

Aspectos da elaboração técnica no direito privado

PROF. ANDRADE BEZERRA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1950

10

Data de época relativamente próxima a renovação do interesse pelos estudos da philosophia do direito, não só na doutrina, como nas escolas jurídicas. E porque aquelle movimento de renovação se caracteriza por uma revisão de methodos e uma reconsideração dos problemas fundamentaes da ordem jurídica, procurando descobrir, através a mobilidade e transitoriedade do phenomeno jurídico, a base estavel em que assenta a propria ordem jurídica — aquilo que Geny chama *dados reaes* ou *justo objectivo* —, têm-se denominado *renascimento do direito natural* as novas soluções que os juristas modernos vêm apresentando sobre aquelles problemas.

E' facil apontar, aliás, as causas do desapareço em que havia cahido a philosophia do direito, julgada por muito disciplina dispensavel nos cursos das escolas jurídicas. Entendia-se que as interminaveis discussões de sistemas, as velhas e nunca resolvidas questões da realidade ou idealidade do conceito do direito, a existencia ou inexistencia de um direito puramente racional, que deveria servir de molde ás regras e instituições do direito positivo; a subordinação ou autonomia do direito em face da moral; todas essas discussões, longe de contribuirem para a formação intellectual e professional dos jovens juristas, antes lhes traziam a desconfiança e desestima á sciencia, que professavam. A essa descrença na solidez dos estudos da philosophia do direito, com seus methodos obsoletos, cumpre acrescentar a confiança excessiva que, no campo das sciencias naturaes, se vinha dando aos methodos de

observação e experimentaes, os quaes, por um exagero facil de prever, acabariam por considerar-se o methodo exclusivo de todas as sciencias, inclusive as sciencias moraes. O direito passava assim a ser considerado simples sciencia de constatação de factos, ramo da sociologia, entendida como sciencia de investigação dos phenomenos geraes da sociedade, em suas leis de coexistencia e successão, sem subordinação a qualquer principio superior. Pura atenção *ao que é*, sem preocupação com *o que deve ser*. Tudo até certo ponto justificavel, como reacção contra a velha e gasta escola do direito natural, desmoralizada pelo abuso do methodo geometrico e pelo desprezo das condições do meio e do momento em que o direito, como toda disciplina social, aparece, se desenvolve e constantemente se modifica.

Por força desses malentendidos entre juristas, sociologos e philosophos, generalizou-se a convicção de que o direito, reduzido a simples commentarios dos textos legaes, permanecia numa especie de menoridade scientifica, em face das demais disciplinas sociaes, muito mais adiantadas e seguras do que elle, no firmarem os seus fundamentos e no justificarem as suas regras. Condemnados a uma rotina desoladora, os estudos juridicos, teimavam em alheiar-se da vida, com a multiplicidade dos seus aspectos e a realidade complexa e movediça dos factos, para se encerrarem no ambiente estreito e até certo ponto ficticio, dos codigos e regulamentos, surdos ás exigencias e reclamos do mundo exterior.

A reacção contra essa rotina havia de surgir, quando o esteril methodo syllogistico, de que tanto se abusou nos estudos de direito, poudeser substituido por um methodo objectivo e organico, capaz de revelar aos juristas toda a complexidade da vida social, em função das exigencias da ordem juridica; methodo de vida organica e evolução historica, segundo Geny, que verifica os codigos pelo affluxo de todos os elementos de vida successivos, que lhes vêm do mundo exterior. Longe de dobrarem-se sobre si mesmos, abriram-se os codigos para a vida, não para se deixarem dominar ou invadir por ella, mas para se lhe adaptarem, dominando-a e enquadrando-a em sua propria disciplina, e traduzirem, em moeda juridica, com a marca que lhes é propria, todas as relações novas resultantes do desenvolvimento da vida. O direito já não é uma disciplina isolada, que se baste a si mesma e se possa encerrar nos proprios textos e formulas. E' uma sciencia de

factos, que, como as demais sciencias, retira da natureza das cousas, seus elementos primeiros de formação e interpretação.

Libertos da preocupação, outrora absorvente, com os problemas de gnoseologia e deontologia, para cuja solução a philosophia do direito não tem competencia propria, devendo receber essas soluções da philosophia geral e da philosophia moral, passaram os juristas-philosophos a concentrar a sua attenção nos problemas fundamentaes da ordem juridica positiva e a explicar o seu fundamento, a sua razão de ser e a sua função, justificando assim os titulos de existencia do direito positivo. Não é que todos os problemas fundamentaes do direito se possam dizer resolvidos. Ainda hoje se discute se o direito é norma ou phenomeno, sciencia ou arte, natural ou positivo, distinto ou não formalmente de disciplinas visinhas, como a moral e a sociologia. Mas já se nota ahi uma certa divisão do trabalho. Enquanto o philosopho se preocupa com aquellas questões fundamentaes, na elaboração scientifica do direito, o jurista, mais modesto e talvez mais util, toma como objectivo de sua actividade as condições de realizabilidade do direito, attento á observação de Ihering de que *o direito não existe senão para realizar-se*.

