

---

431: quando o pai ou a mãe não as tiver taxado.

Emenda: quando o pai ou a mãe *as* não tiver taxado.

---

433 (Tambem compete ao tutor, com authorisação do juiz), n. VII: Realisar a venda, em praça, dos moveis, cuja conservação fôr prejudicial.

Emenda: Vender-lhe em praça os moveis, cuja conservação não convier.

---

437, § unico: será arbitrada pelo juiz.

Emenda: *arbitral-a-ha* o juiz.

---

438, § unico: serão recolhidos ao cofre dos orphãos.

Emenda : levará o tutor ao cofre de orphãos.

(Gryphando algumas lettras em «*serão recolhidos*,» mostrou o Sr. Ruy Barbosa ter evitado, com a emenda, uma desagradavel dissonancia. Fez o mesmo em «*juízo sobre*,» do art. 109, «*causa sómente*,» do art. 92 e em outras palavras de outros arts. Parece exagerado escrupulo de quem escreveu *Qual cau, co que cor, com concur*, etc. [*Qual causa*, nota ao art. 182 n. IX; *risco que correm*, art. 1.390 ; *com concurso*, art. 974, n. VI].

---

523 : devem ser *indemnizadas* sómente as bemfeitorias necessarias.

Emenda : devem ser *resarcidas* sómente as bemfeitorias necessarias.

(Em vez de indemnização (art. 524) *indemnizar as despesas* (art. 959), e *indemnizar o mandatario pelas perdas* (art. 1.312), disse o Sr. Ruy Barbosa : *resarcimento, resarcir as despesas, resarcir ao mandatario as perdas*. Mais uma prova do seu amor á bella e maviosa lingua de Dante, *Resarcimento dei dami* é expressão usual do codigo civil italiano (art. 539, 1.218, 1.222, 1.226, etc.) Repudiando o verbo *agir*—apezar de termos *agente, agencia, coagir, reagir*, etc.—por lhe parecer que vinha do latim por intermedio do francez (como se este que tanto contribuiu para o nosso idioma, fosse lingua excommungada), disse o Sr. Ruy Barbosa, para justificar-se, que *agire* não era italiano !)

---

584 : se tiver esta (a parede divisoria) capacidade para *supportar* a nova construcção.

Emenda : Se ella *aguentar* a nova construcção.

---

604 : com permissão do respectivo dono.

Emenda : *com o consentimento* do dono.

---

632 : Cada *condomino* responde, para com os outros, pelos fructos que tiver percebido da coisa commum.

Emenda : Cada *consorte* responde aos outros pelos fructos que percebeu da coisa commum.

(Que necessidade ha desta homonymia ? E' uma infeliz imitação do Cod. Civ. Port., que usa de *consorte* nos arts. 1.566 e 1.567, significando no primeiro, *condomino* e, no segundo, *conjuge*).

---

639 : O *condomino* pôde fazer valer a sua posse *contra os outros*, como qualquer outro possuidor.

Emenda : O *condomino*, como qualquer outro possuidor, poderá defender a sua posse *contra outrem*.

(Ninguém fôra capaz de suppor não poder o *condomino* defender sua posse, senão *contra elle mesmo*. Para evitar lessa admiravel supposição, é que serviria a advertencia de poder o *condomino* defender sua posse *contra outrem*. A duvida era a seguinte : admittem-se remedios, possessores contra um *senhor e possuidor*? Sim, admittem-se, quando elle desrespeita os direitos de outro *senhor e possuidor*, como ás vezes succede no condominio).

---

721 : O usufructo estende-se aos accessorios e *accrescimos* da coisa, salvo disposição em contrario,

Emenda: salvo disposição em contrario o usufructo estende-se aos accessorios da coisa e seus *accrescidos*.

---

745: Extinguir-se-ha *parcialmente* (o usufructo constituido a favor de duas ou mais pessoas).

Emenda: Extinguir-se-ha *parte a parte*.

---

838: deverá declaral-a por escripto.

Emenda: *declaral-a-ha* por escripto.

---

919: inexecução completa da obrigação.

Emenda: total *inadimplemento* da obrigação.

(Tambem nos arts. 925. 961 e 1.094, § unico, foram substituidas por *inadimplemento* as palavras *inexecução* e *não cumprimento*. Eu nada diria contra esse italianismo, admittido por Ferreira Borges, se não fosse a incoherencia de quem o prefere aos termos consagrados em nossas leis e nos escriptos de nossos jurisconsultos, ao passo que repelle *agir, insolvel, etc.* Do verbo latino *adimplere* fizeram os Italianos *adempiere* e *adempire*, e deste ultimo tirarão *adempimento*. O portuguez cingio-se á forma *implere*, do qual formou *encher, enchimento* e o erudito *implemento*. Porque não havemos de dizer *inimplemento*, assim como se diz: *inintelligivel, ininterrupto, ininvestigavel*, como se vê, por exemplo, no dictionario de Aulete?)

---



933: não será obrigado a reembolsar senão a quantia até onde chegar o seu benefício no pagamento.

Emenda: não será o devedor obrigado a reembolsar-o, senão até a importancia em *que lhe ella* aproveite.

---

939: não obstante ter sido intimado da penhora do credito.

Emenda: apesar de intimado da penhora feita sobre o credito.

(Não se diz mais fazer penhora *em* alguma cousa mas *sobre* alguma cousa!)

---

340: pôde *demorar* o pagamento até que lhe seja passada [a quitação].

Emenda: pôde *reter* o pagamento, enquanto lhe não fôr dado.

---

942: Recusando o credor *dar* quitação...

Emenda: Recusando o credor *a* quitação...

(E', pelo menos, uma phrase ambigua, em substituição de outra, que não tem este defeito.)

---

987 n. II: Sobrogado em todos os direitos do credor *originario*.

Emenda: Sobrogado nos direitos do credor *satisfeito*.

---

996 : O credor pôde consentir em receber cousa, que não seja dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida.

Emenda : Em vez da prestação *em dinheiro* que lhe devia, pôde o credor, *querendo*, receber outra coisa em pagamento.

(Mas se a coisa devida era um cavallo, porque não poderá o credor, *querendo*, receber em pagamento um boi ?)

---

1.002 : Pôde ser effectuada independentemente de consentimento deste.

Emenda : Pôde operar-se *sem acquiescencia sua*.

---

1.025 : A compensação que lhe competiria contra o proprio credor.

Emenda : A compensação, *de que contra o proprio credor disporia*.

---

1.037 : Como se o negocio fôra seu.

Emenda : Como *se seu* fôra o negocio.

---

1.098 : Salvo estipulação *em contrario*...

Emenda : Salvo estipulação *diversa*.

(O que é *diverso* pôde não ser *contrario*.)

---

1.119 n. I : Se foi privado da coisa, não pelos meios judiciais...

Emenda : Se da cousa foi privado não por via judicial...

---

1.121 : não haverá alienação...

Emenda : alienação não haverá...

(Procurou-se talvez evitar um diminuto e frequentissimo hiato «haverá alienação.» Mil vezes peor é o CA-LO-HA AO A, que o Sr. Ruy Barbosa empregou anotando o art. 1.084: communica *lo-ha* ao aceitante).

---

1.173 : A doação, sob a fôrma de subvenção por prestações periodicas...

Emenda : A doação em fôrma de subvenção periodica *ao beneficiado* ..

(Ninguem imaginaria uma doação consistindo em dar alguma cousa a quem não fosse o beneficiado.)

---

1.181 : (O donatario é obrigado a cumprir os encargos da doação) *se forem* em beneficio do doador, de terceiro ou de interesse geral.

Emenda : *caso forem* a beneficio do doador, de terceiro ou de interesse geral.

---

1.282, n. II: por occasião de alguma calamidade, como incendio, inundação, naufragio ou saque.

Emenda : por occasião de alguma calamidade como o incendio, a inundação, o naufragio, ou o saque.

---

1.386, n. II : não use dellas contra o interesse social.

Emenda : *as não* utilise contra o interesse social.

---

1.390, § 2.º : Perecendo a cousa estimada, na conformidade do paragrapho antecedente, seu dono poderá pedir o respectivo valor constante do inventario ou balanço.

Emenda : Perecendo a cousa de importancia determinada nos termos do paragrapho antecedente, ultima parte, o dono *só lhe* poderá exigir o valor constante do inventario ou balanço.

---

1.452 : não exime o segurado de pagar o premio estipulado.

Emenda : não exime o segurado a pagar o premio estipulado.

---

1.454 : na vigencia do contracto.

Emenda : enquanto vigorar o contracto.

---

1.474 : a pessoa que for legalmente inhibida de receber doação do segurado.

Emenda : a pessoa, a quem por lei fôr *defeso* receber doação do segurado.

---



1.479 : se fôr menor ou interdicto o que perdeu...

Emenda : se o *perdente* fôr menor ou interdicto...

1.503 : A obrigação do fiador passa a seus herdeiros.

Emenda : A obrigação do fiador passa-lhe aos herdeiros.

1.598 : o direito de acceitar passa a seus herdeiros.

Emenda : o direito de acceitar passa-lhe aos herdeiros.

1.612 : partir-se-ha por metade entre as duas linhas.

Emenda : partir-se-ha entre as duas linhas *meio pelo meio*.

(Fr. Luiz de Souza disse, na *Vida do Arcebispo* : «da pobre pitaça que lhe punhão na mesa, havia de partir ao justo *meio por meio* com os pobres.»)

1.664 : O testador pôde tambem escrever seu testamento ou mandar escrevel-o por outrem.

Emenda : O testador, *querendo*, poderá escrever elle mesmo o seu testamento ou fazel-o escrever por outrem.

1.667 : se o testador não souber ou não puder assignar.

Emenda : se o *testante* não puder ou não souber assignar.

[Rigorosamente os que não sabem, estão comprehendidos entre os que não podem assignar. Por isto prefiro a gradação do projecto: « não saber ou não poder (por algum outro motivo.) » Em relação a *testante*, porque não chamam *julgante* o juiz que está proferindo a sentença ; *orante* o deputado que está fallando, *pintante* o artista que ainda não terminou a pintura ?]

Em um projecto de 1.814 artigos era natural escaparem algumas inadvertencias. Não devem ser tratadas com demasiada severidade, quando no parecer, demorada e cuidadosamente escripto, ha descuidos de toda a especie. Disse, por exemplo, o douto censor, em nota ao art. 10 da parte geral :

« Para que fallar em *parte especial*, a proposito dos arts. 487 e 488, quando a *parte geral* tem dezoito artigos ? »

Note-se que *dezoito* está escripto por extenso e não figura na errata. A parte geral tem *cento e oitenta e tres* artigos.

E annotando o art. 1.678 :

« Como não ser da *parte geral*, o art. 27, se a parte especial principia *no art. 184*, e a lei preliminar acaba no art. 17 ! »

A lei preliminar acaba no art. 18.

Muitos supõem que a extrema severidade e a meticulosa pesquisa do Sr. Senador Ruy Barbosa não permittiriam ficasse sem reparo algum descuido na redacção ou na impressão do projecto.

Não succedeu assim. Nimiamente preoccupado

com as virgulas, as crases e outras miudezas, em que tambem desacertou algumas vezes (\*), elle deixou de perceber lapsos evidentes. Clovis memorou o caso interessante do art. 54: illudido por um erro typographico, o Sr. Ruy Barbosa transformou *cousas destinadas á alienação em generos alimentares*. Aponderei agora outro:

Disponha o projecto primitivo, tratando da tutela dos maiores:

« Se o tutelado tiver filho menor ou por nascer, o poder do seu tutor estender-se-ha sobre a pessoa e os bens d'elle. »

Esse artigo foi, em uma das revisões, substituido pelo seguinte em que parece ter havido alguma troca de palavras:

« A autoridade do curador estender-se-ha aos filhos e bens do seu curatelado, nascido ou nascituro. »

E' escusado dizer que a autoridade do curador estende-se aos bens do curatelado. O sentido era: *aos filhos e aos bens desses filhos*.

*Nascido ou nascituro* parece referir-se a *curatelado*, e assim encontraremos *filhos do nascituro*.

O Sr. Ruy Barbosa, cujo espirito se occupou com a utilidade de fazer uma referencia ao art. 468, § unico, a isto limitou-se, redigindo a emenda:

« A autoridade do curador estender-se-ha *aos filhos e bens do curatelado, nascido ou nascituro*, (art. 468 § unico). »

Basta.

OLIVEIRA FONSECA.

---

(\*) Não me quero occupar com essas minudencias. Entretanto, copiarei em nota unicamente para justificar o meu asserto, o que se lê na emenda ao art. 100: fundado temor de damno à sua pessoa, à sua familia, ou a seus bens. » Se o artigo, nos dous primeiros casos (em que o ouvido o não distingue) era tão necessario, que se devia represental-o por uma notação orthographica, por que dispensal-o no ultimo? E se era (como era) dispensavel no ultimo, por que nos dous primeiros exigli-o para os olhos?

1870  
1871  
1872  
1873  
1874  
1875  
1876  
1877  
1878  
1879  
1880  
1881  
1882  
1883  
1884  
1885  
1886  
1887  
1888  
1889  
1890  
1891  
1892  
1893  
1894  
1895  
1896  
1897  
1898  
1899  
1900





# Os Civilistas da Republica Argentina

## I

Mais de uma vez se tem feito o reparo de que desconhecemos, nós outros, os ibero-americanos, o movimento intellectual dos nossos visinhos, dos quaes nos deviam, entretanto, approximar as sympathias naturalmente suscitadas, pelas affinidades ethnicas, uma fórmula geral de cultura commum e contactos, quer historicos quer geographicos.

Proclamando a nossa independencia politica, ficamos ainda presos á Europa, que nos chamára á luz da civilisação, pelos vinculos indestructiveis da filiação social e do prestigio tanto intellectual quanto economico. E' pelo pensamento europeu que nos interessamos; são as suas conquistas intellectuaes que procuramos assimilar e reflectir; como são ainda os capitaes do velho mundo que principalmente fecundam o solo ubertoso das nações sul-americanas.

Embevecidos na contemplação dos primores que a arte tem creado na Italia e que as lettras vão produzindo na França; admirados deante das cogitações profundas da Allemanha, querendo fruir os gozos que promettem as industrias francezas, belgas ou inglezas; não sabemos quasi que ao nosso lado tam

bem ha quem viva pela idéa, quem prosiga os altos fins da cultura geral humana.

Mais, porém, do que as razões sociologicas da filiação historica, contribue para que esse estado de espirito a incontestada superioridade dos europeus, nos diversos dominios intellectuaes. Conseguissemos dar ás nossas energias mentaes intensidade bastante para que os seus productos pudessem competir vantajosamente, na poesia, nas artes, na sciencia e na philosophia, com o que as nações mais adiantadas da Europa exportam para nós, e forçariamos certamente a attenção do mundo a nos considerar mais detidamente.

Devemos, entretanto, attender a que nem todas as nossas manifestações intellectuaes são despididas, nem toda a nossa litteratura é um reflexo incolor das agitações mentaes que abalam o espirito europeu. Em alguns dominios já conseguimos aprendizagem sufficiente e em outros, vamos trabalhando honesta e efficazmente.

Para que esse esforço seja mais fecundo, é, todavia, necessario, que lhe demos consistencia e continuidade pela tradição litteraria e scientifica; que o tornemos consciente e seguro pelo conhecimento do nosso proprio valor; e que o saibamos vincular á vida intellectual do mundo, enfrentando os problemas geraes da philosophia, da sociologia e do direito, fazendo soar notas verdadeiramente humanas na poesia e no romance. Emquanto os nossos impulsos litterarios e scientificos não seguirem essa orientação, arriscam-se muito a perder-se ignorados na penumbra de nossa obscuridade.

Não sómente cada uma das nações latino-americanas trabalham isoladas de suas visinhas e irmãs, porém, o que é ainda mais grave, não conseguiram imprimir em suas litteraturas um movimento de

evolução espontanea. Não existe aqui filiação de escholas. As phases litterarias nos apparecem, não porque as formas se tenham gasto pelo uso, mas porque, na Europa, os modelos se substituíram.

Procede este lastimavel estado de cousas de que não estudamos os nossos auctores, não procuramos penetrar-lhes o espirito com intelligencia e sympathia, para continuar-lhes a empresa mal acabada. E', portanto, necessario reagir, desfazendo os nevoeiros que nos circundam, produzindo largas projecções de luz sobre os productos intellectuaes da America latina, para que elles possam ser utilizados no vasto laboratorio da cultura universal. Mas quando essas projecções não puderem ser fortes, não percamos a occasião de abrir a mais ligeira fresta, por onde se escape um raio siquer de claridade. E' o que agora pretendo fazer.

## II

Apezar dos louvaveis esforços de GARCIA MEROU <sup>(1)</sup> e desses sympathicos chilenos que têm vertido para o hespanhol as joias mais brilhantes de nossa poesia, creio poder affirmar que, de todas as producções intellectuaes, é o direito o que tem conseguido transpor as fronteiras de seu paiz de origem, exercendo certa acção propulsiva no sentido do progresso geral. Mas isso mesmo com que parcimonia e quam espadadamente !

