

1. Sem embargo de suas concepções geniais, não prevaleceu, através dos tempos, a teoria que Friedrich Carl von SAVIGNY opôs, em 1814, à de THIBAUT (Anton Friedrich Justus) relativamente à utilidade das codificações, com mais precisão — acerca da necessidade da formulação de um direito civil comum para toda a Alemanha. O Professor de Heidelberg entendia não bastar restabelecer os antigos costumes dos alemães, como pretendia certa opinião corrente. **Eu opino, pelo contrário**, disse então, **que nosso direito civil (pelo qual sempre entenderei aqui o Direito privado e o penal, assim como o processual) necessita de uma rápida transformação e que os alemães não poderão ser felizes em suas relações civis senão quando todos os governos alemães cuidarem de pôr em vigor, unindo suas forças, um código promulgado para toda a Alemanha, subtraído ao arbítrio dos governos singulares.** (Anton Friedrich Justus Thibaut, "Ueber die Rothwendigkeit eines allgemeinen Rechts für Deutschland", "Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania", trad. de José Dias Garcia, Madrid, 1970, pág. 11.)

O triunfo, aliás, do movimento pela codificação, no mundo moderno, conforme demonstração feita por EDUARDO COUTURE em sua última conferência pública, pronunciada aqui no Brasil (Curitiba) pouco antes de morrer, cabe a JEREMIAS BENTHAM, que o processualista uruguaio chama **o realizador de sonhos e o sonhador de realidades mais admirável que o pensamento jurídico já teve.** (Eduardo Couture, **Los Tres Poetas del Derecho**, Divulgação nº 37, da Faculdade de Direito do Paraná, Reedição Comemorativa do 22º Aniversário de Fundação, Curitiba, 1972.)

Ainda ressoavam os aplausos colhidos pela obra de THIBAUT e já no mesmo ano de 1814 o seu insigne colega da Faculdade de Direito de Berlim lhe opunha formal contestação, em livro famoso.

Para SAVIGNY, o Direito tinha uma natureza histórica, de tal modo que sua formação não se dava nunca por causa da decisão de um legis-

lador, o que punha de manifesto a inviabilidade da codificação. **Todo direito** — sustentou ele então — **é primeiramente originado do costume e das crenças do povo, e, depois, da jurisprudência; portanto, em toda parte, em virtude de forças internas que atuam silenciosamente, e não em virtude do arbítrio de um legislador.** ("Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", "De la vocacion de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho", trad. de José Dias Garcia, Madrid, 1970, pág. 58.)

2. Mas a própria Alemanha promulgaria, em agosto de 1896, o seu famoso Código Civil (BGB), e o advento de vários outros se seguiu às doutrinas de SAVIGNY. Não só floresceu, no século passado e neste, a codificação dos diferentes ramos da ciência jurídica, como por igual se verificou uma **renovação** dela em muitos países. Entre estes o Brasil.

De três anos a esta parte temos alguns códigos novos que revelam uma ânsia de adequação das estruturas legais aos avanços e aquisições da ciência do direito (Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, ambos promulgados por Decretos-Leis de 21-10-69, e em vigor desde 1º de janeiro de 1970). O novo Código Penal, também promulgado por Decreto-Lei de 21-10-69, teve o começo de sua vigência prorrogado (Lei nº 5.573, de 1-12-69), visto como ainda pende de discussão e votação, pelo Congresso, o novo Código de Processo Penal, cujo Anteprojeto foi elaborado pelo professor paulista José Frederico Marques. Em situação idêntica se acham outros anteprojetos de Códigos formulados por especialistas que o governo revolucionário designou nos últimos cinco anos (do Código das Contravenções Penais, de autoria do Professor José Salgado Martins; do Código de Processo do Trabalho, feito pelo Professor Mozart Victor Russomano).

Em relação ao novo Código de Processo Civil, já é Lei recentemente promulgada (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). O Projeto era um meritório trabalho do Professor Alfredo Buzaid, atual Ministro da Justiça, e que reproduz, com algumas modificações, o anterior Anteprojeto elaborado por esse eminente catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, que o entregou ao Governo Castello Branco em 1964.

Coincidiu o começo de sua formulação parlamentar com a apresentação oficial do Anteprojeto de Código Civil, feito por uma Comissão, de que é Supervisor o Professor Miguel Reale.

3. Ainda bem que esta última tarefa, sem dúvida de todas a mais complexa, coube a um intelectual verdadeiramente à altura de suas dificuldades.