A complexa função que o jurista reserva para si é a elaboração, a interpretação e applicação das regras do direito. O leigo não comprehende facilmente a complexidade e difficuldade dessa tarefa. Para elle todo o direito resume-se na lei. E, aparentemente, todo o trabalho do jurista consiste em comprehender e facilitar a applicação desses textos legaes. No entanto, a verdade é que, antes de chegar á estratificação dos codigos, já soffreu o direito uma lenta e preciosa elaboração scientifica; e que, depois de consolidado na letra da lei, ainda é necessario continuar o trabalho de aperfeiçoamento e adaptação do interprete e do juiz, para que as soluções legaes penetrem a realidade da vida social.

Tendo de escolher um thema para a presente conferencia, julguei que nenhum sobrelevaria em actualidade e interesse scientifico e pratico, ao exame de alguns aspectos da actividade propria do jurista na elaboração technica do direito privado. E' nesse terreno que os modernos estudos de philosophia do direito se vão orientando e já apresentam um contingente de observações e reflexões digno de attenção. Basta indicar nesta phalange de estudiosos os nomes aureolados de juristas philosophos do

valor dos professores Geny e Dabin, para citar somente os dois coripheus do movimento. Escusado é dizer que, pela natureza e destino deste trabalho, limitar-me-ei a esboçar, em traços geraes, as linhas dominantes daquelles novos estudos, num como resumo dos trabalhos daquelles dois eminentes juristas philosophos.

Technica juridica

Numa phase, como a actual, dominada pela preocupação de realismo e racionalisação, a expressão *technica juridica* é frequentemente empregada, não só pelos juristas, como pelos cultores das outras sciencias sociaes. A noção parece ainda imprecisa, sugerindo, atravez divergencias que em seguida esboçarei, idéas communs de *especialidade, actividade professional, processos proprios artisticos ou de fabricaço*, em summa, *artificios*.

Não é, porém, sem relutancia de alguns que a expressão *technica juridica* vai adquirindo direitos de cidade. Já HEGEL dizia que a casta dos juristas, pretendendo possuir conhecimento especial das leis, julga ter o monopolio de tal conhecimento negando toda competencia aos que não são do officio. Mas, adverte o philosopho, não é preciso ser-se sapateiro para saber que se usa sapatos bem feitos. E ainda mais não é preciso ser-se do officio para comprehender coisas que são do interesse geral.

Por seu lado, o grande HAURIU protestou contra a expressão TECHNICA JURIDICA, por considera-la inadequada á dignidade e nobreza do direito: é rebaixar o direito, diz elle, reduzi-lo a uma technica. O vocabulo technica deve ser reservado a certos processos da profissão; mas o jurisconsulto, do mesmo modo que o escultor e o architecto, não deve, ser confundido com o pratico e o direito não é pura pratica.

Apezar, porem, dessas restricções, a expressão e o sentido de renovação que ella significa nos estudos do direito e na orientação da actividade dos juristas, vão ganhando terreno.

Savigny distinguia a creação espontanea do direito pelo povo (*elemento politico do direito*), de sua elaboraço pelos juristas (*elemento tecnico do direito*). O direito objectivo nasce nas camadas profundas da consciencia popular e só depois se reveste de carater scientifico, sob a influencia professional dos juristas. A technica, é, por-

tanto, a parte do direito verdadeiramente especifica nesse ramo das disciplinas humanas.

Ihering ora fala de technica, ora de methodo, ora de arte. A technica é para elle o elemento especifico do direito, aquillo que o distingue de qualquer outro objecto da actividade humana, segundo o seu fim. A technica tem dois significados: é um ramo da arte juridica, cujo objecto é aperfeiçoar a forma da materia juridica (*methodo technico*); ou o conjuncto de processos por meio dos quaes esse fim pode ser atingido (*mechanismo technico*). Assim entendida, teria a technica um duplo fim: 1.º — a simplificação do direito, permitindo o seu mais facil e completo conhecimento; 2.º — assegurar e facilitar a applicação do direito.

Para STAMMLER a regra juridica é constituída de dois elementos: um material, que é dado pela economia, e outro formal, que é o revestimento juridico. Toda a attitudão do jurista seria, assim, de ordem technica. O direito seria todo elle uma technica.