Os congressos internacionaes e as codificações foram os instrumentos dessa permuta de idéas.

BOLIVAR tivera o pensamento de reunir, em assembléa de amigos, os representantes dos diversos Estados da America latina, para dar-lhes força pela

<sup>(1)</sup> *El Brasil intellectual*, Buenos-Aires, 1900.



aproximação e facilitar-lhes o travar das relações internacionaes. Essa primeira tentativa, embora fallha, não foi de todo perdida, porque o germen por ella trazido tem, por mais de uma vez, tomado impulso, como nos dois congressos de Montevideo ; para não só fallar delles, o de 1888, que teve por fim assentar as bases do direito internacional privado, e o de 1901 de intuitos mais extensos, porem, mais abstractos, é força reconhecer. <sup>(2)</sup>

Quanto ao movimento de codificação, que se communicou á toda America do Sul, limito-me a recordar que o codigo chileno exerceu uma poderosa acção sobre os trabalhos congeneres das nações vizinhas, sendo cuidadosamente estudado onde não foi imitado ; e que o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS logrou a fortuna de se constituir a fonte principal do codigo civil argentino e uma das mais copiosas do uruguayano, ao lado do codigo civil chileno, do codigo civil francez e do *Projecto* do Goyena.

Essas aproximações e influxos teem sido pouco numerosos e de repercussão pouco duradoura ; de modo que, si alguns nomes de jurisconsultos sul-americanos sobresaem e se repetem com acatamento por entre os cultores do direito nesta parte do mundo, si alguns livros desses homens adquiriram auctoridade ou, pelo menos, se fizeram lidos, ainda não podemos dizer que a litteratura juridica de qualquer dos povos sul-americanos seja sufficientemente conhecida fóra das fronteiras do paiz de origem.

Conhecem por ventura os brasileiros, sufficientemente, a litteratura juridica argentina ? Posso

---

(2) Refiro-me ao segundo Congresso scientifico latino-americano, em que tomaram parte alguns brasileiros entre os quaes o Dr. Manoel Victorino e o Dr. Sá Vianna. Este ultimo ali apresentou o seu bello estudo sobre *Arbitragem internacional*.



affirmar que não. E foi para incital-os a travar conhecimento directo com ella, que me lembrei de lhes falar, a proposito de um novo livro argentino que me veio ás mãos, ácerca do desenvolvimento que tem tido, na Republica transplatina, o estudo de direito civil,

### III

Partamos do codigo civil, e, como é de justiça, destaquemos em primeiro logar o illustre Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, que com galhardia se desempenhou da ardua missão de preparar o *Projecto* que se converteu na lei civil geral da Republica Argentina.

Não se procura, em obra desse genero, imprimir feição original; mas, ainda que o plano e a maior parte das soluções especiaes tenham emergido dessa copiosa e crystalina fonte do *Esboço* do eximio TEIXEIRA DE FREITAS, ainda que SAVIGNY, ZACHARIÆ, AUBRY ET RAU, TROPLONG, MARCADÉ, GOYENA tenham assignalado a sua acção sobre o articulado do codigo civil argentino, é certo que o espirito do jurisconsulto alli se revela nessa mesma escolha criteriosa de contribuições tam differentes. E não é simplesmente o preparo do *Projecto* do codigo civil que recommenda Velez Sarsfield aos cultores da litteratura juridica. São principalmente as notas eruditissimas que lhe esclarecem os dispositivos e explicam as preferencias dadas a certas soluções mais graves. <sup>(3)</sup>

Teem os criticos apontado erros de doutrina e mesmo citações pouco exactas nessas notas, aliás tam interessantes. Esses mesmos, porem, não des-

---

<sup>(3)</sup> *Codigo civil de la Republica Argentina*, Buenos-Aires, 1889, Felix Lejouane ed.

conhecem o que acabo de affirmar, elogiando o methodo, a exposição e a riqueza de ideias da obra de SANSFIELD.

Entre os criticos mais rigorosos do Codigo Civil e do seu auctor, deve apontar-se um dos mais dedicados cultores da jurisprudencia na Republica Argentina,—o Dr. Lisandro SEGOVIA. Escreveu elle *El codigo civil con su explicacion e critico bajo la forma de notas*, e o *Codigo civil anotado*. (4)

A par do grande saber, nota-se nos livros de SEGOVIA um tom de polemica irritadiça que não vae bem com a serenidade das exposições scientificas. A respeito de seus ataques ao Dr. LHERENA, diz RIVAROLA : « Nunca vi, no terreno da sciencia, uma aggressão tam pessoal, tam cruel e desapiedada. As irreverencias de SHOPENHAUER contra KANT nos fundamentos da moral são caricias e lisonjas ao lado d'aquelle livro ; o livro de direito quasi desaparece deante do pamphleto. » (5)

A victima dessas objurgatorias é o Dr. Baldomero LHERENA, auctor do *Derecho civil, concordancias e comentarios*, um reverente admirador da obra de SANSFIELD, e um dos civilistas mais respeitados no foro de seu paiz.

O Dr. J. C. MACHADO havia collaborado com SEGUISAMON na *Instituta do codigo civil argentino*, cujo intuito era facilitar o manejo do codigo civil e dar de sua doutrina uma synthese sufficientemente clara. Mais tarde emprehendeu trabalho de maior tomo com a sua *Exposicion y comentario del codigo civil argen-*

(4) Buenos-Aires, 1894. Esta obra é complemento da anterior que, aliás, consta de simples anotações, muito concisas ainda que valiosas pela finura das observações e pela sciencia que concentram.

(5) *Instituciones del derecho civil argentino* por el Dr. Rodolpho RIVAROLA, Buenos-Aires, 1901.

тино <sup>(6)</sup> em que a discussão se desenvolve com largueza e erudição.

MIGUEL SAEZ escreveu *Observaciones criticas*, e J. M. GUSTAVINO as *Notas al codigo civil*, ás quaes fazem os criticos referencias benevolas.

A estes estimados civilistas veio juntar-se Rodolpho RIVAROLA, tam conhecido entre os estudiosos do direito criminal por sua *Exposición e critica do codigo penale* e por seu *Projecto de codigo penal*.

O livro do Dr. RIVAROLA <sup>(7)</sup> é uma exposição clara, simples, methodica do direito civil em vigor na Republica Argentina, destinada especialmente a auxiliar os que se iniciam no estudo do direito civil. Não obstante, pensa o auctor, e creio que pensa acertadamente, poderá tambem interessar ao jurisconsulto que, tendo um conhecimento completo do direito, deseje dar coordenação systematica ás ideias adquiridas, ou pelo menos, um meio seguro de recordal-as opportunamente.

O plano das *Instituciones* é a exposição systematica geralmente accepta hoje pelos melhores mestres. Depois de uma introducción, abre-se o livro pela *parte geral*, onde as noções do direito civil, das suas fontes e dos elementos constitutivos das relações de direito são apresentadas em traços firmes ainda que não demorados.

Poderá parecer impropria desta parte a theoria geral das obrigações, porque as obrigações já constituem uma relação especial de direito. Mas o auctor talvez allegue em sua defeza que esta theoria reveste-se de uma fórmula tam abstracta e geral que certamente não cabe mal onde elle a collocou.

A parte especial começa pelo direito da família,

<sup>(6)</sup> Buenos-Aires, 1900, 8 vols.

<sup>(7)</sup> *Instituciones* citadas, 2 vols.



passa ao direito das cousas em cujo portico se encontra o instituto da posse, segue pelo direito das obrigações, e termina com o direito hereditario.

Esta não é, como se sabe, a ordem em que a materia do direito civil se desdobra no codigo argentino, que adoptou a classificação preconizada por Teixeira de FREITAS. <sup>(8)</sup> E', porem, a ordem que resulta da concepção systematica do assumpto, da seriação hierarchica das noções segundo a sua generalidade decrescente, partindo do abstracto para o concreto e segundo as suas dependencias logicas.

Fez bem o illustre professor em preferil-a, ainda que para isso tivesse de pôr-se em opposição ao codigo civil de sua patria, a tantos respeitois digno da estima e da meditação dos que estudam o direito sob o ponto de vista elevado do methodo historico e comparativo. As *Instituciones*, revelando o progresso que a sciencia do direito tem realisado na Republica Argentina, contribuem para maior realce de um codigo que tem sido o inspirador dessa corrente de ideias tam brilhantemente reveladas nos livros a que aqui me tenho referido e dos quacs as *Instituciones* constituem a synthese e como que a floração.

Recife, 12 de Fevereiro de 1903.

CLOVIS BEVILAQUA.



---

<sup>(8)</sup> *Consolidação (Introdução e articulado) e Esboço.*





## PARECER

### Da Commissão da Faculdade de Direito do Recife sobre o Projecto da ereação de uma Universidade no Rio de Janeiro.

Nomeados para emittir parecer ácerca dos Projectos de organização de um instituto universitario na capital da Republica, vimos trazer, ao conhecimento da illustrada Congregação da Faculdade de Direito do Recife, o resultado do nosso exame, dando assim cumprimento á tarefa que nos foi commettida. Não é o parecer que apresentamos uma analyse circumstanciada dos alludidos Projectos, nem a exposição completa e detalhada do que pensamos em referencia a assumpto de tão alto valor qual é o da organização do ensino superior. Limitamo-nos a destacar idéas que nos pareceram susceptíveis de critica por inadptaveis quer ao nosso meio quer aos fins do instituto projectado, e a consignar o nosso applauso, quando o plano, ao nosso ver, se harmonisou com os verdadeiros interesses da instrucção especial e technica a cujo desenvolvimento deve o paiz consagrar os mais desvelados esforços.

Dois são os Projectos que nos foram apresentados.

Para maior clareza de exposição, vamos apreciá-los em separado. Antes, porém, de os enfrentarmos, convém que algumas palavras sejam dictas em referencia ao *valor social e scientifico da Universidade*.

Rejubilaria, sem duvida, o nosso patriotismo, si a criação de uma Universidade viesse dar impulso ao desenvolvimento da instrucção superior no Brazil, e os bem intencionados esforços do Governo Federal nesse sentido têm para nós um alcance elevado, pela idéa que traduz de dar uma organização nova, mais efficaz, mais completa, mais satisfactoria a esse ensino superior que tantas reformas já tem soffrido sem vantagens apreciaveis. Mas não somos daqueles que vêem na criação de uma Universidade brasileira a condição necessaria para que a instrucção superior se exalte e brilhe em nosso paiz com o vigor e a intensidade que reclamam os nossos impulsos de progresso e as nossas ambições de glorias.

A acção mais poderosa que a Universidade pode exercer sobre a mocidade e, em geral, sobre o meio social, é a de dar á instrucção publica em seu mais elevado gráo, a unidade de que ella necessita, é a de manter uma larga base sobre a qual se desenvolvam as especialisações sem romper os laços de interdependencia que existem entre os diversos ramos dos conhecimentos humanos que têm por objecto a natureza, o homem e a sociedade.

Mas, para alcançarmos esse resultado, de quantos nucleos universitarios teriamos necessidade?

De quatro ou cinco, e concebidos de modo a crearem relações estreitas entre as differentes faculdades.

Difficuldades de toda ordem embaraçariam a

execução desse plano, mas si conseguíssemos vencel-as teríamos, em compensação, a ventura de colher o melhor fructo que pode produzir a organização universitaria.

### PROJECTO AZEVEDO SODRE'

O pensamento capital deste Projecto é fazer uma adaptação, ao nosso meio, do typo universitario allemão, aliás sem adoptar o seu arranjo scientifico e algumas das particularidades mais notaveis de seu mechanismo interno.

A Universidade é, ao mesmo tempo, um estabelecimento publico dirigido e fiscalizado pelo Estado, e uma livre corporação de cultores da sciencia, gozando de certa autonomia administrativa e de completa independencia scientifica, <sup>(1)</sup> ou, como diz o art. 1 do Projecto, é um instituto de ensino «gozando de personalidade juridica e de autonomia didactica, administrativa e disciplinar, sob a vigilancia do Estado. »

Os professores distribuem-se por tres classes: os docentes livres, os professores extraordinarios e os ordinarios.

A nomeação dos professores e o seu accesso obedecem a um systema semelhante ao da Allemanha.

Emfim, as idéas capitaes da organização da Universidade foram, como confessa o Sr. Dr. Azevedo Sodré, hauridas na Allemanha.

As Universidades allemães têm uma tradição gloriosa. SAVIGNY achava que a sua patria se devia orgulhar de ter encontrado a forma especial de suas Universidades, forma que permite a todo talento a

---

<sup>(1)</sup> PAULSEN.—*Die deutschen Universitaeten*, Berlin, 1902, p. 92—96.



sua livre expansão, que garante aos estudantes a mais plena liberdade, e que facilita a assimilação de todo progresso scientifico.

O modelo não podia ser melhor, portanto. Mas não poudeser adoptado em sua totalidade, e não é licito esperar que o mechanismo incompleto dê os mesmos resultados que o organismo integro.

Algumas vezes, é certo, força era pôr de lado o modelo como em relação ás faculdades componentes da Universidade.

As faculdades que constituem o corpo universitario allemão, segundo o typo classico, são: — a de theologia, a de direito, a de medicina e a de philosophia. Excluida a primeira, que, entre nós, não teria razão de ser, desde que a organização do instituto é acto de um Estado absolutamente neutral entre as religiões e essencialmente leigo, e desde que as religiões, como objecto de investigações scientificas, constituem um ramo dos estudos sociologicos, restariam as tres ultimas.

O Projecto, porem, entendeu de bom aviso transformar a faculdade de philosophia em faculdade de lettras, e achou materia para formar duas outras: — a de mathematicas com applicação á engenharia e a de sciencias physicas e naturaes.

Nada diremos dessa organização que nos parece acceitavel, por aproveitar elementos que já existem.

Ponderaremos sòmente que cumpre attender ao estudo das sciencias naturaes e historicas, assim como da logica, da psychologia e da philosophia na faculdade de lettras, para que ella possa aspirar a desempenhar, entre nós, ainda que mais modestamente, missão similhante á que na Allemanha foi assignalada ás faculdades de philosophia, quer como institutos de conservação e diffusão do progresso scientifico em sua feição puramente theorica, quer



como eschololas preparadoras tanto dos estudantes que se destinam a outros cursos, quanto dos candidatos ao magisterio superior. <sup>(2)</sup>

Tambem nos agrada o systema de eleição do corpo docente da Universidade, por « crear, como diz o auctor do Projecto, um estimulo perenne e uma emulação salutar que concorrerão não só para elevar o nivel da instrucção no nosso professorado, como tambem para fomentar a instituição de uma litteratura scientifica brasileira. »

O candidato ao magisterio começa como docente livre. Si revelar aptidão intellectual e moral, será promovido a professor extraordinario, mediante concurso de trabalhos e titulos. De professor extraordinario, passará, pelo mesmo processo, a ordinario. Embora tenha attingido ao posto mais elevado de sua carreira, não cessa para o professor ordinario a necessidade de trabalhar e de estudar, pois, ao seu lado, os docentes livres e os professores extraordinarios mantêm cursos que hão de estar com o seu em constante emulação.

Não somos adversos ao concurso como tem sido executado entre nós, mas quer nos parecer que o systema proposto offerece, ao candidato, mais ensanchas para que manifeste as suas habilitações, e aos que o têm de julgar, base mais segura de julgamento.

Resta saber, entretanto, si poderemos pol-o em pratica, dada a tibieza do nosso amor ao estudo.

O que temos por de todo excusado, nesta parte da reforma, é o rejeitarem-se as designações tradicionaes de lentes substitutos e cathedraticos, sem duvida alguma, mais de accordo com as funcções declaradas nos estatutos da Universidade, do que as de professor ordinario e professor extraordinario.

(2) PAULSEN, — *op. cit.* p. 528—540.

Este ligeiro commentario feito ás idéas do Projecto até aqui consideradas, apesar de não estar com ellas em perfeita consonancia, deixam perceber mais as notas de accordo do que os reparos dubitativos. Muitos pontos ha, porém, que mais abertamente nos arastam do Projecto.

Assim é que o art. 4.º, § 1.º, assignala como função da Universidade «ministrar a instrucção secundaria e superior, por intermedio de suas faculdades, tendo em mira dar ao ensino um cunho eminentemente pratico e profissional, deixando de lado, *tanto quanto for possível*, as preocupações theoricas e doutrinarias,» e esta orientação não nos parece a mais conveniente ao levantamento do nivel intellectual do ensino, nem tão pouco a mais propria a desenvolver a *litteratura scientifica nacional* a que allude o Projecto logo em seguida ao passo transcripto.

O abuso das especulações, o excesso de idealismo e os desregramentos da metaphysica trouxeram como reacção o desamor das theorias, o desprezo pelo doutrinarmismo.

Hoje, porem, o equilibrio mental vae tendendo a se restabelecer nestes dominios, já se tendo chegado á comprehensão de que, sem a theoria em sua forma pura e elevada, o estudo perde muito de sua flexibilidade e extensão, prepara os profissionaes, os praticos, os que sabem lutar pela vida, mas não suscita essa classe especial de homens que vivem da sciencia e para a sciencia. De tal facto resulta um movimento mais moroso na marcha ascencional da sciencia, quando não o desvio ou o regresso.