Como professor de Filosofia do Direito, disciplina de que é titular na Faculdade de Direito de São Paulo desde 1940 (data de seu concurso), Miguel Reale tem uma visão global da ciência jurídica, que é, segundo suas palavras, **a ciência da experiência social concreta.**

Nas razões de sua escolha para supervisionar esse trabalho, evidente que não figurou a de ser um **civilista**, tal como sucedeu a CLÓVIS BEVILACQUA, em 1899, que, justamente por lecionar, no Recife, Legislação Comparada, e ter já então editado notáveis livros de direito civil,

mereceu a honra de ser convocado pelo Ministro Epitácio Pessoa para fazer o projeto do nosso primeiro Código Civil, que o Presidente Campos Sales queria ter a glória de sancionar.

O vasto domínio do direito privado inspirou, por igual, o Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, no século passado, a escolher TEIXEIRA DE FREITAS para formular o projeto de Código Civil, prometido pela Constituição Imperial de 25 de março de 1824, nos seguintes termos: "Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade." (Art. 179, nº 18º)

Teixeira de Freitas era a maior cabeça jurídica de seu tempo, "aquele poço de sabedoria jurídica, aquela erudição assombrosa, que admirou os contemporâneos, que possuía no cérebro todo um sistema de direito civil em sua síntese, assim como nos seus elementos mais particulares e mais especiais", segundo a apreciação insuspeita de RUI BARBOSA. (Cfr. suas "Obras Completas", vol. XXIX, Tomo V, pág. 142.)

A visão do jurista-filósofo consegue, entretanto, abranger a própria ciência do direito em sua totalidade, penetrar o fenômeno jurídico global. Ocorre ainda que o Professor Miguel Reale exerce a advocacia forense e a função de juriconsulto, possuindo assim todas as condições pessoais para se aperceber dos segredos e dificuldades do Direito em sua experiência. Pela natureza de seus estudos e pesquisas, tem necessariamente a alta visão de todo o Direito, e não apenas do direito privado. (1)

Isso mesmo se deu com outro professor de Filosofia do Direito, faz poucos anos desaparecido: FRANCISCO CAMPOS. Com igual altitude exercia o magistério de parecerista, quer na esfera do Direito Privado, quer na do Direito Público, tendo-nos por isto legado obras do maior valor sobre Direito Administrativo, Constitucional, Civil e Comercial, sem falar nos vastos conhecimentos que demonstrou possuir sobre Direito Penal, Processo Penal, e Direito Processual Civil, quando da apresentação que fez dos respectivos códigos, elaborados sob sua supervisão e logo depois promulgados pelo Governo Vargas (1939 e 1940). Era ele — disse outro insigne contemporâneo de CAMPOS — era ele homem igualmente dotado para a mais alta especulação teórica e para a captação dos aspectos pragmáticos dos fatos e das normas. (Cfr. SAN TIAGO DANTAS, "Francisco Campos — Logos e Pragma", in **Figuras do Direito**, Rio, 1962, pág. 126.)

A densidade e extensão do pensamento jurídico do Professor Miguel Reale vem, queremos crê-lo, de sua intimidade com a essência, com o ser essencial do Direito, com todas as faces do fenômeno que, primordialmente, rege a coexistência humana. Isso é que, segundo me parece, o habilita, como de fato tem acontecido, a percorrer doutamente todos os **quadrantes do direito positivo** (título de um dos seus livros), sem as limitações tão freqüentes, ressalvados, é claro, os casos singulares, entre especialistas que pouco ou nada sabem fora dos limites dos seus estudos prediletos.

(1) Teixeira de Freitas não teve os vãos do pensamento que a visão filosófica inspira, conforme a observação de Clóvis Bevilacqua. "Compensou, todavia, pela profundidade, o que, acaso, lhe faltou em altitude." (Clóvis Bevilacqua, "Linhas e Perfis Jurídicos", 1930, Rio, pág. 131.)

Essa compreensão unitária do Direito ou do Direito em sua unidade fundamental está presente em toda a obra do Professor Miguel Reale, a partir de sua já hoje clássica **Filosofia do Direito** (1953, S. Paulo, Edição Saraiva, 2 volumes; 4ª ed., revista e aumentada, Edição Saraiva, S. Paulo, 1965). Penso que aí está a razão principal de se achar ele legitimado a supervisionar a dificultosa codificação do nosso Direito Civil, que de modo elegante designa **como Direito comum dos preceitos relativos às estruturas gerais do ordenamento jurídico nacional**.