Para outros juristas allemães, como Kohler, a technica juridica, em opposição á sciencia juridica, ou sciencia dos principios abstractos, designaria a adaptaçãõ dos principios á vida e ás circumstancias concretas, de tempo e de meio. Monopolio dos praticos, a technica ficaria reduzida a interpretações e applicação das normas formuladas nella sciencia.

Para outros, como Windscheid, a technica juridica diz respeito á parte intellectual da elaboraçãõ juridica, isto é, á analyse e desenvolvimento dos conceitos, por meio dos quaes se exprime o direito desde que atinge o estadio scientifico ou mesmo todo trabalho de sistematizaçãõ logica das regras pelo esforço combinado da doutrina e da jurisprudencia.

Outro grupo de juristas, entre os quaes Duguit e Demogue, attende ao aspecto instrumental da ordenaçãõ juridica, entendendo por technica juridica o conjunto de meios e processos imaginados para garantir a realizaçãõ dos fins geraes ou particulares do direito. Demogue reduz a technica ao problema *do modo de protecção* dos interesses e das vontades, deixando para a philosophia do direito o problema *do valor juridico* reconhecido a esses interesses e vontades. Do mesmo modo, Duguit, dividindo as regras do direito em *normativas* e *construtivas*, considera estas ultimas como de ordem technica, tendo como fim compôr a immensa armadura de normas preventivas e

repressivas, estabelecidas para assegurar, na medida do possível, o respeito e aplicação das regras normativas.

Ha, por ultimo, uma concepção mais larga, chefiada por Geny, que toma como ponto de partida a distincção entre *materia* e *forma* do direito, entendendo que a technica tem por funcção dar forma adequada a uma materia juridica previamente dada, materia que, segundo Ihering, representa as tendencias ideaes do sentimento do povo, e que, para Geny, apparece como *o dado de ordem juridica*, consistentes não só nas realidades phisicas, psychologicas, sociologicas, que dão logar á regulamentação, como diretrizes economicas ou moraes, aptas para sugerirem os preceitos.

Mas emquanto Ihering limita o fim da technica á realidade formal do direito, definida nestes dois traços: 1.º, uma sufficiente intelligibilidade das regras, graças á simplificação dos seus elementos componentes; 2.º a facilidade e segurança da applicação do direito abstracto ás especies concretas; — entende Geny essa *realizabilidade formal* ou *praticabilidade do direito* no sentido largo de uma plena producção de effeito dos principios directores da vida social, ou melhor, de uma apprehensão total das realidades da vida pelas regras.

Segundo Geny, a technica comprehende, alem das fontes formaes do direito, de um lado, os processos de algum modo materiaes e pelo menos plasticos, pelos quae o jurista procura tornar tangiveis os actos e os fact^o que dão lugar á regulamentação (formalismo extrinseco e intrinseco); e, de outro lado, a serie indefinida de processos especiaes de ordem antes intellectual, cujo conjuncto se pode chamar *conceitualismo juridico* (conceitos, construcções, terminologia, e phraseologia, presumpções e ficções). A technica juridica, creando em vista de um resultado, differe da sciencia da materia ou do dado juridico, que regista e constata.

Para Geny a technica representa, no conjuncto de direito positivo, a forma opposta á materia, e essa foi, na permanencia essencialmente uma construcção largamente artificial do dado, obra mais de acção que de intelligencia, na qual o jurista pode mover-se á vontade, sómente dirigido pelo fim predeterminado da organização juridica, que sugere os meios de sua propria realização.

Dabin, reconhecendo embora a originalidade e profundez dos conceitos de Geny, prefere uma interpretação synthetica da technica juridica, abraçando ao mesmo tem-

po o aspecto material, processualistico, e o aspecto intellectual, da elaboração do direito.

O conceito unanime dos juristas distingue no direito *a materia e a forma*. Hauriou ensina, em forma lapidar, que a forma do direito é a das regras e dos actos juridicos; sua materia é o conteúdo das regras e dos actos, o qual se reduz essencialmente á liberdade humana condicionada pela ordem social e pela justiça.

Na indicação da materia do direito, os juristas se dividem, conforme as suas tendencias. Para os historicistas e sociologistas, essa materia é procurada e existe na consciencia popular. O jurista-sociologo extrae do complexus social esse facto de consciencia collectiva entregando-o ao jurista tecnico para que este analyse, pelos meios do direito, a aspiração assim reconhecida. Outros, porém, não cedem tão facilmente, a pretexto de methodo positivo, ás tendencias da opinião, preferindo encontrar a materia do direito nos dados que a razão e a experiencia revelam na natureza das cousas.

Para estes, a materia do direito compõe-se de pequeno numero de directrizes economicas e moraes, transcendentas aos caprichos das vontades individuaes ou collectivas, e que se poderia agrupar em torno da idéa suprema do «justo objectivo».