O ensino, em todos os seus grãos, deve combinar, n'um feliz consorcio, a theoria e a pratica, a utilidade immediata da applicação e a vantagem mediata, porem de alcance mais alto, da investigação estimulada pelo puro amor da sciencia.

Nem se diga que não tem valor a nossa observação, por se tractar de um simples voto emitido pelo Projecto em um dos seus dispositivos.

O que é certo é que esse voto resume a orientação a que deve obedecer a organização do ensino superior, segundo os moldes propostos, e este facto o colloca muito em relevo entre os pensamentos directores da reforma. Não podemos tambem acompanhar o Projecto na parte em que declara que os titulos e diplomas conferidos pelos Institutos Estaduaes « só darão direito ao exercicio profissional, após approvação em exame de estado feito perante a Universidade. » Não podemos acompanhá-lo pela razão imperiosa, si outras não houver, de que o legislador ordinario não pôde cercear direitos que a Constituição federal outorgou aos Estados, como é o de crearem os seus estabelecimentos de ensino superior, e a condição imposta pelo Projecto acarreta como consequencia uma limitação aos direitos dos Estados.

Diz a Constituição federal, no seu art. 35, que incumbe ao Congresso federal *mas não privativamente*: ... § 3.º *crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados.*

Deste dispositivo se conclue que foi reservada aos Estados a faculdade de organizar o serviço da instrucção superior, cumulativamente com a União. E si attendermos a que o art. 65 assegura aos Estados: ... § 2.º, — *em geral todo e qualquer poder ou direito* que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição, convencer-nos-emos de que não ha outra intelligencia a dar ao citado preceito constitucional.

Não ha, cremos nós, materia para duvida possivel neste ponto, mas como o apoio das auctoridades



é sempre valioso, recordamos que o nosso modo de vêr se acha corroborado pelo que diz, em seus commentarios, o illustre Dr. João Barbalho. <sup>(3)</sup>

Si os Estados podem fundar estabelecimentos de ensino superior e dar-lhes a organização mais consentanea com os seus fins, é forçoso reconhecer que os titulos conferidos por esses estabelecimentos de ensino superior hão de ter valor e efficacia, pelo menos, dentro dos limites dos respectivos territorios.

O Projecto, portanto, contraria a Constituição federal, quando sem fazer ressalva alguma, submette a novo exame perante a Universidade, os titulos conferidos pelos institutos de ensino superior que os Estados crearem no exercicio de direito que a Constituição lhe assegura.

A Universidade tem, pelo Projecto, um character de repartição fiscal, como arrecadadora do imposto de sello pago pelos funcionarios nomeados pelo reitor e pelos directores de faculdades, e como emissora de sellos adhesivos especiaes para certidões e outros documentos de character universitario.

Julgamos que essas attribuições não se harmonisam bem com os fins da Universidade e que a actividade despendida em operações dessa ordem prejudicará as funcções proprias que o instituto é chamado a desempenhar, funcções delicadas e especialissimas das quaes depende a formação da mentalidade brasileira.

Sabemos que esse alargamento de competencia da Universidade procede do facto de se querer constituil-a estabelecimento economicamente autonomo, vivendo, desde que fôr possivel, de seus proprios recursos.

Mas o nosso receio de que, entregue aos seus

---

<sup>(3)</sup> *Commentarios*, pag. 135, ao art. 34 n. 30,



proprios recursos, venha a Universidade a definhar sinão a desapparecer, longe de acceitar essa justificativa, mais nos avigora no sentimento de que o Estado não pôde afastar de si a obrigação de fornecer o ensino em todos os seus grãos, quando o povo é fraco ou moroso em seu desenvolvimento intellectual e quando a população é disseminada e pobre.

Algumas vezes, o Projecto alarga as attribuições da Universidade a tal ponto que ou ella não cumprirá os seus deveres ou servirá de obstaculo ao livre desenvolvimento do ensino. Cabe-lhe, por exemplo, (art. 4 § 13): verificar as habilitações dos alumnos que estudarem humanidades no Districto federal e dos candidatos a exames de preparatorios em toda a Republica. Si entendermos esta attribuição com a amplitude que resulta dos termos em que é expressa, diremos que é exorbitante e offensiva dos direitos dos Estados. Si, porém, se refere ella aos preparatorios exigidos para a matricula nos cursos da Universidade, parece-nos que empregou o Projecto uma redacção menos clara neste passo, porque o que pôde razoavelmente fazer a Universidade é *organizar as mesas examinadoras que devam julgar as habilitações dos candidatos a exames de preparatorios*, como nolo diz o art. 13 n. VIII.

Outras vezes o Projecto especialisa em excesso as funcções da Universidade. Entre essas funcções se assignalam, por exemplo, as seguintes:—promover estudos especiaes sobre a flora e a fauna brasileiras; promover e levar a effeito a confecção de um código pharmaceutico (codex medicamentarius); tomar conhecimento das formulas das especialidades pharmaceuticas e conceder áquellas que merecerem sua approvação a competente licença para a venda em todo o Brazil (art. 4 §§ 15, 16 e 17). As duas primeiras attribuições, por sua especialização, entram

mais naturalmente na esphera da competencia das faculdades de sciencias physicas e naturaes e de medicina, do que no circulo das funcções geraes da Universidade.

A ultima importa em transformar a Universidade em repartição de hygiene publica, o que nos parece desvantajoso para ella, como corporação essencialmente scientifica, que está em seu papel emittindo pareceres, mas que delle se afasta quando exerce auctoridade extranha á funcção didactica que lhe é peculiar.

Não pretendemos ser minuciosos em nossos reparos. Deixamos, por isso, de considerar outros pontos em que as idéas do Projecto nos parecem susceptíveis de critica. Do que já dissemos resulta, bem accentuado, o nosso modo de ver.

Ha tambem certas particularidades, como a dos honorarios, a da inferioridade em que se pretende collocar as faculdades de direito, e a preferencia concedida ás faculdades livres de direito sobre as officiaes, que intencionalmente, nos abstemos de discutir, para que não nos acoimem de suspeitos.

Ha, finalmente, pontos que sómente valeria a pena examinar por occasião de ser elaborado o Projecto definitivo da organização da Universidade.

Entra nesse numero a divisão do anno lectivo em dois semestres, sem que, aliás, medeie entre ambos um periodo de ferias, divisão cujas vantagens não percebemos.

## PROJECTO LEONCIO DE CARVALHO

Mais prudente reformador do que o auctor do Projecto que acabamos de apreciar, o Sr. Dr. Leoncio de Carvalho ergue a construcção da futura Universidade sobre os solidos fundamentos da tradição

nacional, consolidando as disposições vigentes, modificando-as e ampliando-as de modo a se adaptarem á nova ordem de cousas.

Além disso, o Sr. Dr. Leoncio de Carvalho não se limita a dar os lineamentos geraes da Universidade. Expõe, em traços mais seguros, a organização geral e apresenta as disposições especiaes referentes ás faculdades de direito, de letras e diplomacia e de commercio, deixando apenas á competencia de especialistas o preparo dos estatutos das faculdades de medicina e engenharia.

O primeiro reparo, que nos occorre fazer ao plano do illustrado lente da Faculdade de direito de S. Paulo, é em relação á faculdade de commercio.

O commercio é profissão nimiamente pratica. Deve ter por base intellectual, alem do preparo geral fornecido pela instrucção secundaria commun, o tirocinio feito em escholas especiaes, onde se ministrem os conhecimentos essenciaes á vida commercial de um modo mais pratico do que theorico, onde, n'uma palavra, se formem os directores de estabelecimentos mercantis e os auxiliares do commercio.

A taes escolas não cabe, de modo algum, o titulo de faculdades, nem as collocaremos bem n'um curso universitario.

Não ignoramos que, na Allemanha, o ensino commercial tem se transformado consideravelmente ao influxo da sciencia e de uma comprehensão mais exacta do commercio como funcção vital da sociedade, e que esta transformação, que outros paizes procuram assimilar, tem ido até o ponto que o Projecto ambiciona para o Brazil. Mas esse exemplo não destroe as nossas considerações, porque pensamos que a reacção em favor da melhoria da educação do commerciante vae se desviando de seu natural objectivo.



A organização da faculdade de letras não se-  
guio, a nosso vêr, a melhor orientação.

Curso de ordem superior, deve presuppor o co-  
nhecimento das linguas que actualmente se ensinam  
como preparatorios ou, pelo menos, da portugueza,  
da franceza e da ingleza, e, assim, o tempo despen-  
dido com o estudo dessas materias, segundo propõe  
o Projecto, será mais vantajosamente empregado,  
pensamos nós, com a aquisição de outros conheci-  
mentos indispensaveis a quem se exorna com a lau-  
rea de bacharel ou doutor em letras e diplomacia.

Entre esses conhecimentos releva notar o das  
noções geraes do direito, para que o estudo do di-  
reito constitucional e do administrativo tenha um  
ponto de apoio na sciencia mais geral de que essas  
disciplinas são simples ramos e da qual devem re-  
ceber a vida e a direcção. Uma cadeira de encyclo-  
pedia juridica ou de introdução á sciencia do di-  
reito se nos afigura, por isso, imprescindivel no ter-  
ceiro anno da faculdade de letras e diplomacia.

Mantem o Projecto a organização actual da fa-  
culdade de direito. Seria, entretanto, de bom aviso  
aproveitar o momento em que se remodela todo o  
ensino superior do paiz, para retocar, pelo menos, a  
distribuição das cadeiras do curso juridico cujos si-  
nões a pratica tem revelado, como ainda não faz um  
mez nol-o indicava o Dr. Laurindo Leão em sua  
*Memoria historica*

O estudo do direito romano, no primeiro anno  
do curso, é improprio para prender a attenção do  
alumno e para suscitar-lhe amor pela sciencia em  
que se inicia. Representando uma civilização ex-  
tincta e a base do direito civil dos povos occidentaes,  
em maioria, o estudo do direito romano tem um ca-  
racter historico e illustrativo que melhor se desta-



cará, si fôr feito em combinação com o estudo do direito privado nacional.

Os phenomenos de ordem economica, sendo os mais simples e os mais geraes da vida social, deviam estar collocados no limiar do curso, tanto mais quanto o conhecimento delles é base necessaria para o direito commercial que hoje não se estuda sinão á luz da economia politica.

O direito internacional privado, que joga com o direito civil, o commercial e o processual, não pôde ser assimillado pelo estudante que ainda ignora essas materias por completo, tendo apenas prnetrado no campo introductorio do direito civil.

O logar proprio dessa disciplina, que, por seu extraordinario desenvolvimento, merece ser posta mais em relevo no curso juridico, é ao lado da legislação comparada sobre o direito privado, da qual é uma das mais interessantes applicações, e em seguida ao direito civil e commercial cujo funcionamento modifica e completa.

A philosophia do direito melhor ficaria como coroamento do curso juridico, cujos resultados deve synthetisar, do que no primeiro anno onde mais proveitoso seria um olhar de conjuncto sobre a sciencia juridica tal como o pôde fornecer uma introdução ao estudo do direito. A historia do direito, por intermedio da qual, a jurisprudencia se constitue um dos mais valiosos repositorios de documentos sociologicos, é indispensavel para que se forneça, ao estudante uma educação juridica integral.

Estas observações nos levariam a propôr uma reorganisação do curso juridico official, reforma que nos parece mais urgente, mais valiosa mesmo do que a creação de uma Universidade, si não suppussemos que, assim procedendo, exorbitariamos da missão que nos foi confiada. Em todo caso deixa-

mos dito o sufficiente para se conhecer como reorganisaríamos a seriação das disciplinas estudadas nas faculdades de direito, si tivéssemos de apresentar, nesta parte, um substitutivo ao Projecto.

São estas as reflexões que nos occorreram ao lermos os trabalhos acerca dos quaes tínhamos de emittir juizo.

Destes parcos elementos, a Congregação da Faculdade de Direito do Recife saberá extrahir o que fôr digno de apreço, accrescentando o que a sua experiencia dictar para bem esclarecer o assumpto, correspondendo assim ao appello do Governo, empenhado em realizar uma reforma que interessa muito de perto ao futuro intellectual do Brazil.

Recife, 4 de Abril de 1903.

(Assignados) CLOVIS BEVILAQUA.

DR. CONSTANCIO PONTUAL.

DR. VIRGINIO MARQUES C. LEÃO.

DR. ADOLPHO T. DA C. CIRNE.

DR. TITO DOS P. DE A. ROZAS.





## Do Infanticidio

SUA EVOLUÇÃO NOS COSTUMES, NA DOCTRINA  
E NAS LEIS. CRITICAS AO PONTO DE VISTA DOS NOSSOS  
DOIS CODIGOS PENAES. OBSERVAÇÕES  
A RESPEITO DA MINORANTE *causa honoris*.

Varios são os aspectos com que se apresenta no drama da Historia a entidade criminosa de que pretendo occupar-me, quer procure-se estudal-a nas phases primitivas da familia humana, quer nos textos das leis mais ou menos extravagantes dos povos em via de civilisação.

A principio mascara-se com o pretexto de tornar menos rude a lucta pela subsistencia material na communhão respectiva; depois, com o evoluir dos costumes, transforma-se lentamente, obedecendo ora a motivos religiosos, como em Carthago, ora a causas de ordem social, como em Athenas e em Roma.

Entre os selvagens o infanticidio é praticado em tão larga escala que seria fastidioso fazer a enumeração dos multiplos factos que o provam.

Não querendo, portanto, resvallar no terreno

safaro das minucias massadoras, procurarei limitar-me a alguns exemplos.

Uma das regras mais generalisadas é a que consiste em matar os filhos nascidos após o segundo parto, principalmente se pertencem ao sexo feminino, porque, vivendo as tribus ainda na phase militar das aventuras guerreiras, sem pouso fixo, consideram as mulheres como um entrave. D'este desgraçado uso fornece provas irrecusaveis toda a Melanesia.

N'outras regiões, na India, por exemplo, ou de Ceylão ao Hymalaia, o infanticidio é justificado pelas exigencias do culto, e isto não se dá somente entre os aborígenes de todo barbaros, mas tambem entre os Radypontes—o que nós chamariamos a *elite* social.

Os habitantes das ilhas Sandwich, os Boscurianos, os Hottentotes, os indios da America do Norte, praticam por sua vez o infanticidio, elevando-se, segundo Letourneau, a porcentagem das creanças assassinadas a dois terços dos recém-nascidos.

No Paraguay, onde as mulheres não toleravam mais de um filho vivo, o infanticidio constituia quasi a regra geral; e como, obedecendo áquelle vêzo, não poupassem senão o que nós chamariamos o *caçula*, succedia frequentemente ficarem sem prole.

Certas tribus africanas da parte meridional levam a paixão cynegetica a ponto de collocarem como isca nas armadilhas aos leões a carne tenra dos recém-nascidos; e algumas outras costumam ornar a mesa dos banquetes com as creanças reduzidas á posição obrigada das leitôas nos jantares campestres, o que se não é propriamente um festim de Trimalcião, capaz de satisfazer o appetite de epicuristas, é, em todo caso, para aquelles convivas um delicioso manjar de cannibae.



Chinezes, tasmanianos, pelles-vermelhas e esquimós costumam também matar os recém-nascidos quando perdem as mães, sob o pretexto de que estas não podem supportar a dor da ausencia na outra vida e ficam n'um desespero d'alma, emquanto não lhes levam os filhinhos ao *Killo* ou morada dos mortos para fazer-lhes companhia.

Em outros pontos é costume trucidar os gêmeos em obediencia a meras superstições, ou por estarem convencidos de que um homem não pode ser pae de mais de um filho de cada vez.

Ainda ha outras causas de infanticidio entre os selvagens, dos quaes, para resumir, destacarei somente as duas seguintes: por nascerem em dias nefastos, como na Ilha de Madagascar,—ou nas grandes crises em que a communhão se julga sitiada pela fome, como entre os Bari, segundo refere Stanley.

E como eu não queira ser justamente accusado de ter percorrido com exagero de pormenores essa floresta negra, passo adiante.

---

A terra sacratissima da Hellade, tendo vibrado aos sons da musa phenomenal de Homero que ainda hoje accorda os echos sympathicos da admiração universal, tendo sentido a extranha vegetação da febre em todas as manifestações da arte admittiu, em todo caso, o infanticidio em leis positivas.

Obedeceu provavelmente ás obstrusas opiniões de alguns philosophos que não julgavam o recém-nascido um ser humano; ou cedeu ao prejuizo das crenças do vulgo para quem o infante só podia gosar das garantias sociaes depois de haver bebido o leite materno.

Certo rei de Pergamo, Attalus de nome ou cousa que o valha, chegou a julgar-se com o direito de tirar a vida a todos os seus filhos, logo após o nascimento, pelo poderoso motivo pessoal de ter resolvido transmittir por gratidão a corôa a um seu sobrinho.

Lycurgo onthorgou o *jus vitæ et necis* sobre os recém-nascidos aos anciãos de cada tribu.