4. A percepção do fenômeno jurídico em sua universalidade, ao contrário do particularismo habitual dos especialistas, por mais dilatados que se revelem seus conhecimentos, mune o jurisfilósofo, na elaboração de um projeto de código, como no caso, para sentir a necessidade de preservar o que represente, segundo suas palavras, **preceito fundamental**, mesmo aparentemente dispensável, **sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito**, mas na verdade sendo **essencial à adequação das normas particulares à concepção ética da experiência jurídica**.

A um **civilista** talvez não parecesse tão importante atentar para esse ângulo da problemática suscitada por uma codificação, mas o jurisfilósofo contempla todo o **ser** do Direito, daí por que, na sua magistral Exposição de Motivos, o Professor Miguel Reale não perdeu de vista, por exemplo, **os valores primordiais da boa-fé e da probidade**. Antes, pelo contrário, tornou explícito este ponto fundamental: **que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato** ("princípio condicionador de todo o processo hermenêutico") — o que importa no reconhecimento daqueles **valores**.

Outros, tais como os de **equidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações**, atenderão, conforme a posição tomada pelo Professor Reale, aos apelos freqüentes dos juizes e doutores, desagradando possivelmente aos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, que todavia continuará "incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático". Quem assim medita sobre o Direito está plenamente capacitado para supervisionar a composição do que denomina **a Constituição do homem comum**, que é o Código Civil.

5. Mantendo um pensamento que vem, inicialmente, de TEIXEIRA DE FREITAS, o precursor verdadeiramente heróico da luta contra o que ele próprio chamava **calamitosa duplicação das leis civis** e hoje o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA denuncia como "a dicotomia incongruente do Direito Privado", o Anteprojeto, por isso mesmo que parte da compreensão de ser o Código Civil **a lei fundamental do Direito Privado**, não distingue entre obrigações civis e comerciais. Nesta parte, afasta-se do plano adotado pela anterior comissão, segundo o qual o Direito das Obrigações constituía um Código autônomo.

6. Ao lado disso teve o Professor Miguel Reale a sabedoria de, quanto possível, defender a linguagem do Código Civil vigente, tendo em vista sua qualidade rara. Esse cuidado nem sempre foi tido por outros projetistas da codificação de nossa legislação civil em recente época,

esquecidos talvez da dificuldade de igualar a elegância e correção com que se exprime o Código de 1916.

Sempre que possível, o Anteprojeto de agora conserva a forma da lei vigente, ou, como registra o seu Supervisor, procurou-se, pelo menos, não destoar desse estilo de excepcional perfeição no campo do direito escrito. A Comissão, no particular, assumiu uma atitude que muito a recomenda ao respeito geral da Nação: **Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude de variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.**

Nada de subestimar a correção vocabular e a limpeza de sintaxe, nem de reputá-las indiferentes ao rigorismo da técnica legislativa e à compreensão do direito formulado pelos que se empenham nas boas regras de suas soluções. Afinal de contas, uma lei bela, como bem reconhece o Professor Miguel Reale, **uma lei bela já é meio caminho andado para a comunicação da Justiça.**

7. Não raro, a tal respeito, um descuido (que talvez também reflita pouco caso para com o bom estilo literário) pode redundar na deficiência da norma, como, por exemplo, ocorreu com a redação do art. 11 do anterior Anteprojeto (Orlando Gomes). Ali se designava, como causa de cessação da incapacidade do menor de dezesseis anos, a emancipação concedida **pelo pai**, tão-somente. Essa mesma causa o Anteprojeto de agora define de modo melhor, mais compreensivo, dizendo que a incapacidade cessará, para os menores, **por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público** etc. (Art. 6º, Parágrafo único.)