Mas uma primeira observação se impõe; esses dados geraes são demasiado vagos para formar um ponto de apoio á construcção positiva. Sobretudo nas epocas de divisão e dissidios de aspirações e tendencias, esses dados seriam não só demasiado vagos, como contradictorios. O direito não existe *por si*, nem *para si*. E' instrumento a serviço de um fim, que se chamará, segundo a philosophia adoptada, a liberdade humana condicionada pela ordem social e pela justiça (Hauriou), a ordem ou a justiça social (Geny), a justiça combinada com a segurança (Renard), o direito justo (Stammler), a idéa directriz do systema social (Hersaet) ou o bem commum temporal dos homens viventes em sociedade (Dabin).

Instituida com um fim social, a regra juridica é submettida ao imperio desse fim, tomando como materia de suas normas uma idéa representativa de certo valor de bem commum. O problema consiste em verificar a medida em que a idéa de bem commum, realizavel quanto á oportunidade é susceptivel de prestar-se a realização propriamente technica. E' o ponto de vista de Ihering, da *realizabilidade formal* ou da *praticabilidade do direito*, que

suppõe adequação da materia ás exigencias especificas da forma regulamentar, o qual se deve distinguir do elemento de *opportunitate politica*, chamado por aquelle jurista *realizabilidade material do direito*, resultante do jogo daquelles imponderaveis — movimentos de opinião, temperamento e historia do novo — cuja influencia subtil ás vezes desconcerta as mais seguras previsões e as intenções mais rectas.

A materia do direito não é dada pela sociologia, mas resulta da uma escolha premeditada e elaborada. Tanto no fundo, como na forma, toma o direito positivo o aspecto de uma obra construida pelo genio humano, no intuito de collaborar para a mantença e o progresso da vida social. O jurista tem de submeter se não só aos dados das sciencias auxiliares do direito, como ás exigencias e directrizes da ordem juridica. Mas quanto á regulamentação juridica, em sua actualidade concreta, é o jurista que a crêa, tanto em sua forma, como em sua materia. A sciencia só lhe fornece materiaes e o methodo. A regra é resultado de julgamento pratico, discernindo valores e possibilidades e ás vezes até arbitraria.

O direito não é sciencia, nem quanto á materia, nem quanto á forma. Quando se trata de elabora-lo, interpreta-lo, applica-lo, é arte utilitaria, classificada entre as artes sociaes e politicas. E' materia menos de sciencia que de prudencia. E nesse sentido é adequada a denominação romana de *jurisprudencia*. Não vale a objecção das exigencias do chamado *direito natural*, porque a lei na natureza só dita normas de conducta, e essas mesmas as mais geraes, no dominio do *bem agir moral*, na ordem individual, familiar e politica. E quanto á elaboração do direito positivo, os primeiros principios de moral politica só indicam uma norma, ponto de partida da philosophia do direito: ordenar as relações dos homens entre si, no seio da sociedade politica, sobre a base do bem commum, isto é, onde o bem commum exige essa ordenação e na medida em que o exige. Tudo mais, no direito é obra de construcção e de prudencia, da parte do politico e do jurista. Taes são as conclusões de Dabin.

Consiste, portanto, o problema fundamental da technica em isolar os elementos especificos do direito; discernir nas instituições sociaes o que lhes imprime feição juridica. Qual o momento em que, na elaboração da regra, começa o trabalho proprio do jurista? Para Geny a technica comprehende todo o trabalho da elaboração do

direito positivo, tomando por base o dado do direito natural ou do justo objectivo. Só esse dado constitue materia de elaboração scientifica.

Ha, porem, nessa caracterização da technica, um erro de methodo assignalado por Dabin: o que cumpre verificar, não é o termo do esforço, mas a sua qualidade intrinseca. O direito não é disciplina isolada; toma ás demais disciplinas sociaes, materiaes e methodos. A elaboração juridica resulta de um equilibrio entre o ponto de vista social e politico e o ponto de vista juridico e regulamentar.

Esse equilibrio ou dosagem exige porém um esforço complexo, porque o discernimento do bem commum é tarefa que tanto cabe ao politico como ao jurista. A' technica politica toca a elaboração da materia juridica; á technica juridica a elaboração da forma apropriada a essa materia.

Kohler destingue a *Rechtspolitik* da *Rechtstechnik*. A primeira ou politica juridica, determina a melhor forma (conteudo) do direito, nas circunstancias de tempo, lugar e cultura ás regras de direito.

Exemplos de problemas da competencia da politica juridica: o respeito á propriedade, a liberdade das convenções, a prohibição dos pactos successorios, o usufructo legal inherente ao patrio poder, — principios esses como tantos outros, elaborados por considerações de bem commum moral, economico social, que lhes dão caracter de solução politica. Sempre que se fala de propriedade, autonomia contractual, culpa, risco, acto abstracto, etc., está em jogo o fundo do direito e a solução é ditada por uma certa sociologia ou uma certa politica e não pela technica formal.