Reuniam-se, diz Plutarcho, em concelho solemne, n'algum edificio de antemão designado para recolhimento das creanças e, se as julgavam debeis ou defeituosas, eram precipitadas no sorvedouro de *Apothetas*, no sopé do monte *Taygete*, pelo motivo de não poderem servir a patria, nem prover á propria subsistencia.

Era precisamente o que hoje se poderia com razão entender por um curioso processo de selecção militar.

Em resumo, a verdade é que em toda a Grecia antiga e paizes visinhos esse attentado era visto com indifferença absoluta, como pode succeder hoje n'uma horda de selvagens.

Que o espirito immanente da Arte me perdõe, se, por dever do officio, eu fui obrigado sacudindo a poeira de velhos auctores, a apontar friamente essa mancha que se occulta no resplendor das glorias hellenicis !...

---

Não resta duvida que em Roma o infanticidio foi praticado, mas estudar os seus contornos, a maneira por que conseguiu viver n'aquella sociedade culta, onde trovejou o verbo de Cicero, ou os correctivos que soffreu no correr dos tempos, é questão mais difficil por causa da controversia dos doutores.

Disentem os sabios interpretes se a regra do *jus vitæ et necis* conferido aos paes era illimitada sobre os filhos ou somente podia ser exercida no caso de um delicto.

A qualificação de parricidio ao tempo em que abrangia o assassinato commettido sobre diversos membros da familia, designava tambem o homicidio do filho pela propria mãe, conforme se deprehende do texto seguinte: — *mater quæ filium filiamve occiderit, ejus legis penæ adficitur.*

Entretanto, se é certo que a lei, na disposição citada, apenas se refere à mãe, não ha duvida tambem que os vocabulos *filium filiamve* grammaticalmente só se podem applicar aos filhos adultos, e d'ahi o desaccordo.

Por outro lado erram os que acreditam sinceramente que a regra do *jus vitæ et necis* fortalece a opinião de que os romanos não punissem o infanticidio: porque, mesmo querendo admittir aquelle dispositivo no sentido mais lato, nada auctorisaria a d'elle fazer uso a mãe ou o pae natural, ou mesmo o legitimo que ainda estivesse *sub potestate*.

Parece fora de duvida que na legislação romana o infanticidio não teve um capitulo á parte, nem uma pena especial; mas o assassinato do filho pela propria mãe sendo punido como *parricidio*, os interpretes julgaram equitativo comprehender na regra geral o homicidio do recém-nascido.

Nem pode rigorosamente colher no caso a regra do *jus vitæ et necis* pelas tres razões seguintes:

— 1.º porque aquelle direito não era arbitrario; exigia uma razão determinante, um motivo justo, no qual não tivesse sido extranha a vontade da victima, o que seria impossivel admittir da parte do infante;

— 2.º porque só se considerava expressamente licito, segundo as leis de Romulo e das XII Taboas,

a respeito dos aleijões conforme se pode ver nas seguintes palavras :-- *portentosum vel monstruosum vel debile mulier ediderit, non humanæ figuræ, sed alterius magis animalis quam humanis* ;

— 3.º porque, tanto na primeira como na segunda hypothese, a decisão paterna não podia ser considerada absoluta, se não houvesse previamente sido consultado o concelho de familia.

Não ha, portanto, razão para crer que os romanos excluíssem da categoria dos factos delictuosos o assassinato do recém-nascido, antes parece licito affirmar que elles o contemplaram no titulo de *parricidio*, quando commettido pelos proprios paes, e no quadro geral do assassinato se praticado por extranhos.

Entretanto só no Codigo de Justiniano se encontra, porventura ainda em germen, o que no futuro deveria constituir a distincção famosa entre o assassinato do infante e do adulto, aliás baseada, não sobre os laços de sangue, mas sobre a fraqueza da victima, conforme dizem as palavras seguintes :

*Si quis necandi causa infantis piaculum aggressus, aggressave sit: sciat capitali supplicio esse puniendum.*

---

Do exposto verifica-se que a palavra *infanticidio*, como designativa de um crime especial, não foi usada entre os romanos.

Saber quando, em que lugar e por que motivo foi primeiro usado aquelle termo para dar a configuração propria de um crime totalmente destacado do assassinato e do parricidio, é um problema que, até mesmo ao sabio auctor do *Corso del Diritto Criminale*, se afigurou insolúvel.

A proposito diz Carrara : « O mais antigo traço



da palavra infanticídio encontro em 'Tertuliano—*in Apologia*—cap. 2; mas não sei precisar o momento em que surgiu entre os criminalistas o conceito da especialização do título. Outros de mais fortuna cortarão o nó. Ao meu ver, se não é possível dispor de um documento que o faça remontar a algum padre da Igreja, é preciso attribuir-lhe a origem á escola germanica subsequente á instituição Carolina.»

No emtanto a questão chronologica, por mais interessante que pareça, não é seguramente a que offerece maiores seducções aos espiritos indaga-dores.

Saber se foi um padre da Igreja, á sombra das Oliveiras, nas circumvisinhanças da cidade eterna, quem primeiro fez applicação do vocabulo *infanticídio* com o fim de designar o crime de morte praticado na pessoa do recém-nascido, ou se foi algum erudito nos confins da Germania, é assumpto capaz de satisfazer extraordinariamente á volupia intellectual de um nobre pesquisador de cousas mortas; mas não é cousa que sirva para offerecer incremento á questão ou dar-lhe o verdadeiro criterio da sciencia.

Outro tanto não se poderá dizer das pesquisas em relação ao desenvolvimento do conceito de infanticídio, á sua marcha no scenario da evolução juridica dos povos cultos, ao seu destaque como individualidade propria no texto das leis ou na elaboração da doutrina.

Importa saber como se destacou do conjuncto do homicídio na longa travessia dos seculos e por que causas constituiu o seu nucleo á parte no cosmos juridico.

---

Dois motivos poderiam ter concorrido para a especialização n'aquella phase primitiva: o odio particular contra aquelle crime, para lhe servir de alvo um ser desabrigado que em nada influira para o barbaro castigo; ou uma tendencia á benignidade, algo suspeita, para a mulher illegitimamente fecundada que tivesse em vista salvar a honra do seu nome.

Não haverá razão para perfilhar a primeira hypothese, se attendermos a que, figurando já o assassinato do recém-nascido no capitulo do *parricidio* punido então com a pena do *culeo* e outras ainda mais atrozes, difficil senão impossivel teria sido conseguir o augmento da penalidade.

Parece, portanto, em vista das penas em vigor, muito mais accetivel a hypothese da menoração.

Foi talvez por influencia d'aquella corrente que os *costumes* da Idade Media, reprimindo com a maxima severidade outros crimes de sangue, se mostraram relativamente brandos quanto á punição do infanticidio e do aborto.

E a propria igreja que fez esforços no sentido de reprimir tão barbaros usos; ella que reprovava com energia o crime de infanticidio; concorreu indirectamente para a sua manutenção, porque, não admittindo em caso algum a pena de morte, limitava-se, todas as vezes que lhe era entregue uma mulher accusada do assassinato do seu proprio filho, a punil-a com uma simples reclusão temporaria ou alguma outra pena menos grave.

*Les établissements de Saint Louis*, aliás confeccionados com approvação da igreja, não applicavam pena á mulher accusada do homicidio do seu primeiro filho; mas prescreviam que no caso de reincidencia fosse queimada viva.

O mesmo systema foi depois seguido pelo *Li-*

*vre des droits et des commandements*, onde se preceituava que da primeira vez a mulher culpada respondesse pelos tribunaes da igreja; mas no caso de reincidencia deveria ser condemnada pelos juizes leigos á pena do fogo.

Esses esclarecimentos fornecidos por Glasson no seu precioso livro *Droit et Institutions de la France* auctorisam-me a pensar que o fim da especialisação do infanticidio n'aquelle periodo longinquo foi uma tendencia á benignidade na punição, por uma especie de atavismo juridico, ou, se quizerem, um phenomeno regressivo aos velhos usos em que os paes inham sobre os filhos o direito de vida e morte.

A campanha dos escriptores, as exigencias da boutrina foram pouco a pouco corrigindo aquella drandura exagerada, a ponto de se conseguir mesmo nas legislações o extremo opposto, isto é, um rigor desmarcado.

Torna-se *sui generis*, em quasi todos os paizes da velha Europa real, o crime de infanticidio, enkista-se nos antigos *costumes* francezes.

O edicto de Henrique 2.<sup>o</sup>, publicado em Fevereiro de 1556, inaugurava um systema completo de repressão.

Dizia que « *toute femme qui se trouvera dument atteinte convaincue d'avoir celé, couvert et occulté tant sa grossesse qu'enfantement sans avoir déclaré l'une ou l'autre, ou avoir pris de l'un ou de l'autre temoignage suffisant, même de la mort ou de la vie de son enfant lors de l'issue de son ventre; et après se trouve l'enfant avoir ete privé tant du saint sacrement du baptême que de sepulture publique et accoutumée, soit telle femme tenue d'avoir homicidé son enfant et pour re-*

*paration publique, punie de mort et dernier supplice, de telle rigueur que la qualité particulière du cas le mériterait, afin que ce soit accompli à tous et que ci-après n'y soit fait aucun doute ni difficulté.*»

Segundo aquelle edicto confirmado por Henrique 3.º em 1556 e por Luiz XIV em 1708, a prova não precisava ser completa, bastaria basear-se em presumpções. Duas circumstancias seriam sufficientes para que a mulher fosse condemnada: 1.º *occulção da prenhez e do parto*; 2.º *a falta do baptismo da creança e o seu enterramento em sepultura não sagrada.*

— —

Na Germania onde tambem se deu a tendencia á benignidade, onde só as Capitulares constituiram uma excepção incluindo o'assassinato do recém-nascido na categoria dos homicídios voluntarios—*si quis infantem uccaverit, homicida teneatur*—verificou-se por sua vez a contra marcha, chegando a punição aos extremos da crueldade.

Diz a respeito Franz Von Liszt :

« O infanticídio converteu-se no direito allemão, sob a influencia da Igreja, em crime distincto, mas, em contraste com as disposições brandas dos penitenciaes (que já indicavam a vergonha como o movel da mãe illegitima e contemplavam o infanticídio entre os crimes da carne), era punido com a pena de morte. » Tal é o ponto de vista da Carolina que no art. 131 assim se expressa : « as mulheres que matam secreta, voluntaria e perversamente os filhos que d'ella receberam vida e membros são enterradas vivas e empaladas segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam essas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso commodidade d'agua. Onde, porém, taes cri-



mes se dão frequentemente, permittimos, para maior terror de taes mulheres perversas, que se observe o dicto costume de enterrar e empalar, ou que antes da submersão a malfeitora seja dilacerada com ternazes ardentes. »

Era simplesmente barbaro. Entretanto ha quem affirme ter o legislador n'aquelle dispositivo obedecido ao pensamento de uma penalidade mais branda.

Mittermaier por exemplo demonstrou que aquelle artigo da Carolina contempla somente o caso da mãe illegitima e que a pena estatuida denuncia o pensamento da mitigação, si compararmol-a com a de morte por um meio mais atroz comminada pelo art. 137 contra o matador do filho adulto.

A lei prussiana (allg. Landrecht) recolheu com algumas alterações o pensamento do edicto de Henrique 2.<sup>o</sup> na França, determinando que a occultação da gravidez e do parto seria punida com o encarceramento, por quatro a seis annos ; que no caso do parto ser seguido de morte da creança, havendo presumpções mas não provas evidentes do infanticidio, a pena seria o supplicio das varas e a reclusão perpetua ; que, finalmente, quando ficasse provada o desigño da premeditação, no parto ou pouco depois, para o effeito de matar o recém-nascido, a mãe criminosa deveria ser decapitada.

Ainda no seculo XVIII era este o aspecto da questão nas leis vigentes.

A doutrina, porem, desviou de novo a corrente, corrigindo as asperesas do direito barbaro e assignalando a serie de circumstancias attenuantes que, n'aquelle phase de transição, indicavam o exaggero das penas no crime de infanticidio.

---

O Codigo Penal Francez de 1791 não editou disposições especiaes relativamente á morte do recém-nascido que ficou litteralmente contemplado nas linhas geraes do crime de morte.

O mesmo não succedeu com o Codigo de 1810 que deu novamente ao infanticidio uma cathegoria propria equiparando-o, como o parricidio, ao assassinato e punindo-o com a pena ultima, apesar da grande opposição dos que achavam exagerado para o caso o gráo da penalidade.

Assim preceitua o seu art. 300 :

*Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né.*

Resulta d'estes termos, dizem Chauveau e Helie, que o crime só existe dado o concurso das tres seguintes condições : a *vontade de matar*, porque o assassinato é o homicidio voluntario; que a creança tenha vivido, porquanto não ha homicidio se aquelle a quem se pretendeu matar já estava morto; emfim, que se tracte de um recém-nascido, pois se deixou de ter esta qualidade, o crime não poderá ser julgado um infanticidio, mas sim um simples assassinato. »

O art. 303 comminava a pena de morte. Tal rigor tendo produzido effeito contraproducente, porque na alternativa o jury preferia pronunciar-se pela absolvição, a reforma de 1824 declarou que, militando circumstancias em favor da mãe culpada, a pena poderia ser reduzida a trabalhos forçados perpetuos.

Por ultimo a lei de 1832, ainda em vigor na França, não admittindo differença entre mãe e qualquer outra pessoa accusada do crime de infanticidio, assim se exprime : « São passiveis da pena de morte, sem que o castigo possa, em virtude das cir-

cumstancias attenuantes, ser inferior a cinco annos de trabalhos forçados. »

Garraud, entretanto, procura provar, de accordo com a experiencia judiciaria de longos annos, que aquella attenuação é insufficiente, e considera a impunidade do infanticidio uma consequencia do grão excessivo da pena, o que na sua opinião demonstra a necessidade urgente de uma reforma.

Na Allemanha a pena de morte, no caso de que nos occupamos, apezar das restricções do edicto prussiano de 1765 e da Theresina, publicado tres annos depois, só chegou a ser abolida pelos codigos da Austria e da Baviera no principio do seculo passado.

Desde então, diz Franz Von Liszt, o infanticidio tem conservado nas leis allemães a sua posição privilegiada, accrescendo que só a minoria das legislações da Europa equipara em these a mãe legitima à illegitima.

---

Ao tempo da promulgação do nosso Codigo de 1830, o Brazil regia-se, mesmo em materia criminal, pelas ordenações do Reino, que, não considerando o infanticidio de modo especial sob ponto de vista algum, apenas no Liv. I tit. 15 § 4.º exigia vigilância da parte da policia no sentido de verificar *—se andando alguma mulher prenhe, se suspeitasse mal do parto, não dando d'elle conta.*

Nem se pode concluir de taes palavras que a occisão do infante estivesse contemplada na lei com especiaes cuidados, porque o systema de *presumpções*, arvorado rigorosamente em *provas legaes* e introduzido em França pelo edicto de Henrique 2.º para aquelle caso e outros meramente suspeitos, jamais foi usado em Portugal.



O infanticidio, portanto, achava-se comprehendido nas linhas geraes do Liv. 5.<sup>o</sup> tit. 45 sobre o assassinato, salvo ao juiz o direito de encarar como aggravante a circumstancia da idade tenra da victimia.

Não fôra admittida ainda na legislação portugueza, que fizemos nossa ao tempo da independencia, a ideia da especialisação do infanticidio, nem fôra até então objecto de cogitação a minorante em respeito á *causa honoris*.

O legislador de 1830, tendo com certeza noticia dos impulsos reformadores da doutrina e dos termos em que foram attendidos noCodigo da Prussia por Feuzbadh, acceitou, entretanto, no art. 197 a noção lata e etymologica do infanticidio, comprehendendo n'ella, á guisa do Francez publicado vinte annos antes, a morte do recém-nascido, mesmo quando não praticada pelos seus progenitores ; mas, em vez de acceitar as consequencias juridicas da especialisação *lato sensu* punindo-o nas suas linhas communs com as penas do assassinato, deu-lhe um aspecto bizarro e sem igual em outra qualquer collecção de leis penaes.

E' certo que reduziu o castigo á mãe criminosa, talvez influenciado pelas doutrinas de Beccaria e de Bentham que elle, tão criterioso em outros pontos, não teve a fortuna de comprehender bem.

Beccaria na sua generosa iniciativa contra o empirismo feroz, por uma nobre reacção humanitaria contra as ideias e os sentimentos reinantes, dissera:

« O infanticidio é ainda o resultado quasi inevitavel da terrivel alternativa em que se acha uma infortunada que cedeu por fraqueza ou succumbiu á violencia.

« De um lado a infamia, do outro a morte de um ser em condições de não ter consciencia da vida.



Como não preferir esta ultima hypothese que furta os dois á vergonha e á miseria ? O melhor meio de prevenir esta especie de delicto seria proteger por leis efficazes a fraqueza e a desgraça contra esta sorte de tyrannia que só se ergue contra os vícios que se não podem cobrir com o manto da virtude.»

Das palavras citadas, vê-se que o illustre criminalista não teve nem poderia ter, nos seus votos de misericórdia e por vezes de justiça em favor dos criminosos, a extravagante lembrança de pedir a minoração da pena do infanticidio com o fim menos digno de amparar os matadores de creanças, quaesquer que fossem as causas geradoras da sua deliberação.