Uma observação desse tipo não significa despreço pelo trabalho de autoria do Professor Orlando Gomes, indisputada autoridade em direito civil, cujas numerosas obras, nessa especialidade, além de geralmente bem escritas, não terão talvez superiores da literatura jurídica de língua portuguesa, embora uma ou outra vez possamos divergir de algumas de suas concepções. A propósito, e para citar um caso elucidativo, parece-me estranhável a definição do casamento como **a união sexual legalizada**, e no entanto é assim que o apresenta o eminente catedrático baiano, no seu excelente livro "Introdução ao Direito Civil". Tanto mais estranhável é essa definição quanto, noutra de suas obras, o próprio Professor Orlando Gomes dá a entender, salvo engano, coisa diversa, quando assim fala, em relação à sociedade conjugal: "Seres que se unem para uma vida em comum devem encontrar nessa sociedade não apenas a satisfação dos instintos carnis. Mais do que isso, a vida conjugal exige comunicação espiritual, harmonia, paz. Será isso precisamente que os nubentes esperarão do casamento." (Orlando Gomes, **Questões de Direito Civil** — Pareceres, 2ª ed., 1969, pág. 259.)

8. Ainda a propósito de correção de linguagem, é de lamentar tenha o Anteprojeto-REALE preferido manter **usucapião** como palavra do gênero masculino.

O modelo de boa linguagem que ele tanto admira e acata — RUI BARBOSA — sempre grafa, nos seus melhores escritos forenses, **a**

usucapião, repetidas vezes empregando-a como vocábulo do gênero feminino.

Nas razões finais que produziu em defesa do Estado do Amazonas, como patrono da ação por este endereçada à União Federal, em dezembro de 1905, a fim de reaver o Território do Acre — diz: **a usucaplão, a usucapio, a simples usucapio, da usucapião, pela usucapio, à usucapião, na usucapião**, não escrevendo a palavra senão no feminino (cfr. RUI BARBOSA, **O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**, vol. II, Rio de Janeiro, Tipografia do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C, 1910, pág. 517, onde o vocábulo aparece nada menos de quatro vezes precedido do artigo **a**; pág. 518, 519, duas vezes; 522, duas vezes; 526, 528, 530, 533, três vezes; 534, nota 1, duas vezes; 542, 557, 559, 561, 563, 564, duas vezes). (2)

Sabido que RUI redigia com igual perfeição literária e gramatical os seus trabalhos políticos e acadêmicos e os de sua vasta produção judiciária, notadamente os desse litígio famoso, que foi o maior, sob todos os aspectos, de sua vida de advogado, devemos admitir tenha ele adotado o gênero feminino do substantivo **usucapião** por considerá-lo o mais correto.

Também noutro arrazoado, que editou em livro, depois da polémica em torno da linguagem do Projeto-CLÓVIS, grafou **a usucapião**. (Cfr. "Supremo Tribunal Federal — LIMITES ENTRE O CEARÁ E O RIO GRANDE DO NORTE — Razões Finais de RUI BARBOSA", Companhia Tipográfica do Brasil, Rio de Janeiro, 1904, pág. 461, duas vezes; e "Obras Completas de RUI BARBOSA", vol. XXXI, Tomo IV, Rio, 1954, pág. 411.)

EDUARDO ESPINOLA, no seu **Sistema do Direito Civil Brasileiro** (vol. 1º, pág. 602, nota 7, Livraria Francisco Alves, Rio, 1917, **Introdução e Parte Geral**), escreve, igualmente, **a usucapião**.

Para o Professor Orlando Gomes a palavra é do gênero feminino. (Cfr. seu livro **Direitos Reais**, 1ª ed., nº 129.) E como tal a consignou no Anteprojeto de Código Civil de sua autoria. (Art. 412.)

Feminina ela é no novo Código Civil Português promulgado a 25 de novembro de 1966 — arts. 1288, 1289, 1290, 1291, 1292 e outros, onde o legislador emprega a palavra precedida do artigo **a**.

No Código Civil da Alemanha, **die Ersitzung** foi traduzida como **a usucapião**, nos arts. 937, 939, 940, 941 e 942. (Cfr. — ENNECCERUS, KIPP, WOLFF — **Tratado de Derecho Civil — Apêndice Código Civil Alemán (BGB)** — Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955, pág. 199-200.) Por que, então, o Anteprojeto oficialmente recebido não adotou essa forma?

E assim deixo aqui uns ligeiros e despreziosos registros das primeiras impressões que me causou o trabalho da Comissão dirigida pelo Professor Miguel Reale, quer quanto ao seu contexto, quer no particular das palavras luminosas com que foi apresentado ao Ministro da Justiça.

(2) Desde a réplica (resposta à Contestação, que os estilos processuais da época permitiam, alongado interminavelmente os arrazoados dos litigantes) era como palavra do gênero feminino que o advogado da pretensão amazonense escrevia **usucapião**. Sempre antecedida do artigo **a**.