A distincção entre a elaboração scientifica e a elaboração technica do direito tem importancia doutrinaria e pratica. Theoricamente, porque se verifica que a materia do direito ou o conteudo das regras juridicas não é especificamente tecnico, antes de natureza social e politica. Do ponto de vista pratico, porque demonstra a necessidade não só de collaboração dos juristas na elaboração politica da leis, como de possuir o jurista um solido preparo sociologico e philosophico.

A juridicidade de uma regra não consiste sómente na força obrigatoria resultante de sua elaboração formal pelos poderes competentes; mas das suas condições de applicação e realização. A construção formal, pro-

pria dos juristas, é a parte da elaboração, em função das exigências da obra de regulamentação jurídica, condições de realizabilidade e praticabilidade. Essa, a technica especificamente jurídica. A elaboração politica da materia jurídica tem por objectivo *a verdade*; a elaboração technica do jurista tem por objectivo *a efficacia*. Emquanto a elaboração da materia jurídica é sempre necessitada; os varios processos de eficiencia comprehendidos na technica jurídica, têm character arbitrario, postos ao serviço da regra e do seu successo pratico. Exemplo: a politica jurídica estabelece a divida de alimentos; mas nada exige de antemão o não cumprimento dessa divida seja sancionado por prisão, como na França e na Belgica, ou por execução judiciaria, como nos demais paizes. E' de logica da instituição que a prescripção se realise após um largo lapso de tempo; mas nada exige de antemão que esse periodo seja de 30 ou 25 annos, quanto aos direitos pessoases.

Os meios de eficiencia comprehendidos na technica jurídica podem assim classificar-se: 1.º — meios de coacção; 2.º — meios de prova; 3.º — processos de construcção jurídica. Essas tres technicas de elaboração jurídica tendem para um mesmo fim, mas correspondem a condições especificas de realizabilidade do direito, operando em sentidos differentes: os meios de coacção têm character material; os meios de prova estão ligados á ordem puramente intellectual. Processos, que, entretanto, cooperam para o mesmo fim, todos esses meios são interdependentes, todos submettidos á exigencia da realização e applicação da regra, a que procuram servir.

Technica da coacção

As leis e os codigos têm o cuidado de garantir a propria execução, mediante disposições precisas de coacção ao que os transgridem.

Mão cabe aqui discutir sobre se a coacção e da essencia ou simplesmente da natureza da relação jurídica como pretendem Cathrein e Le Fur. O direito existe para realizar-se; e quando os individuos não se submetem voluntariamente ás suas disposições, as exigencias de segurança da ordem jurídica impõem que essa execução se faça pela força.

Cada ramo de direito comporta, além das sancções chamadas penaes, o seu systema proprio de responsabilidades e sancções civis, administrativas, fiscaes. Cada regra

é munida de uma ou varias vias de direito, destinadas a assegurar-lhe a execução voluntaria ou forçada, quer nos proprios termos em que foi estipulada (execução in natura), quer subdiariamente, sob forma de equivalente (decadencia de direito ou perda de capacidade), perda de acção, restituições e reparações, nullidades, ou resoluções de actos. Outras regras visam desmascarar a fraude ao imperativo legal—esquivança a certo deveres (fixações) da quota disponivel), de certas condições impostas á obtenção de um efeito de direito (fixação do maximo de valor dos contractos, que podem ser provados por testemunhas).

Algumas vezes, os meios de sancção falham, porque contrarios ao sentimento geral. Ex., o insuccesso da sancções em materia de obrigação de cohabitação no casamento. O cod. civil francez faculta ao marido o recurso á autoridade policial. Comprehende-se facilmente o insuccesso pratico desse meio, o que fez certa vez um jurista allemão, Crone, em face da extranheza daquelle dispositivo legal, dizer que os francezes sabiam ser amaveis para com as mulheres dos outros.

Como qualquer instrumentação, as sancções valem pelo seu rendimento pratico, dependendo a efficacia dos meios empregados, não só do estado dos sentimentos collectivos, como da adaptação de taes meios ao fim para que são ordenados e ao meio onde têm de actuar.

Mas, ao lado do successo, a legitimidade do meio de sancção tem de ser levada em conta. Assim se explica a suppressão da morte civil, em attenção á dignidade da pessoa humana.

Cada systema juridico possui a sua technica, propria de sancções. A technica da repressão penal é dominada pela politica das penas e medidas de segurança; a technica das sancções civis por uma politica das nullidades e outros meios indirectos de pressão. Em geral, os especialistas recebem mal a introducção, em sua materia, de sancções proprias de outras materias: sancções penaes, para o não cumprimento das regras de direito civil; sancções civis, com a nullidade de actos, para as infracções á lei fiscal.