Por outro lado Jeremias Bentham, o valente paladino do systema panoptico das penitenciarias, sustentava, referindo-se ao mal de segunda ordem ou alarma produzido pelo delicto, que o homicidio do recém-nascido praticado pelos paes «deve ser punido mais como indicio revelador do character de seus autores do que como crime principal, e não merece pena quando commette a mãe por motivo de honra.»

Ora, o legislador de 1830 tendo mitigado a pena do infanticidio em geral, reduzindo-a a doze annos no gráo maximo, não levando em conta o vinculo de parentesco do agente ou as circumstancias aggravantes que rodeiassem o caso, por que ordem de considerações foi seduzido ?

Não seguiu simplesmente Beccaria, porque, então, se teria limitado á minorante *causa honoris*, contemplada no art. 198 ; não acompanhou Bentham *pari passu*, porque, se assim o fizesse, não deixaria de se referir expressamente aos paes do recém-nascido, no caso do art. 197.

Nem eu acceito o parecer do extincto criminalista brasileiro Carvalho Durão que a proposito disse

« Conhecida a fonte em que foi beber o legislador brasileiro, seria logica a interpretação que restringisse o disposto no art. 197 do antigo código ao homicidio commettido pelos paes do recém-nascido. »

E não o acceito, porque seria abusar de todas as normas da interpretação no Direito Criminal, em nome dos bons desejos de encontrar uma saída para o legislador, esquecendo, provavelmente, que restaria a incongruencia de punir a mãe culpada, no caso de honra, com a pena de tres annos, no maximo, e aos paes, em condições identicas, com a pena de doze, no mesmo gráo.

Para o commentador do velho código portuguez, o Conselheiro Ferrão, o nosso legislador teve em vista, punindo moderadamente o infanticidio, ou que o *mal material* resultante do crime não é tão grande como seria o de homicidio de outro ser humano que pelo estado do seu desenvolvimento offerece maiores probabilidades de vida ; ou que a vida do infante, se achando garantida pela compaixão, só circumstancias muito extraordinarias podem determinar tão execrando sacrificio.

Tambem não me quadra semelhante justificativa, porque, nas mesmas condições se acha um infante de oito dias, quer relativamente ao *mal material*, quer á confiança na compaixão humana, e no entanto, o nosso legislador, para o fim de cercal-o das garantias da lei, equiparava-o ao adulto.

Prefiro acceitar aquella disposição aberrante das normas juridicas e do bom senso, como um erro de apreciação ou um falso supposto acerca das opiniões de Bentham ; mas, affirmando esta verdade com desassombro, não quero ser accusado de desrespeito e desamor a um dos mais respeitaveis documentos da nossa historia, áquelle que porventura maiores ensanchas fornece para affirmar aos posterios que ao

tempo da nossa desagregação da Metropole estamos no caso de ser um povo livre.

Se attendermos a que aquelle código foi discutido ainda na 3.<sup>a</sup> década do século passado ; que, conforme as leis portuguezas em vigor, viviamos no regimen atroz da Idade Média em materia penal ; que o nosso legislador em muitos pontos agiu por conta propria e levou a barra adiante das elaborações da doutrina na Europa ; se attendermos a tudo isto que a verdade dos factos impõe á justiça da Historia, o nosso amor proprio nacional não se sente melindrado por dizermos que o legislador de 1830 não comprehendeu Bentham e aberrou do bom senso ao traçar os contornos do infanticidio no art. 197.

Imperdoavel foi o legislador de 1890 que, devendo ter sciencia das criticas ao velho código, e tendo motivos para conhecer, sessenta annos depois, o ponto de vista vencedor na theoria e nas legislações contemporaneas, destacou o crime de infanticidio do quadro geral do assassinato com o fim de isem- ptar das aggravantes do art. 294 os matadores de creanças dentro dos *seis primeiros dias do seu nascimento*.

Por mais que pareça extranho, a verdade irrecusavel é que o vigente Código Penal Brasileiro entendeu, no seu todo poderoso criterio, que as aggravantes qualificadoras do crime de homicidio,—a premeditação, o veneno, a asphixia, a paga, o motivo reprovado, a reincidencia—para não citar outras, perdemos seu character de hediondez no caso do assassinato d'aquelles seres humanos que o legislador julgou, de um modo originalissimo, *recemnacidos ou infantes*,



O art. 298 assim preceitúa :

« Matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias de nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir a sua morte. Pena de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos. »

Como se vê o codigo especializou o crime de infanticidio, mas não será ocioso saber os motivos que o levaram a assim proceder.

Tudo tem a sua causação n'este mundo, mas eu confesso em bôa e sã consciencia que ainda não me foi possivel comprehender a que causa obedeceu a especialisação do infanticidio em nosso codigo, se attendermos no que a respeito é corrente na litteratura juridico-penal e nas legislações de quasi todas as procedencias.

Sei que relativamente á posição do infanticidio entre os crimes contra a vida os codigos se dividem, mas sei tambem que qualquer das hypotheses obedece a causas conhecidas.

N'uns esse crime é sujeito ás regras communs e punido como assassinato simples ou qualificado, conforme as circumstancias com que se apresenta.

N'outros occupa um capitulo a parte, com fóros especiaes e character proprio, servindo a circumstancia da victima ser um recém-nascido para diminuir ou aggravar a penalidade.

A segunda modalidade obedece a dois motivos de origem diversa, isto é, ou a especialisação baseia-se n'um impulso de indignação contra o infanticida pelo motivo de recahir a sua actividade delictuosa sobre um ser sem defeza ; ou promana de um sentimento de commiserção pela mãe desventurada que se vê na contingencia de eliminar o seu filho para occultar a propria deshonra.



São tres, portanto, os modos de ver dos codigos com referencia á occisão dos recém-nascidos.

Deixando de parte as legislações em que o infanticidio não sae do quadro geral do assassinato, procuremos saber que motivo pode justificar a especialização.

Antigamente dava-se como causa o *vínculo de sangue*, mas a explicação não podia satisfazer, porque os laços consanguineos entre a mãe e o filho recém-nascido são litteralmente iguaes aos que a prendem a um filho de um mez.

Procurando-se, então, uma razão de character politico, assentou-se que o infante estando desarmado para a sua propria defeza em frente dos seus assassinos, corre ás leis o dever de protegê-lo de um modo mais energico.

Resaltou immediatamente a fraqueza da justificativa, porque aos olhos dos legisladores tanto precisa de garantias sociaes um menino de um dia de nascido quanto o de quinze dias.

O mesmo fim teve a razão de character juridico, isto é, a que consistia em dizer que o recém-nascido não podendo ter dado margem ao odio dos seus crueis progenitores, o infanticidio devia ser considerado quasi sempre um crime com a aggravante da premeditação.

Ora, facil foi demonstrar, como nos outros casos, supra mencionados, que, na *hypothese*, as razões militantes em favor de um recém-nascido militam igualmente em prol de um menino a quem ainda não nasceram as presas.

As tres explicações ou justificativas da discriminação foram, portanto, desprezadas por não resistirem ao rigor da analyse.

E' que tudo se restringe ao seguinte: « na *hypothese* do homicidio do recém-nascido a causa é ou

pode ser a necessidade de *supprimir os traços de sua existencia*; no assassinato da creança, cujo nascimento já é conhecido dos intimos e se fez notorio pelo registro civil ou assentamento de baptismo, aquelle motivo não pode ser allegado.»

D'ahi Carrara ter dicto com o excepcional criterio da sua competencia: « O motivo da especialisação restringe-se a um conceito essencial: que alguem tenha querido, não só destruir a existencia da creança, como tambem apagar os vestigios do seu nascimento para que o facto não chegue aos olhos do mundo. « Encontrada assim a razão da especialidade na *causa*, fazia-se preciso collocar o infanticidio na cathegoria d'aquelles assassinatos que em vista exactamente do motivo determinante podiam offerecer um caracter proprio, e um criterio de excepção na medida da sua quantidade politica.

« E aqui evidentemente se apresentavam duas hypotheses:—ou a causa de matar o recém-nascido procedia de um sordido fim de lucro e em tal caso não havia motivo para a especialisação, tractando-se litteralmente do *latrocinio*; ou, ao contrario, a causa de supprimir os traços d'aquelle nascimento promanava da necessidade de salvar a honra de uma mulher illegitimamente fecundada, e, então, cabia estudar se esta causa augmentava ou antes diminuia a quantidade politica do maleficio.»

Foi em vão que a doutrina e os codigos contemporaneos adoptaram aquellas razões claramente expostas pelo sabio professor do *Corso del Diritto Criminale*, porque o nosso legislador nem teve em conta o *vinculo de sangue*, nem os motivos de caracter politico ou juridico, nem a *causa* indicativa da deliberação criminosa.

Obedeceu unicamente ao desejo de favorecer os

matadores de creanças dentro dos sete primeiros dias de nascimento, não reflectindo que semelhante crime pode revestir as *nuances* mais graves do homicidio qualificado.

Nem lhe poderia servir de muleta o vigente codigo portuguez, porque se é verdade ter este no art. 356 especializado o infanticidio, independente da *causa honoris*, não é menos certo que no art. 357 assim preceitua :

« Se em algum dos casos declarados n'esta e na antecedente secção concorrerem outras circumstancias aggravantes, observar-se-hão as regras geraes. »

O nosso legislador esqueceu até mesmo aquelle correctivo, em sua tendencia á benignidade, deixando que as circumstancias aggravantes, em todo caso de infanticidio, ficassem occultas, não só pela figura *ellypse*, para fallar com os grammaticos, como tambem por sua escandalosa intenção de proteger os matadores de recém-nascidos.

E, senão, responda alguém que tenha recebido do saudoso auctor doCodigo o legado de honra de defendel-o perante a critica dos ignorantes :—que levou o legislador a diminuir a penalidade imposta aos criminosos no texto do art. 298?

A resposta só poderia ser uma escusa baseada na urgencia da *fabricação* do codigo, no louvavel desejo de offerecer ao ministro da justiça do governo provisorio um monumento legislativo que assignalasse pelo futuro a dentro o inicio da era republicana no Brazil.

---

Dobrada a pagina, vou tentar, com a paciencia proverbial dos beneditinos, a analyse do conceito do infanticidio exarado pelo codigo no seu art. 298.

Começarei pelo principio: matar *recemnacido*, isto é, infante nos *sete primeiros dias de nascimento* etc.

Quer me parecer que o legislador procurou dar nas palavras citadas o conceito juridico do vocabulo *recemnacido* e, ao mesmo tempo, o celeberrimo criterio chronologico ou a extensão d'aquelle crime no tempo.

O codigo de 1830 dizia simplesmente—*matar recémnacido*,—com certeza a exemplo do codigo francez que empregou o termo correspondente —*nouveau-né*.

Este modo laconico de exprimir um dos caracteristicos do crime de infanticidio despertou duvidas na doutrina e na pratica por suppor-se que não tinha um criterio fixo aquella expressão aparentemente vaga.

Alguns tribunaes em França estenderam os limites d'aquelle conceito ao prazo de um mez, emquanto medicos legistas ensinavam « que a creança deve ser considerada como recémnacida até a queda do cordão umbilical ou durante os oito dias do seu nascimento. »

Refutando esta opinião dos seus collegas, o Dr. Luccas Champoniere disse : « E'-nos impossivel comprehender como uma creança perde o character de recémnacido pela queda de uma parte que na occasião mesma do seu nascimento é de uma inutilidade absoluta para os seus orgãos. Uma creança recémnacida é aquella que acaba de nascer. Pode-se dizer que perdeu esta qualidade no quarto dia de vida, por ter-se destacado a parte do cordão umbilical adherente ao abdomen ? Que a conserva ainda no oitavo dia, porque a separação não teve logar ?

E' preciso limites exactos na applicação das penas e estes limites não devem variar segundo a



constituição da creança e ao sabor de uma multidão de circumstancias de que a maior parte nos escappam inteiramente. »

Alguns codigos posteriores, suppondo remover todas as difficuldades, estabeleceram um numero fixo de dias exigindo ao mesmo tempo a circumstancia do baptismo ou da inscripção no registro respectivo, consoante o arresto da Côrte de Cassação declarando precisamente—« que ha crime de infanticidio quando a creança não está cercada ainda das garantias communs e a acção dos seus matadores pode apagar de todo os vestigios do seu nascimento. »

O codigo bavarez abriu caminho designando o prazo *dos tres dias que se seguirem ao nascimento da creança*; e muito mais consentaneo com a jurisprudencia do arresto citado foi o art. 349 das leis penaes de Napoles que empregando a palavra *recem-nascido* accrescentava: *e ainda não baptisado cu inscripto nos registros do estado civil.*

O actual codigo da Allemanha preceitua:—« O infanticidio é o homicidio doloso do filho illegitimo pela mãe na occasião do nascimento ou logo após o parto »,—e o da Italia considera mitigada a pena quando *l'omicidio cada sopra la persona di un infante non ancora inscripto nei registri dello stato civile e nei primi cinque giorni dalla nascita per salvare l'onore.*

O codigo argentino, no seu art. 100, titulo especial, diminue a penalidade da mãe que para occultar a sua deshonra commetter o crime de infanticidio *en la persona de su hijo, en el momento del nacimiento e hasta tres dias despues*, sendo incluídas para os effeitos da minorante os avós maternos que tiverem agido pelo mesmo motivo.

O Chileno, sob titulo especial, constante unicamente do art. 394, assim prescreve: *Cometem in-*

*fanticidio el padre, la madre e los demas ascendientes legitimos o ilejitimos que dentro de las cuarenta e ocho horas despues del parto matan al hijo o descendiente, i seran penados con presidio mayor em sus grados minimo a medio.*

O hungaro preceitua no art. 284 : « A mãe que intencionalmente mata o seu filho, nascido fora do matrimonio, na occasião do parto ou *imediatamente depois* será punida com cinco annos de reclusão no maximo. »

O antigo codigo portuguez determinava no art. 356 : « Aquelle que commetter o crime de infanticidio, matando voluntariamente um infante no *acto do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento*, será punido com a pena de morte.

No paragrapho unico d'aquelle artigo contemplava a minorante *causa honoris*.

O actual, sob o titulo de homicidio voluntario aggravado pela qualidade das pessoas, tambem destaca crime de morte do *infante no acto do seu nascimento* ou *dentro em oito dias após o nascimento*.

Do ligeiro estudo de legislação comparada resaltam algumas noções que podem servir como elementos de critica ao nosso codigo.

Em primeiro lugar verifica-se que o nosso legislador conseguiu uma grande vantagem ao dar o seu conceito do infanticidio cortando um verdadeiro nó gordio que a medicina legal e os criminalistas tinham deixado estar, torneiando a difficuldade por outros meios.

E' assim que, segundo acabamos de vêr, após longas indecisões ácerca do termo *recemnacido*, a Côrte de Cassação em França, se afastando, por ventura, das fastidiosas discussões physiologicas, explicou o sentido d'aquelle vocabulo no ponto de vista da lei penal,

A questão não era de mais dias ou menos dias, nem de ter cahido ou não o cordão umbilical da creança, como entendiam alguns medicos legistas; a questão cifrava-se em saber se sim ou não o infante já se acha cercado das garantias communs e se a sua morte chega a tempo de occultar o seu nascimento aos olhos do mundo.

Em bom portuguez queria dizer que no caso não adiantavam nada as contendas dos medicos legistas, e que devia ser confiada aos juizes a incumbencia de verificar, se, para os effeitos legais, a morte do recém-nascido poderia caber na moldura do crime de infanticidio, ou se, pelas condições em que se encontrava o infante no momento de ser eliminado, o crime apresentava o aspecto do homicidio em qualquer das suas diversas modalidades.

Assim o tinham comprehendido, por exemplo, os codigos do Hanover e do ducado de Hesse--Darmstadt que deixaram á apreciação dos juizes como se devia entender a palavra recém-nascido.

Os outros, os que determinaram um numero fixo de dias ou exigiram que a condição de não estar baptisada a creança ou inscripta no registro civil, suppuzeram assim remover todas as difficuldades dando ao crime o seu principal ponto de destaque, isto é, a circumstancia de não ser notorio ainda o nascimento.

O nosso legislador com uma ligeira pincelada apagou todas as duvidas, confundindo simultaneamente os medicos legistas e os simples jurisperitos.

Para o douto advogado, recém-nascido, em que pese á doutrina e á legislação, é pura e simplesmente o *infante nos sete primeiros dias do nascimento*.

Eis ahi em que deu tanto ruido e tanto gasto de palavras em derredor da questão,



Fez muito mais do que o antigo código de Wurttemberg que se limitava a formular um termo de comparação, dizendo :

« E' considerada como recém-nascida a creança que não tem *mais de vinte e quatro horas de nascimento.* »

Queimou os seus navios o nosso legislador e atirou-se ao mar largo, onde não pudesse ouvir o uivo das procellas que por tanto tempo haviam perturbado o somno dos mediocres.

Assim procedendo, esqueceu, no afan da victoria, duas circumstancias de peso.

Em primeiro lugar, não se recordou que, com aquella segurança de conceito, deixava nos limbos do esquecimento eterno a creança, desde a hora em que se desprende da placenta, pela força mysteriosa da natureza, até o instante em que lhe cortam o cordão umbilical e começa a viver por conta propria.

Até então não pode ser considerado recém-nascido, a este respeito não ha duas opiniões.

Temos, portanto, que o Código deixou litteralmente ao desabrigo da lei a creança que na occação de nascer tiver sido asphixiada, por exemplo, pela parteira ou mesmo pela puerpera, abrindo assim de *motu proprio* uma grande solução de continuidade entre o caso do aborto, contemplado no art. 300, e o infanticidio segundo o seu modo de ver.

Resultou do seu original criterio de infanticidio que, estando sujeito á penalidade aquelle que *provo-  
car aborto, haja ou não expulsão do feto*, e o que matar *recém-nascido*, isto é, *infante nos sete primeiros*



*dias de nascimento*, logrará não ter um *padre nosso* de *penitencia* o que matar a creança na occasião de nascer.

Nem se pense que tudo isto é uma questão de *lana caprina*, ou uma tempestade n'uma bolha de sabão.

A prova de que não o pode ser, verifica-se no cuidado de alguns codigos em determinar que o infanticidio se pode dar no momento do parto ou logo depois.

N'este numero acham-se, o hungaro, os dois portuguezes, o argentino, o hollandez e o allemão que, segundo o art. 217 acima citado, considera como objecto do infanticidio, diz Franz Von Liszt, o filho, e não o feto, isto é, o filho na *occasião de nascer*, desde que cessa a respiração placentaria até á ligadura umbilical, ou logo depois do parto.

Ora, a juizo do nosso codigo, é recém-nascido o *infante nos sete primeiros dias de nascimento*, ou, em outros termos, desde a occasião em que lhe passam a facha circular para conter a ruptura do umbigo, até que o relógio collocado á cabeceira da puerpera tenha marcado sete vezes vinte e quatro horas.

Nem a questão que ora proponho é nova.

Duvida igual foi suscitada relativamente ao Codigo francez que se limita a dar na palavra *recém-nascido* todo o conceito de um dos característicos do crime de infanticidio.

E a Chauveau e Helie não pareceu desnecessario dar a explicação, que o caso pedia,—nas palavras seguintes:

«Seria impossivel admittir que entre o aborto e o infanticidio a lei tivesse deixado fóra de toda punição um acto que participaria, ao mesmo tempo, da natureza d'aquelles dois crimes. E' evidente, aliás, que no caso se tractaria de um verdadeiro

assassinato, porque, no momento mesmo de nascer, a creança deve ser considerada como já tendo nascido ».

Isto que na doutrina será uma verdade, não o pode ser n'um código em que está expressamente prohibida a interpretação extensiva, principalmente tendo-se em vista o modo preciso por que foi declarado o conceito do vocabulo recém-nascido, isto é, *infante nos sete primeiros dias de nascimento*.

Tanto não é uma ninharia a incongruência por mim apontada que Balestrini, o exímio criminalista que do crime de infanticídio se occupou n'uma monographia exhaustiva, dando a definição d'aquella entidade delictuosa referiu-se á creança no acto de nascer.

E' assim que elle diz: « infanticídio é a morte de uma creança na occasião de *nascer* ou *recém-nascida* praticada por actos positivos ou negativos para o fim de salvar a honra da mãe. » Não é, portanto, para desprezar o reparo que faço.

A segunda questão é a seguinte:

Qual o motivo por que o nosso legislador fez da determinação do tempo um dos característicos do crime de infanticídio, no texto do seu art. 298?

Com o elasterio que deu ao conceito do infanticídio, fico jejuando ao indagar dos motivos que teve para a fixação do tempo.

Sei que a determinação chronologica é exigida como um limite á minorante no caso de honra, emquanto o parto não é notorio.

Devia saber, porém, o nosso legislador que o lapso do tempo, que só tem significação na hypothese da minorante *causa honoris*, não exprime o conceito juridico exigido, porque o essencial é que o crime tenha por fim occultar o nascimento da creança, e assim se consiga evitar a diffamação da mãe.

Devia ainda saber que a fixação do tempo não preenche o seu fim, nem mesmo no caso de honra, tanto que os codigos mais modernos, com excepção do italiano e portuguez, resolveram despresal-a por julgarem-n'a um appendice que não corresponde á sua finalidade.

O nosso legislador, que, provavelmente, leu Balestrini, antes da confecção do codigo,—o que tanto mais me parece exacto quanto encontro na forma dupla do seu conceito do infanticidio pareença com a definição acima citada, isto é, descubro nos termos *directos e activos*, apesar da sua tantologia, uma recordação do vocabulo *positivos*, e, na lenga-lenga definindo n'aquelle caso o crime por omissão, reminiscencias mal disfarçadas do termo—negativos,—o nosso legislador, dizia eu, se não fosse a urgencia da encommenda, teria feito uso aproveitavel das suas faculdades de reflexão e melhor teria pensado nas opiniões do illustre criminalista italiano esclarecendo a sua doutrina no seu estudo substancioso sobre a penalidade do infanticidio.

Com um pouco de ponderação veria que, a juizo de Balestrini, deve ser muito branda em vista da pouca temibilidade da criminosa, sendo impossivel, na sua opinião, uma verdadeira e propria reincidencia na hypothese *honoris causa*, porque a divulgação do primeiro crime torna impossivel a legitima defesa de honra n'um segundo caso de prenhez illicita.

Verifica-se, então, que a mitigação da penalidade no infanticidio só é justificavel no caso de ser praticado para salvar a honra, e que a determinação do tempo é um berbicacho que a principio se suppoz sufficiente para evitar que o favor legal degenerasse em bandeira de misericordia concedida aos matadores de creanças.

Ainda mais. Chegaria á evidencia, conforme foi





dicto acima, que se a determinação do tempo não attinge o seu fim, não exprime o conceito juridico na excepção *causa honoris*, deve ser considerada uma verdadeira anomalia, um producto teratologico da ignorancia juridico-penal na hypothese comprehendida no texto do art. 298.

---

Chego, enfim, ao disposto no paragrapho unico do art. 298, ou, se quizerem, ao desdobramento da minoração da penalidade no caso do infanticidio, segundo a extravagante e original tarifa do nosso codigo.

Bastaria ao legislador, se tivesse querido andar com juizo na confecção da *encommenda*, incluir o dispositivo do paragrapho citado no capitulo do homicidio, em outros termos, aliás de modo que delles resultasse o seu pensamento claro e preciso ao trazar a configuração do infanticidio *causa honoris*.

Seguiria assim o exemplo de muito codigos que tendo contemplado o assassinato do recém-nascido na moldura geral do homicidio, não deixaram, em todo caso, de fazer referencia ao *motivo de honra* para os effeitos de ser mitigada a pena á mãe criminosa.

Bastaria, quando muito, ter seguido os passos de outros codigos que apenas especialisam o infanticidio, dando-lhes posição á parte, n'um capitulo proprio, para o fim exclusivo de tornar saliente a causa determinante do crime, cemo ensinou Carrara.

Mas não o entendeu assim o douto legislador e, se na hypothese não me sinto com forças para repetir as palavras do ministro de Luiz XVI a Maria Antonietta:—« *Madame, si c'est possible, c'est fait;*



*si c'est impossible, cela se fera* » — porque o código está feito e eu, na minha qualidade modesta de critico, não posso alteral-o, acceitemol-o na sua plenitude ou *verbum ad verbum*, com se diz em phrase tabelliôa.

Determina o paragrapho: *Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a propria deshonra*. Pena de prisão cellular por tres a nove annos. »

E nada mais: nem a exigencia de que se tracte de um filho *illegitimo*; nem, *ad instar* dos codigos italiano, hespanhol, portuguez, argentino, chileno, a extensão do favor legal aos avós maternos do recém-nascido; nem um signal de sua magnanimidade em favor do irmão que de surpresa conhece a deshonra da irmã ou do esposo ultrajado que tem diante de si um filho adulterino da propria mulher; a cautella do código allemão que exige, de um lado, a força dos motivos impellindo a parturiente a occasionar a morte do seu fructo illegitimo, e, do outro lado, a diminuição da imputabilidade resultante de suas condições physiologicas no momento do parto.

De facto. Porque não estender o favor legal aos velhos avós, porventura na ignorancia absoluta do assalto á sua honra até a hora de vir ao mundo aquelle producto dos amores illicitos da filha?

Porque não tornar expressa a exigencia de que a creança houvesse nascido viavel, conforme entendem alguns medicos legistas ou como exige-se para os effeitos da lei civil?

Seria, aliás, do seu ponto de vista da complacencia incondicional para os matadores de creanças, uma equidade no caso excepcionalissimo da salvação da honra.

Digo do seu ponto de vista, porque, ao meu ver, o legislador andou errado em todo o seu conceito do infanticidio, umas vezes por conta propria, ou

tras por confiar demais nas abusões das velhas doutrinas.

Teria procedido com acerto, se conhecendo, como supponho, as opiniões de Balestrini, houvesse em boa hora se recordado de que aquelle eximio criminalista completou o seu estudo sobre o infanticidio *causa honoris* com alguns dados anthropologicos, dos quaes resulta que tambem ás mulheres infanticidas devem ser applicadas as normas geraes que servem de base ao estudo dos delinquentes communs.

No anno da graça de 1890, data em que foi promulgado o codigo, eram ou deviam ser conhecidas no Brazil as novas doutrinas da escola anthropologica, bem como o descredito em que havia cahido o modo de ver da velha escola, desprestigiada a tal ponto que o extraordinario esforço de Carrara apenas teve a virtude de evitar-lhe a corrupção dos tecidos, servindo-lhe de liquido para embalsamamento.

Consoante os dados anthropologicos colhidos pela nova escola penal não é possivel sinceramente admittir a minorante *causa honoris* nos termos latos em que se o fez no nosso codigo.

Tractando-se de um crime de aspectos fugidios, como esse de que me tenho occupado, releva ponderar que sob a epiderme da mulher tambem pode ser encontrada a serie de maus instinctos que são patrimonio da humanidade.

A phrase de Dostoivshy :—« os instinctos de um carrasco existem em germen em cada um dos nossos contemporaneos », pode com inteira justiça ser applicada a ambos sexos.

Nem nós do sexo forte devemos nos deixar impellir n'este assumpto por motivos fidalgos de cortesia, com justo rigor exigidos da parte de um cavalheiro n'um salão, mas que não devem manietar-nos no terreno do direito,

Nem se diga que no caso temos diante de nós seres fracos arrastados pelo infortunio aos sorvedouros da deshonra, isto sem outro criterio de apreciação, porque facil seria responder com as palavras de Lombroso : « De facto, em todos os actos humanos, até mesmo nos dos loucos, uma causa, pequena ou grande, existe sempre ; todavia, não é senão a gotta d'agua que faz transbordar o vaso cheio.

E' facilimo fazer passar por crime occasional o que é effeito do organismo ou da hereditariedade, tanto mais quanto as causas organicas e congenitas poucos as apreciam, ao passo que as occasionaes todos as descobrem,—ainda quando faltam—e todos as computam—ainda quando a sua influencia é limitadissima. »

O legislador sendo obrigado a desprezar os velhos preconceitos em vista das novas tendencias que obrigam a dar como fundamento de toda a theoria sobre a funcção social de defeza contra os malfeitores a observação do individuo e da sociedade nas manifestações anormaes do crime, deveria ter pensado que no caso do infanticidio sob pretexto da honra a mulher culpada pode ser tambem incluída em qualquer das cinco categorias dos criminosos scientificamente organisadas por Ferri; isto é, *criminosos loucos, natos, de habito, occasionaes* e por *paixão*.

---

Por outro lado julgo uma aberração do ponto de vista de honra ou de sua legitima defeza, mesmo conforme os dictames dos codigos a respeito, esse modo de ver relativamente á mulher infanticida.

Que se exige na hypothese de defeza da propria honra ou d'aquelles a quem o individuo tem obrigação de tutelar ?



Que o offendido não tenha sido connivente no assalto á sua honra e que a acção redemptora recaia directamente sobre o auctor do maleficio.

Ora, no caso temos que, em regra geral, a mulher participa do facto, figurando com os impetos de sua paixão, arrastada pelos impulsos carnaes do amor que infelizmente nem sempre ella pode açai-mar no tão fallado momento psychologico.

O seu infortunio é tão grande aos olhos da sociedade fementida que ella poderá dizer paraphraseando Job :—*a minha desdita é mais pezada que toda a areia do mar*; mas não resta duvida que a sua vingança recahindo sobre o seu filho recém-nascido reduzido ás proporções do cordeirinho da fabula e pagando a supposta culpa dos progenitores, inverte *de fond en comble* as noções fundamentaes do dever que no caso aconselharia o desforço sobre o Lovelace que tivesse sido o principal causador de tamanho desdouro.

Esse desforço, sim, seria cavalheiresco, justo, necessário.

O outro, sobre um pequenino ser desamparado e sem culpa, innocente e desprotegido, aberra de todas as normas da dignidade humana.

Accresce que não lava a nodoa, nem a vinga, porque a donzella que tiver um filho estará para todo sempre deshonrada se não houver o subsequente consorcio; e a esposa que conceber de um extranho só poderá viver na constancia do matrimonio ou cercada do respeito social, se militarem em seu favor circumstancias que provem a ausencia absoluta de sua vontade em todos os momentos do coito; e por outro lado, não evita que o agente principal do maleficio continue a conduzir os seus desejos libidinosos a todo lar pouco escrupuloso em que se lhe não feche a porta,



Temos, pois, que, na hypothese, os dois fins principaes deixam de ser attingidos com a morte do fructo illegitimo:—o desaggravo da honra e a punição do seductor.

Ainda mais: Figure-se que muitas vezes a mãe culpada age de parceria com o seu seductor ou de accordo com as instrucções d'elle recebidas de antemão, e veremos a que se reduz a tão famosa atenuante da honra, contemplada incondicionalmente no dispositivo do codigo.

---

Accrescente-se que a mãe infanticida encontra-se no momento da pratica do crime diante de duas correntes psychologicas que se contrabalançam: o instincto de conservação da especie e o sentimento da honra.

O primeiro é fundamental, muito mais velho que o outro na evolução dos instinctos, com raizes profundas e longas em todo o reino animal, raizes que em consequencia da maior somma de comprehensão e, portanto, de responsabilidade avultam no ser humano.

E' o instincto que entronca immediatamente no da propria conservação.

Os que conhecem a natureza desde os *psychodiaris* que Bory de Saint Vincent collocou entre os seres duvidosos e desclassificados, participando ainda, por sua dupla natureza, de elementos que compõem os reinos vegetal e animal, ou desde os Protistas que Kæckel classificou immediatamente acima dos mineaes—como vestibulo do reino organico—até o homem, podem verificar as phases evolutivas do instincto de conservação propria que, com o aperfeiçoamento dos

seres, attinge lentamente a essa defeza encarniçada e heroica da prole.

A proposito do instincto de conservação, diz Fioretti: «Como a resistencia que um corpo elastico oppõe a uma força que o comprima, distenda ou dobre vae-se tornando sempre maior á medida que augmenta a força, até o momento em que a cohesão d'aquelle corpo é definitivamente vencida ao romper-se-lhe a connexão molecular, assim a reacção que todo ser vivo oppõe a qualquer ameaça contra a sua propria existencia vae sempre crescendo na razão directa da energia do offensor até o instante supremo da victoria ou da morte. Esta lei simplicissima de conservação da integridade dos seres, este principio de *individualidade*, no sentido etymologico da palavra, manifesta-se em todos os estadios da evolução cosmica, seja nos simples corpos animados, seja no dos organismos humanos e sociaes, diferenciando-se e complicando-se como os seres nos quaes se manifesta. »

Em defeza da vida até os vegetaes luctam.

Brandis falla de um arbusto nascido sobre uma escarpa que, na impossibilidade de viver, destacára um ramo da sua raiz para um pequeno ponto cheio de terra fertil. Um camponez, passando por alli, perdera a sola do sapato, o que impedia o transito ao ramo explorador.

Este procurando superar os obstaculos, subdivide-se em tantas pequenas ramificações quantos eram os buracos dos pregos na sóla abandonada e assim atravessando o impecilho reúne novamente as ramificações em uma só e consegue chegar felizmente ao fim desejado.

Sergi, distincto philosopho italiano, vai mais longe e assim se expressa: «A tendencia dos organismos a conservarem-se, de modo mais ou menos

simples ou complexo, segundo o seu desenvolvimento e complexidade, deriva, como me parece, da tendencia primitiva da materia inorganica.

Estou, portanto, em boa companhia, nas minhas afirmações».

No alpendre de uma casa de campo em que morei no periodo roseo da juventude, viviam em certo esconderijo no beiral do telhado tres pequenas viboras brancas, que, ao cahir da noite, ao accender-se o bico de gaz, vinham alegremente, á cata dos insectos, caracolar nas proximidades da luz.