O regimen das sancções exerce influencia sobre o conteúdo das regras. Muitas vezes o direito restringe as suas exigencias pela impossibilidade ou difficuldade da sancção. Incapaz de proscriver o alcoolismo, o jogo, e prostituição, a usura, comprime-os numa rede de medidas

hostis. Incapaz de impedir as fraudes nas declarações do imposto, substitue a declaração do interessado pelo sistema dos indices de fortuna ou de negocio. Aquella influencia tambem se dá sobre o conteúdo *negativo* da regra juridica. Quantas soluções juridicas, ditas de liberdade, justificam-se pela incapacidade do direito para sancionar de modo effectivo um conteúdo positivo de justiça ou solidariedade.

Technica da prova

Nada é o direito sem a prova do acto juridico ou do facto material donde deriva. Só a prova vivica o direito e o torna util, adverte PLANIOL. A prova, ensina IHERING, é o preço dos direitos cuja solução se pede á justiça.

Provar é demonstrar a existencia das condições de applicação da regra juridica. Nas demais sciencias sociaes, o estudioso, quando não tem meios immediatos de comprovação, pode esperar. O direito, porém, regula os interesses humanos e a solução desses conflictos tem de ser dada de qualquer modo. O juiz, perante quem o conflicto se apresenta, tem que decidir em favor de uma das partes. A ausencia de prova leva á decisão contraria ao argumente sem provas, favoravel, portanto, ao seu contendor. O direito é obrigado a intervir para regular a forma exterior da administração da prova (*ordinatoria litis*), como para estatuir sobre o fundo da prova, determinando os meios de prova admissiveis, bem como sua força probante (*decisoria litis*).

E' por esse motivo que o codigo civil trata dos meios de prova, como um dos aspectos da forma dos actos juridicos, definindo de modo limitativo e formal aquelles meios, como o instrumento particular, a escriptura publica, a prova testemunhal, a confissão e as presumpções. Emquanto os primeiros são verdadeiros instrumentos de prova, attingindo directamente o facto a provar, as presumpções operam de modo indirecto, por deslocamento do objecto da prova, que passa a resultar de um facto differente, ligado ao primeiro por uma relação habitual de antecedente e consequente.

Por outro lado, tem a lei o cuidado de estabelecer a força probante dos diversos meios de prova, desde aquel-

les da substancia do acto, aos que, como a prova testemunhal, são admittidos a completar uma já iniciada por outros meios. Se a regra é a liberdade de forma, casos ha em que, como no casamento, na adopção, no testamento, a lei preestabelece a forma, de modo a coincidir esta com o meio de prova.

Em certos casos, a instrumentação da prova é desviada do seu fim normal, o que se dá quando a lei prohibe prova de certos factos, como em principio, a filiação incestuosa ou adulterina, ou quando prohibe contestar certos factos, que tem por constantes, como a interposição de pessoas. Em outros, o legislador facilita a prova em condições tendenciosas, criando presumpções de direito sem base objectiva, como quando, para o fim de favorecer a legitimidade, reputa nascido no momento mais favoravel á sua legitimidade, o filho nascido de mulher caasda; com o fim de consolidar a propriedade, formula uma serie de presumpções favoraveis á posse, exteriorização do dominio.

A prova é, assim, um instrumento de politica juridica, exercendo larga influencia sobre o fundo do direito. A regulamentação da prova exige acomodação ás particularidades dos factos e aos recursos da technica em geral. Ha factos susceptiveis de constatação directa — um accidente, o nascimento, a morte — outros que só podem ser provados por indicios — a paternidade, a aquisição da propriedade por meios indirectos. Em certos casos, é possível a prova por escripto; noutros, não. A prudencia aconselha todas as restricções á prova testemunhal. Causas ha, como as de desquite, em que se tem de receber a confissão das partes com as maiores reservas, pelo interesse que podem ellas ter em simular factos que, em outras circumstancias, certamente negariam.

Os meios materiaes de prova variam conforme os recursos da technica em geral. E' facil entender como as invenções e processos aperfeiçoados, como o telegrapho, o telephonio, a televisão, a radiocommunição, a estenographia, a filmagem e a impressão sonora em discos, augmentam as possibilidades dos meios de prova.