Em diversas noites tive ensejo de ver a rara solicitude com que as duas maiores distribuiam com a terceira, ainda inhabil nas manobras, a melhor parte do repasto.

De uma vez, porem, nas suas excursões se approximaram tanto das minhas mãos encostadas á parede, sobre o espaldar da cadeira, a ponto de roçal-as com a sua pelle aspera, o que —*eu nem sei de nojo como conte*—levou-me a commetter a atrocidade de investir contra a mais nova, matando-a.

Pois bem! A angustia da que lhe fora mãe chegou quasi a ser a *tribulatio magna* de que fala o Apocalypse, e durante tres noites ella veio ao theatro do acontecimento, não já a procura de mosquitos, mas em busca do ser querido alli tombado, até que me desapareceu para sempre.

Não se limita, porem, a estas expansões de magoa a acção tutelar dos animaes em relação aos filhos.

As femeas tornam-se ferozes quando estão com os filhinhos recém-nascidos, do que se podem colher exemplos nos chamados animaes domesticos.

Se algumas são capazes de engeitar os filhos, ou de matal-os mesmo, outras levam a sua defesa até á furia.

Conheci na fazenda rural em que fui creado, uma vacca de verdadeiros instinctos maternos, excepcionalmente desenvolvidos.

De uma vez que o seu bezerrinho recém-nascido cahiu por uma ribanceira dentro de um valado, ella, desde que se conheceu impotente para salvá-lo, começou a apparecer, vezes repetidas, no terreiro da casa de vivenda, porventura no intuito de pedir soccorro, e logo que, sendo conhecida a sua inquietação, o carreiro recebeu ordem para ver de que se tratava, tomou-lhe a frente e abriu o caminho até chegar ao local do desastre.

Os criadores sabem, porem, que nem todas assim procedem.

Sei de uma cachorrinha galega que após o parto recusa-se obstinadamente a prestar soccorros aos filhinhos; mas, em compensação, ainda guardo a amarga lembrança de uma dentada que, ha vinte annos, me deu uma cadellinha sertaneja em um rancho na serra das Russas por eu ter me approximado, talvez de mais, da moita em que estavam aninhados os seus filhos.

Entre os suinos, algumas femeas investem contra os recém-nascidos até devorá-los a todos; ao passo que outras andam ao sol, passeiando o seu gaudio, com uma recua de onze ou doze baccorinhos.

Tambem no genero humano ha exemplos de mães que se sacrificam heroicamente pelos filhos, capazes de abrir mão por elles de todas as vantagens do mundo, ou de arrostar o desprezo da sociedade que, não as cercando das garantias devidas contra as armadilhas da seducção, julga-se depois com o direito de tomar-lhes contas pelas faltas commettidas.

Entretanto existem outras que sacrificam descaravelmente o proprio filho, ainda tepido das suas entranhas, não em nome da propria honra que está



perdida, mas em nome da honra social—uma especie da loba encontrada pelo poeta da *Divina Comedia* na floresta escura, tão má e tão cruel que não saciava nunca os seus avidos desejos e após os seus repastos sentia mais fome do que d'antes.

---

Emquanto o instincto de conservação da prole tem as raizes profundas que acabamos de apontar, o sentimento da honra é uma conquista da civilisação, um fructo das convenções sociaes.

Deixando de parte os usos barbaros das regiões em que ainda não existe ideia da honra, como na Groenlandia, onde offerecer por uma noite ao forasteiro a esposa é um acto de delicadesa e quasi um dever de hospedagem; ou em que a esposa não se compromette a ser fiel, senão durante cinco ou seis dias da semana, reservando um ou dois ao amor livre, como no seio de algumas tribus africanas; deixando de parte esses usos, vejamos o que diz a respeito o criterioso auctor de *Criminologia*.

«Sobre o sentimento da honra, diz o projecto criminalista, não nos deteremos em reflexões, porque todos comprehendem que é impossivel achar n'elle a minima uniformidade: cada associação, cada classe social, cada familia, quasi cada individuo tem o seu especial *ponto de honra*. E em nome d'elle se teem praticado as melhores e peores acções; elle impulsiona tanto o punhal do conspirador como o sabre do soldado.

Nas baixas camadas sociaes, nos mais torpes agrupamentos, nas associações de malfetores, nas colonias de condemnados, ahi mesmo existe o ponto de honra conduzindo ás vinganças mais atrozes e aos crimes mais execraveis.

Rudolph Von Ihering, no seu copioso folheto a *Lucta do Direito* que fez a volta ao mundo traduzido em quasi todas as linguas cultas, prova que o ponto de honra de um camponez não é o mesmo que de um commerciante, assim como o d'este não é identico ao de um militar.

O official que supporta um ataque directo á sua honra, sem a repulsa decisiva e prompta, é repudiado por seus irmãos d'armas, porque para sua classe a affirmação da personalidade é uma imprescindivel condição de existencia.

Com o commerciante não se dá a mesma ccusa.

Aquillo que para o militar é a honra, para o mercador é o credito. O seu maior esforço deve ser para conserval-o intacto; quem, portanto, põe em duvida a sua pontualidade em cumprir as obrigações commerciaes, fere-o  **muito** mais do que aquelle que 'o offende nas suas relações particulares.

Para o camponez o ponto de honra é outro, porque, defendendo com a mais desesperada obstinação aos seus dominios, a terra que elle lavra com o suor do seu rosto, mostra, em virtude mesmo das suas especiaes condições de vida, a mais singular indifferença pelo que constitue o melindre do militar.

Garofalo vae mais longe estudando as inconstancias do sentimento de honra, mesmo em relação ás mulheres.

Depois de referir-se á seducção das donzellas nas classes populares, e nas classes superiores quando menos vigiadas, e até mesmo no seio das familias que mais alardeam austeridade, assim se expressa: « Precisamente porque não ha n'isto delicto natural, é que a despeito das leis, dos costumes, da moral religiosa e mesmo dos perigos de toda ordem a que

expõe o amor livre, a maioria das mulheres continua e continuará a deixar-se seduzir. »

Accrescente-se que algumas vezes deixam de ser seduzidas para se tornarem sedutoras ; que infelizmente o exemplo da mulher de Putiphar não ficou enterrado nos hypogeus onde jazem as mumias dos Pharaós ; que se Shakspeare tivesse hoje de escrever de novo o seu *Romeu e Julieta* retocaria a scena do balcão trocando o papel dos namorados ; e o quadro estará completo.

Nem pareça exagerado o subsidio que acabo de accrescentar aos conceitos de Garofalo, porque eu poderei tambem pedir o auxilio de Gabriel Tarde, que, estudando as estatisticas de França, na parte relativa ao infanticidio e ao aborto, assim conclue : « Em summa, o que attestam todos estes algarismos, é a voluptuosidade, é a dissolução crescente dos costumes. »

---

Por que motivo, pois, abalar, no caso do infanticidio, as grandes raizes do instincto de conservação da prole em obediencia aos fugidios criterios da honra lembrados pela mãe criminosa somente volvidos os nove mezes da prenhez ?

Porque attenuar, pergunta o advogado Luigi Anfosso, a pena da mulher, quando emprega a sua actividade, não mais sobre um *quid* que juridicamente não existe, mas sobre a carne da sua carne, um ser que, ao soltar o primeiro vagido, ha manifestado o seu direito á existencia ?

O legislador criterioso deve ter pelo menos a suspeita de se achar diante de um ser tarado pelas suas hereditariedades ou por seus atavismos, e, por consequencia, em condições de exigir um rigoroso exame do seu caso,

A verdade é que diante da mãe infanticida alegando ter precisado sacrificar seu filho para a salvação da honra propria, o raciocinio de todos os espiritos bem formados é o seguinte : « Porque, collocadas em iguaes contingencias, nem todas procedem assim ? »

O bom senso humano foi o primeiro legislador do mundo, e não é razoavel esquecel-o na confecção dos codigos.

O bom senso pondera que existem ahi mulheres que no grande naufragio da sua honra preferem stoicamente surgir á tona dos escrupulos mentirosos da sociedade com o seu filhinho nos braços, a tel-o de afogar no rego da rua.

Esta consideração faz desconfiar da mulher que, sob pretexto de conservar as cinzas da sua honra sacrificada na pyra dos amores illicitos, mata o seu proprio filho, justamente na occasião em que as outras mães sentem as vibrações do amor materno sacudirem-na até ás raizes mysteriosas do seu ser.

Tudo isto leva a pensar que na hypothese do dispositivo de lei a que nos estamos referindo é preciso ter muito em vista a criminosa, estudando as suas origens, os seus habitos, as suas predisposições psychologicas, e toda a rede das suas hereditariedades.

A mulher verdadeiramente do seu sexo procede como aquelle extraordinario typo feminino que Alexandre Dumas Pac pintou na *mademoiselle* Andréa de Tavernay.

Violada infamemente, durante um somno cataleptico, por certo rapazelho a quem tinha todo o horror dos *Maison Rouge* pelos seres sem linhagem, chegou a conceber, sem que, entretanto, pudesse dar explicações do caso ao Dr. Louis, quando este con-



sultado no seu character de facultativo, lhe apontou as causas das syncopes e das nauseas.

Com o privilegio de enriquecer e dourar pela belleza *tout ce qui l'entourait*, suppunha-se cheia de odio por seu filho ao apparecerem-lhe as dores do parto, e assim fallava ao irmão :— « Eu vou ser mãe, Philippe ; mas Deus quiz que a maternidade fosse para a creatura um estado analogo ao da fructificação na planta. O fructo não vem senão após a flor. Durante esse processo a planta se prepara e se transforma ; porque a floração no meu entender é o amor. Mas eu não conheci nem preparo nem transformação ; sou uma anomalia ; tenho o espirito e o coração tão virgens como o corpo e sinto odio por este ser que é o producto de uma grande monstruosidade. »

Pois bem ! Logo que aquella mulher, realmente extraordinaria na refinada comprehensão dos seus deveres de honra, ouviu os primeiros vagidos da creança, gritou, n'uma explosão de affectos até alli recalcados por seus longos dissabores : « *Deixem-me ver meu filho.* »

E' um trecho de romance, bem sei, mas o escriptor genial traduziu, n'aquella scena empolgante, com exactidão, os sentimentos da verdadeira mãe.

---

O codigo deixa de proteger a honra da mulher no caso de defloramento, si já se tornou maior de 21 annos. E, no emtanto, na hypothese do paragrapho a que me refiro só exclue a prostituta. Só esta não poderá allegar em seu favor a circumstancia *honoris causa* no infanticidio.

Todas as outras mulheres, casadas, solteiras ou

viúvas têm direito de soccorrer-se a ella, desde a puberdade até a menopansa.

Não parece de todo ponto exquisito que a lei abandone ao escarneo publico, dos desesete annos aos vinte e um, a virgem que cedeu expontaneamente aos impulsos do seu amor, e, após a maioridade, a que se deixou prender nas malhas da seducção, fraude ou engano, attenuando, ao mesmo tempo, o infanticidio commettido pela mulher viúva quarentona que já passou a idade das illusões, sob o irrisorio pretexto de que o fez em defeza da honra?

Tudo isto faz crer que a minorante exarada incondicionalmente no dispositivo do paragrapho unico do art. 298, é um modo hypocrita de comprehender a honra da mulher.

Se o parto fosse um facto repentino, surprehendendo a mulher logo após a syncope do goso, poder-se-ia admittir que a voz da honra, levasse, por uma resolução *repentinam atque inopinatam*, a puerpera aos extremos de estrangular o seu filho.

Mas c temperamento frio de que a mulher dá a amostra guardando o seu segredo e escondendo os signaes de gravidez sob as sete chaves das dissimulações, e, por outro lado, o periodo physiologico da gestação sendo relativamente longo, dão-lhe margem para conter os impetos que ainda lhe possam restar da honra, á medida que vão surgindo e avassallando-a os sentimentos caraveis da maternidade.

Fóra d'estas considerações tudo o que se disser relativamente á hypothese é ignorancia das causas a que a sociedade deve obedecer na punição do crime, ou pieguice dos cavalheiros andantes da causa

feminina, que estão a descobrir perseguição á mulher em toda parte ; ou talvez um residuo de superstição religiosa, por ter a minorante *causa honoris* sido sagrada pela auctoridade do Pontifice no art. 276 do Codigo Gregoriano ; ou, pura e simplesmente, manifestação idiosincrasica do misoneismo.

Achando-se a sociedade no infanticidio pela famosa *causa honoris*, em presença de uma mulher, em que, não podendo ser maxima a evolução do sentimento de honra, é, em todo caso, nulla a tendencia á conservação da especie,—e attendendo a que podem concorrer no caso os caracteres anthropologicos encontrados em todos os delinquentes communs,—sou levado a crer que o legislador obedeceu somente ao exemplo de outros codigos ou á qualquer das causas acima descriptas, que não resistem a razões moraes de boa procedencia nem aos verdadeiros dictames scientificos.

Reconheço que a sociedade, não tractando de reorganisar as bases da familia e de premunir seriamente a mulher contra as armadilhas da seducção, recorda, ao tomar-lhe severas contas de sua deshonra, a hypocrisia do insidioso Iago dizendo a Othello na immorredoura tragedia de Shakspeare:—  
« Meu Senhor, para as mulheres, do mesmo modo que para os homens, o primeiro thesouro da alma é uma boa reputação. »

Sei que a mulher, ao tomar o caminho a que se refere Matheus—*lata porta et spatiosa via qua ducit ad perditionem*, pode, se ainda tem um resto de pudor, repetir o verso do poeta florentino ao chegar ao ponto do Inferno em que collocou os vencidos pelos appetites carnaes:—*Io veni in luogo d'ogni luci muto*.

Mas reconheço tambem que o Direito Penal, não sendo responsavel pelo atrazo das leis civis, não

deve se deixar prender por considerações piedosas, que, tomadas ao pé da letra, o afastariam litteralmente da sua grandiosa missão.

Entretanto não acredito que as minhas opiniões sejam bem recebidas.

Naville conta que certo professor, ao ter noticia por um seu discipulo de que a descoberta das manchas do sol estava feita, respondera-lhe :

« Meu amigo, eu li duas vezes Aristoteles, do principio ao fim, e sei por elle que taes manchas não existem. Limpae melhor os vidros da luneta de que fazeis uso. Si as manchas não estiverem n'elles, só podem estar nos vossos olhos. »

Ampliando o pensamento de Bridel ao fazer applicação do episodio citado á estreiteza de vistas dos historiadores da familia e das outras instituições primordiaes da humanidade, declaro que, ao traçar as observações que ahí ficam, não me preoccupei, de modo algum, com o seu exito, por saber que o velho espirito juridico, em toda a parte e principalmente no Brazil, tem pontos de contacto com o dogmatismo astronomico d'aquelle teimoso professor peripatetico.

Dr. PHAELANTE DA CAMARA.







## O desenvolvimento do estudo da legislação comparada

### I

A applicação do methodo comparativo ao estudo do direito já tem uma historia bem longa. Quando no seculo IV, antes de Christo, quiz Aristoteles construir alguma cousa de solido em relação á politica, procedeu como havia procedido em historia natural. Colligiu todos os materiaes ao seu alcance, reuniu cento e muitas constituições de povos heilenos e italiotas, confrontou-as com os resultados das especulações philosophicas de PLATÃO, de XENOPHONTE e de outros grandes observadores que haviam meditado sobre a vida social, e escreveu a sua *Politica*, que é, ao mesmo tempo, a primeira applicação do methodo naturalista ao direito e o primeiro estudo de legislação comparada, de que resta memoria.

Os romanos, quando quizeram preparar a sua primeira codificação, a lei das XII taboas, diz a tradição que enviaram emissarios a diversos paizes da Grecia, afim de estudarem a legislação desses povos. Qualquer que seja a interpretação que demos a esse facto referido por TITO LIVIO, parece indicar elle

claramente que já então os homens de valor comprehendiam a vantagem de estudar-se o direito estrangeiro. Tambem de LYCURGO se conta que andou pelos paizes visinhos colhendo a licção da experiencia, antes de emprehender a reforma da legislação de Sparta.

Passam-se os seculos, não sem que o confronto das instituições de povos differentes tivesse despertado a attenção de muitos e servido de assumpto ás suas cogitações, porém, certamente sem que se fizesse um estudo systematico de legislação comparada. E' com o insigne MONTESQUIEU, no seu immortal *Espirito das leis*, que apparece uma tentativa mais séria e mais fecunda dessa nova ordem de estudos. Mas ainda MONTESQUIEU, apesar do alto poder de seu engenho, não fez mais do que descortinar os vastos horisontes que deviam ser o campo das explorações fecundas de seus successores. Entre esses successores, cumpre destacar a gloriosa figura do infatigavel HERMANN POST roubado aos seus labores quando havia apenas construido uma parte do vasto edificio que a sua poderosa intelligencia havia planeado. Ninguem levou mais longe o estudo da legislação comparada, e o que elle nos deixou, embora não terminado, ostenta a grandiosidade dos monumentos do oriente e a solidez das obras destinadas á perpetuação de uma forma definitiva do pensamento humano.

Abriu-se, com o valoroso jurista allemão, uma era nova para a sciencia do direito, na qual essa ardua disciplina se reconstitue pelo methodo experimental, tomando por base directa o estudo historico e comparativo.