A prova influe sobre o fundo do direito. Assim sempre que os factos escapam totalmente aos meios de prova e até a qualquer sistema razoavel de presumpções, têm de ser excluidos do terreno juridico. PLANIOL explica a antiga prohibição de investigação da paternidade, não pelo fim de evitar o escandalo, mas porque a pesquisa

judiciaria de taes factos levaria a mais das vezes a um erro. Do mesmo modo, as reservas impostas a certas interpretações, demasiado psychologicas, da theoria do abuso do direito, as quaes levariam a um terreno de prova impossivel. Podem-se, do mesmo modo, explicar certas disposições legaes pela impossibilidade ou difficuldade de prova das situações de facto nellas implicadas. Assim os prazos de decadencia de direito e mesmo de prescripção de acção, afim de impedir que os factos, demorando a serem submittidos á decisão judiciaria, venham a perder os seus elementos de prova. O usufructo legal dos paes sobre os bens do filhos menores, pode tambem explicar-se pela difficuldade de prova da applicação daquelles rendimentos em beneficio dos filhos.

A technica do conceitualismo

A realização technica do direito comprehende, alem da translação do direito para a vida, uma elaboração conceitual da materia juridica primitiva, hypotheses e soluções, permittindo a facil applicação da regra. A materia juridica, tal como é elaborada pela technica politica, é demasiado vaga. Fazem-se necessarios novos esforços intellectuaes com o objectivo, de precisar, concentrar e simplificar aquella materia. O conceitualismo é o methodo e processo que dá forma a esse esforço de simplificação, subordinando-se e ordenando-se, tambem elle, por seu lado, ás exigencias da praticabilidade do direito.

Os factos sociaes são diversos, movediços, variados e complexos. O ideal seria que a cada situação de facto correspondesse uma solução especial de direito. Mas o direito procede por soluções geraes, validas para series de casos-typos, embora as necessidades de segurança imponham certa determinação da regra. Assim no caso de protecção dos menores. Em vez de deixar a uma autoridade qualquer a funcção de estabelecer, para cada caso, um systema de protecção especial, o direito constroe, por meio de conceitos as instituições da administração legal da tutela e da curatela, conjuncto de disposições geraes e precisas, chamadas a funcionar automaticamente, desde que se reünam as condições de facto previstas na lei.

O jurista não pretende *representar o mundo* em sua realidade multiforme e espontanea ; mas *organizar o mundo* em hypotheses claras, para sobre ellas assentar so-

luções precisas. Esse trabalho de elaboração conceitual dá-se desde a phase da elaboração politica do direito. Mas, enquanto nessas phases ha preocupação com a *verdade theorica* da regra; no conceitualismo juridico se procura obter o seu maximo de praticabilidade. O conceitualismo torna-se tendencioso, utilitario e ás vezes arbitrario e ficticio. Resta considerar se a impraticabilidade das regras não seria preferivel á sua alteração. No conflicto entre o fundo e a forma, entre os dois elementos do bem commum, — a justiça e a segurança social, — só a prudencia, mais propria do politico, que do sociologo, pode decidir.

O conceitualismo juridico desenvolve-se pela definição, pela classificação e pela construcção juridica. A definição tende á determinação dos conceitos indispensaveis á constituição dos elementos das regras. A classificação corresponde á necessidade de concentração da materia juridica, approximando e agrupando, sob um genero commum, conceitos analogos. A construcção juridica esforça-se por obter a explicação logica e synthetica das soluções leaes.

Na definição, o jurista procede como os demais investigadores. Da massa dos factos depreheende o conceito, pela approximação do *genero proximo* e da *diferença especifica*. Assim, da massa inumeravel das relações economicas (*genero*) conceitúa certos typos mais usuaes de contractos, venda, locação, etc., caracterizando-os por traços especificos essenciaes. E nessa definição distingue os elementos *essenciaes*, *naturaes* e *accidentaes* de cada negocio juridico.

Na formulação dos conceitos, o jurista se serve de elementos já adquiridos em outros ramos de conhecimento; mas sempre adapta esses elementos ás exigencias da ordem juridica. Toma, p. ex., da economia a noção de compra e venda; mas lhe dá um significado especial, reduzindo-o aos elementos do consentimento, do objecto e do preço em dinheiro.

Nessas alterações de conceitos está uma das peculiaridades da technica juridica, chegando a deformações da idea original, substituida por outras de maior rendimento. Isso se dá quando a idea original não é determinavel; ou quando, ainda que determinavel, escapa a identificação, em casos especiaes. Em taes hypotheses, a technica substitue um conceito por outro. O exemplo classico da substituição de conceitos é, desde Ihering, o

da *maioridade civil*. Na realidade, a capacidade juridica, devia depender de uma certa aptidão de facto, a ser apreciada em cada individuo. Mas como essa madureza de espirito é delicada no definir e difficil no reconhecer, o direito substitue esse criterio exacto, mas de difficil verificação, pelo criterio da maioridade, representada por uma certa duração da vida do individuo.