Na Allemanha, na França, na Inglaterra, na Italia se fundam revistas e associações com o intuito

especial de estudar a legislação comparada. <sup>(1)</sup> Tomou tal brilho e extensão o movimento que RAOUL DE LA GRASSERIE, em um substancioso estudo publicado no ANNUARIO da Sociedade berlinense de legislação comparada, declara que o direito é simples conhecimento, mas a legislação comparada é uma verdadeira sciencia. <sup>(2)</sup>

LAMBERT, um dos proceres da sciencia do direito comparado em França, exprime-se em termos equivalentes: « De todos os instrumentos susceptíveis de ser empregados na procura das soluções jurídicas mais conformes ás exigencias actuaes da equidade e da utilidade social o menos imperfeito e o mais geralmente utilisavel é o direito civil comparado. <sup>(3)</sup>

Influenciado por esse impulso progressivo que vac norteando a jurisprudencia em nossos dias, o illustre TODARO DELLA GALLIA <sup>(4)</sup> procura concitar o governo de seu paiz para que se não descure de facilitar, na idolatrada terra italiana, o incremento do estudo do direito comparado, creando, nas universidades italianas, pelo menos, duas cadeiras especiaes,

<sup>(1)</sup> Citemos, na Allemanha, a Sociedade internacional para o estudo do direito comparado e da economia politica (*Internationale Vereinigung fuer Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*) que publica um *Annuario*, além de boletins e contribuições; na França, a Sociedade de legislação comparada (*Société de législation comparée*) que tambem edita um precioso *Annuario de legislação estrangeira e boletins regulares*, presidindo alem disso á publicação de codigos e leis estrangeiras; na Inglaterra, a *Society of comparative legislation* e o *Journal of comparative legislation*. Na Italia pode ser destacada a *Rivista de diritto internazionale e di Legislazione comparata*. E muitas outras revistas se podiam ainda lembrar, quer nesses paizes, quer ainda em outros.

<sup>(2)</sup> *Jahrbuch der int. Vereinigung fuer vergleichende Rechtswissenschaft*, vols. V e VI (1903) I Abtheilung: *Begriff und Wesen der vergl. Rechtswissenschaft*, trad. A. Lehmann.

<sup>(3)</sup> *Fonction du droit civil comparée*, Paris 1903, I, p. 45.

<sup>(4)</sup> *Lo stato presente degli studii de legislazione comparata in Italia*, Palermo, 1902; *Dell insegnamento della legislazione comparata*, Palermo, 1903.



uma para a comparação do direito privado e outra para a comparação do direito publico, <sup>(5)</sup> e instituindo uma secção permanente de legislação comparada, annexa ao ministerio da justiça, á similhaça do que existe em França. Esse gabinete de legislação comparada deverá acompanhar o movimento legislativo e juridico-scientifico na Italia e no estrangeiro; recolherá e coordenará as leis e os codigos estrangeiros comparando-os para formular, quando parecer opportuno, as modificações e innovações a introduzir na legislação italiana; prestará, enfim, outros serviços ao Governo e ao paiz preparando as bases scientificas das reformas legislativas.

Seria talvez opportuno que tambem se tractasse entre nós de introduzir um melhoramento similhante; por isso recommendo aos legisladores de minha patria o projecto formulado pelo distincto professor de Palermo, o qual viria certamente, si fosse convertido em lei, dar um impulso vigoroso ao progresso do direito como sciencia e como lei, pois, segundo excellentemente pondera DUQUESNE, aquelle que conhece sómente a sua legislação habitua-se, pouco a pouco, com as suas faltas e se inclina a considerala perfeita; e um olhar sobre o direito estrangeiro mostra-nos que outros povos encontraram, para os mesmos problemas que nos preoccupam, outras e

<sup>(5)</sup> Segundo refere TODARO DELLA GALLIA as cadeiras de legislação comparada ora são geraes, como em Londres, Cambridge, Oxford, Lousana e Genova; ora têm por campo o direito privado como em Lund, Zurich, Napoles, Madrid e Manilha; umas vezes se occupam do direito publico, tal como as de Paris, Louvain e Napoles; outras vezes se restringem ao direito administrativo e á sciencia da administração, tal como as de Londres, Paris, Tokio e Genebra; aqui é o direito civil que se compára (Paris, Bordeaux, Gand, Genebra e Louvain); ou o direito commercial (Paris e Liège), além é a historia das instituições (Tokio). Destas indicações se vê que é em França que maior quinhão têm dado as organizações universitarias ao estudo da legislação comparada. Veja-se tambem *Lambert, op. cit.*, p. 46, nota 3.



melhores soluções, propuzeram e resolveram questões que a nossa legislação desconhece. » <sup>(6)</sup> Uma comissão encarregada de expôr systematica e regularmente o movimento legislativo do mundo culto aos olhos do Governo e do Congresso teria a missão de apontar-lhes as deficiencias do nosso direito e o modo por que, segundo a experiencia fornecida por outros povos, podiam ellas ser preenchidas. Este é o fim pratico, immediato. Além disso, as collecções, trabalhos, notas e confrontos da comissão, offereceriam precioso cabedal para o desenvolvimento do estudo de direito comparado nas faculdades de direito. Finalmente, pondo ao alcance dos estudiosos esses materiaes, concorreria o Estado para que podessem elles, pela comparação dos institutos existentes nos paizes cultos, encontrar os principios fundamentaes da organização social e da disciplina juridica.

Emquanto a Italia não organisa essa repartição annexa ao ministerio da justiça, vão os juristas colhendo, como podem, os materiaes necessarios para a construcção scientifica, e entre os mais operosos se destaca DELLA GALLIA, auctor dos opusculos a que me estou referindo e traductor do conceituado *Codigo dos Bens* para o principado de Montenegro.

Foi para satisfazer a uma amavel solicitação do egregio collega Palermitano que redigi as ligeiras notas que se seguem, nas quaes procurei, em traços rapidos, succintamente como ordenava a conveniencia, mostrar a parte que deve ser assignalada á legislação comparada, no estudo do direito entre nós. Embora ligeiras essas notas, e despidas de interesse para o nosso meio, pois que expõem idéas e factos de conhecimento vulgar, entendi que deviam ter ingresso neste annuario.

---

<sup>(6)</sup> *Jahrbuch* cit. p. 171: *Der Nutzen des Studiums im Auslande fuer Juristen und Nationalekonomen.*



## II

## Estado actual dos estudos de legislação comparada no Brazil

No Brazil o estudo de legislação estrangeira é imposto, desde muito, pela necessidade, em que se acham os applicadores da lei, de obedecer a uma injuncção do velho codigo portuguez de 1603, que, ainda hoje, é a fonte principal do direito civil brasileiro, e o será enquanto não possuirmos um codigo civil. Parece que não está longe o dia da promulgação desse corpo de leis, pois o *Projecto de codigo civil brasileiro*, approvedo pela camara dos senhores deputados, se acha em estudos no Senado, desde o anno passado.

Mas quem pôde prever a marcha que as cousas tomarão e o destino que espera afinal esse *Projecto*?

A determinação do codigo philippino, a que me referia em começo, quer que os conflictos juridicos se resolvam segundo as leis, e, na falta destas, pelos estylos de julgar e pelo direito consuetudinario. Si o caso, porém, não tiver sido previsto pelas leis nem pelos costumes, nem pela praxe de julgar, ordena o citado codigo (liv. 3, tit. 64) que se recorra ao direito romano. Fala ainda o codigo philippino no subsidio do direito canonico, mas essa referencia perdeu todo o interesse pratico, por ser o direito brasileiro essencialmente leigo depois da proclamação da Republica.

O direito romano, para ser applicavel á solução das pendencias juridicas ha de mostrar-se conforme á boa razão (Cod. phil. 3,64 *in fine*). [7] A lei de 18

---

[7] «As quaes leis imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas».

de Agosto de 1769, § 9, explicando o que se deve entender pela bôa razão jurídica, declarou que os preceitos do direito romano: 1.º deviam ser afastados quando se fundassem em superstição ou costumes particulares do povo romano; 2.º, deviam ser ainda afastados nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações christãs; 3.º, no direito civil tinham valor somente pelos principios geraes de moral e equidade que contivessem.

Estes esclarecimentos eram pouco satisfactorios. Por isso a lei de 28 de Agosto de 1772 (*Estatutos da Universidade de Coimbra*) offereceu uma regra mais segura para saber-se quando o direito romano se conforma com a bôa razão: — São conformes á bôa razão as leis romanas acceitas pelo uso moderno.

«Tal é o caminho *plano e curto* que os dictos *Estatutos* ensinam para vir no conhecimento, si as leis romanas são fundadas na bôa razão», exclama CORREIA TELLES, (8), não sem certa ironia.

Pelo que se vê, o direito romano, como subsidiario do civil patrio, ha de ser aferido pelo uso moderno. Tanto importa *exigir o estudo da legislação dos povos cullos que receberam o direito romano*, ou por outras palavras, eis como é indispensavel, no Brazil, o estudo da *legislação comparada sobre o direito privado*. E como, para as materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, são preferidas as leis das nações christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na bôa, depurada e sã jurisprudencia, a necessidade da legislação comparada se estende ao direito commercial e ao publico. Em relação ao processo federal, o dec. n. 848 de 1890,

---

(8) *Commentario critico á lei da boa razão*, in *Auxiliar Juridico*, p. 459, 2.ª col.



art. 387, 2.<sup>a</sup> parte, nos diz que lhe serão subsidiarios os *estatutos dos povos cultos e espcialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity.*

Esta feição do direito patrio não podia deixar de reflectir-se na organização do ensino do Direito entre nós. Já fiz menção dos Estatutos da Universidade de Coimbra onde se lê esta recommendação aos professores: « indagarão o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobredictas nações que hoje habitam a Europa ». As Faculdades de direito, creadas no Brazil depois da independencia, mantiveram essa orientação, porque as leis portuguezas, anteriores a 25 de Abril de 1821, continuaram a vigorar no Brazil, segundo as determinações da resolução de 20 de Outubro de 1823, art. 1.

Assim é que os primeiros estatutos organisados para o curso juridico fundado no Rio de Janeiro em 1825 recommendavam o estudo *Jurisprudencia analoga das nações polidas* (9).

O dec. de 19 de Abril de 1879 que instituiu entre nós o ensino livre, estabelece, no seu art. 23 § 5.<sup>o</sup>, que o *estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos.*

Já não era somente para o fim de conhecer a boa razão dos preceitos do direito romano e preencher as lacunas do direito patrio que se exigia do estudante o exame das legislações estrangeiras, e sim tambem como meio de alargar os conhecimentos dos jovens cultores do direito e preparal-os para as

---

[9] Dec. de 9 de Janeiro de 1825 ; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Legislação comparada*, pr. 2.



espinhosas missões de juizes e legisladores de sua patria, pois nessa qualidade necessitariam de conhecer os monumentos legislativos dos povos cultos para esclarecimento e aperfeiçoamento do direito nacional.

A evolução accentuou-se neste sentido com o dec. de 17 de Janeiro de 1885 que instituiu, pela primeira vez entre nós, uma cadeira especial de *legislação comparada sobre o direito privado*, collocando-a, infelizmente, no curso de sciencias sociaes, e, portanto, desligando-a das sciencias juridicas que lhe deviam servir de base. Este decreto, aliás, não teve plena execução, de modo que somente depois da Republica, com o dec. de 2 de Janeiro de 1891 é que se inauguraram as cadeiras de legislação comparada sobre o direito privado nas faculdades de direito do Brazil.

Este ultimo decreto ainda mantém a cathedra de legislação comparada no curso de sciencias sociaes, entendendo a principio o governo que os alumnos que tivessem feito o curso de sciencias juridicas estavam desobrigados de prestar o exame dessa nova materia, sob o fundamento de terem estudado o direito civil e o commercial comparando a lei patria com a estrangeira (10).

O auctor destas linhas apresentou uma reclamação contra este modo de ver, a qual obteve o apoio da Congregação da Faculdade de Direito do Recife e o favor do ministro de então, Dr. Cassiano do Nascimento. O ministro attendendo ás razões de ordem theorica e doutrinaria apresentadas, e tambem a uma interpretação do regulamento mais consentanea com o movimento evolutivo do direito, revogou o aviso anteriormente citado, na parte em que dispensava

aos estudantes que quizessem seguir o curso juridico e o social, a matricula na cadeira de legislação comparada.

Em 1895 restabeleceu-se a unificação dos cursos professados nas Faculdades de direito da Republica (dec. de 30 de Outubro), e a nossa disciplina, que já era materia obrigatoria de exame, obteve uma collocação mais apropriada no quinto anno do tirocinio academico. Nessa mesma situação a manteve a ultima reforma realisada pelo Dr. Epitacio Pessoa, quando ministro dos negocios interiores (dec. de 12 de Janeiro de 1901).

E' de esperar que, attendendo ao grande desenvolvimento e á importancia que, nos centros cultos, vae tendo o estudo da legislação comparada, uma proxima reforma venha crear ao lado da cadeira de legislação comparada sobre o direito privado, uma outra que tenha por objecto o confronto das disposições legislativas dos diversos povos a respeito do direito publico.

Actualmente possui o Brazil dez Faculdades de direito, sendo duas federaes, uma no Recife e outra em S. Paulo. Todas essas escholas de direito, modeladas pelos regulamentos da União teem uma cadeira destinada ao ensino da materia de que tractamos.

Si volvermos os olhos para a litteratura juridica, veremos que o exame do direito estrangeiro preoccupava, sem duvida, os juristas a que costumamos dar o nome de *reinícolas*, como se reconheceria abrindo os trabalhos de LOBÃO, GOUVEIA PINTO, COELHO DA ROCHA, mas reconheceremos, ao mesmo tempo, que essa ordem de estudos adquiriu, nos dias que correm, muito maior extensão. Não é somente o direito privado, civil e commercial que se procura esclarecer pelo confronto dos codigos estrangeiros;

é o direito criminal exposto por JOÃO VIEIRA, LIMA DRUMOND, VIVEIROS DE CASTRO, e é o direito constitucional explanado por JOÃO BARBALHO, RUY BARBOZA e VARELA.

Nos trabalhos forenses occupa uma grande extensão o subsidio que os advogados procuram colher do direito alienigena, e é de justiça reconhecer que eruditas monographias tem apparecido entre esses escriptos de circulação limitada, como são, por exemplo, as do Dr. AMPHILOPHIO.

A litteratura especial e expositiva da legislação comparada é que ainda não pode apresentar uma extensa lista de obras. Creio que apenas se podem incluir nesta classe os seguintes livros: *Universalisação do direito* pelo Dr. JOÃO MONTEIRO, notavel professor da Faculdade de S. Paulo, a quem coube inaugurar o curso de legislação comparada naquelle estabelecimento de ensino, na ausencia do cathedra-tico; *Resumo das lições de legislação comparada*, pelo escriptor destas linhas; *Curso de legislação comparada* pelo Conselheiro CANDIDO DE OLIVEIRA, professor da cadeira respectiva na Faculdade livre de direito da cidade do Rio de Janeiro.

Recife, 18 de Abril de 1903.

CLOVIS BEVILAQUA.







# INDICE

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Dr. Augusto Vaz.</b>                                                                       |     |
| Dr. João José Pinto Junior .....                                                              | 1   |
| <b>Dr. Clovis Bevilacqua.</b>                                                                 |     |
| Do enriquecimento illegitimo.....                                                             | 3   |
| <b>Dr. Tito Rosas.</b>                                                                        |     |
| Relatorio apresentado á Faculdade de Direito do Recife.....                                   | 15  |
| <b>Dr. Oliveira Fonseca.</b>                                                                  |     |
| Observações sobre algumas emendas do Sr. senador Ruy Barbosa ao Projecto do Codigo civil..... | 19  |
| <b>Dr. Clovis Bevilacqua.</b>                                                                 |     |
| Os civilistas da Republica Argentina....                                                      | 149 |
| <b>Commissão da Faculdade de Direito do Recife.</b>                                           |     |
| Parecer sobre o projecto de criação de uma Universidade .....                                 | 157 |
| <b>Dr. Phaelante da Camara.</b>                                                               |     |
| Do infanticidio.....                                                                          | 171 |
| <b>Dr. Clovis Bevilacqua.</b>                                                                 |     |
| Legislação comparada.....                                                                     | 217 |





1870  
1871  
1872  
1873  
1874  
1875  
1876  
1877  
1878  
1879  
1880  
1881  
1882  
1883  
1884  
1885  
1886  
1887  
1888  
1889  
1890  
1891  
1892  
1893  
1894  
1895  
1896  
1897  
1898  
1899  
1900

1870

1870  
1871  
1872  
1873  
1874  
1875  
1876  
1877  
1878  
1879  
1880  
1881  
1882  
1883  
1884  
1885  
1886  
1887  
1888  
1889  
1890  
1891  
1892  
1893  
1894  
1895  
1896  
1897  
1898  
1899  
1900





Im/91

F. D. R.  
doação

FDR  
340.05  
R 297 n

vols 10-11

**NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA**