Do mesmo modo, na impossibilidade de assegurar a justiça commutativa nos contractos, contenta-se o jurista, nos casos duvidosos, em tomar como criterio *a estimação comum*, pelo que se passa na generalidade dos casos. Ainda na naturalização voluntaria, sendo impossivel verificar a intenção do naturalizando, contenta-se o jurista com certos indicios dessa intenção, verificados na residencia no paiz ou no facto do casamento ou posse de filhos nacionaes, para admittir a naturalização.

Outras vezes, a technica elimina certos elementos do conceito: como a noção de acto gratuito, tomada como acto sem equivalente apreciavel, abstrahindo de todo elemento psychologico, intenção de liberalidade ou de beneficencia. Do mesmo modo, as tendencias objectivas da teoria da culpa, desprezando os motivos psychologicos ou moraes do acto culposos.

Depois de definir, o direito classifica. Com isso economizam-se as regras juridicas. A's vezes, as classificações juridicas põem de lado as nuanças; outras, mistura as categorias. Exemplo do primeiro caso: a classificação dos actos em onerosos e gratuitos, com fundamento em certas presumpções ou preferencias legaes. Exemplos de classificações artificiaes: a distincção entre bens moveis e immoveis; o direito autoral, classificado como os imoveis por destino; e de moveis, como os moveis por antecipação.

A tendencia do direito moderno é no sentido de rever as classificações, para approximar os conceitos juridicos das realidades e exigencias da vida social.

A construcção juridica é a ultima e mais complicada das operações de technica juridica. Não tem por objecto as regras de fundo do direito, mas a sua explicação formal, pela subordinação dellas a um principio ideal de unificação. A construcção scientifica dá as razões profundas das regras, taes os conceitos de risco, seguro, previdencia, instituição, copropriedade. A construcção juridica agrupa as regras de direito num quadro puramente logico. Na carencia de explicação real, em face de instituições

indecisas ou singulares, o jurista constroe uma idéa mais ou menos artificial, a cujo redor se agrupam as partes amorphas do direito. Assim, no terreno das sucessões, a regra artificial mas commoda e explicativa, de que *o herdeiro continua a pessoa do defunto*. Outro exemplo de construcção juridica: a ligação entre as noções de patrimonio e personalidade, cada pessoa tendo um patrimonio e só um patrimonio, ainda quando não possui bem algum; attribuindo-se ao patrimonio os caracteres geraes da personalidade — unidade, indivisibilidade, intransmissibilidade entre vivos

A construcção corresponde á necessidade de unidade logica, deante do numero sempre crescente dos preceitos juridicos. E' elemento de coherencia logica na complexidade atordoante das regras. Estimula o trabalho de criação juridica, mas não deve ceder á tentação de sacrificar a verdade do direito, levando-o á falta de correspondencia com a vida.

Conclusão

Restaria tratar dos processos mais caracteristicos do conceitualismo juridico: as presumpções e as ficções. Mas aqui me detenho por não alongar demasiado esta exposição, cujo fim consiste apenas em chamar a attenção e despertar o interesse dos estudiosos do direito para as modernas preocupações dos juristas com os processos de criação e construcção da technica juridica. E não é por demais repetir, como o fiz no inicio desta exposição, que as idéas aqui resumidas são tomadas aos dois maiores esponentes de moderna filosofia juridica, Geny e Dabin e principalmente a este ultimo, cujas obras são de recomendar aos que quizerem possuir uma noção clara e precisa daquella nova orientação nos estudos filosoficos do direito.

Julgo tanto mais opportunas essas reflexões quanto sabemos que o mundo actual está trabalhado pelo conflicto agudo das mais extremadas ideologias, pretendendo-se subverter a velha e tradicional ordem juridica, pela imposição de uma nova ordem social, que mal se delinêa atravez o choque violento das pretensões e interesse em luta. Nós, juristas, possuímos a tradição multiseular de nossa cultura e já nos habituámos, com paciencia e tolerancia, á investida dos sistemas e regimens, que tentam fazer tabua raza das garantias e segurança da ordem juri-

dica. Aguardamos com calma o final da tormenta, certos de que os reformadores pela violencia — o mais esteril dos meios de reforma — acabarão por solicitar dos technicos do direito o contingente de sua comprovada experiencia, para repôr um pouco de ordem no mundo convulsionado de hoje.

Seremos dignos dessa missão de restauradores da ordem, se não esquecermos, como adverte Geny, que o supremo objectivo do direito é a consagração positiva da justiça, cuja realização a technica promove. Sob a opposição apparente desses dois principios distinctos, revela-se, elemento capital de unificação, a necessidade de fazer prevalecer a ordem suprema na sociedade dos homens. Porque a justiça é e será sempre o esplendor da ordem.

.....