

OBRAS DO MESMO AUCTOR

- ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA, 2ª ed. — Rio de Janeiro, 1901. — Livreria Garnier.
- TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS. — Recife, 1888.
- LICÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA, 2ª ed. — Bahia, 1897. — José Luiz da Fonseca Magalhães.
- DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. — Bahia, 1896. — José Luiz da Fonseca Magalhães.
- CRIMINOLOGIA E DIREITO. — Bahia, 1897. — José Luiz da Fonseca Magalhães.
- JURISTAS PHILOSOPHOS. — Bahia, 1897. — José Luiz da Fonseca Magalhães.
- PHRASES E PHANTASIAS. — Recife, 1894. — Hugo & Cª
- ESBOÇOS E FRAGMENTOS. — Rio de Janeiro, 1899. — Laemmert & Cª
- GUERRAS E TRACTADOS (memoria historica para o livio do 4º centenario do Brasil, em collaboração com o Coronel Thomaz-turgo de Azevedo). — Rio de Janeiro, 1900.
- PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO. — Rio de Janeiro, 1900.
- DIREITO DA FAMILIA, 2ª ed. — Recife, 1905. — Ramiro M. Costa & Filhos.
- CONTRIBUÇÕES PARA A HISTORIA DO DIREITO (artigos publicados na «Revista do Norte» e na «Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife»)

TRADUÇÕES

- JESUS e OS EVANGELHOS, de J. Soury (em collaboração com João Freitas e Martins Junior). — Recife, 1886. — Alves de Albuquerque.
- A HOSPITALIDADE NO PASSADO, de Rudolf von Jhering. — Recife 1891.

CLOVIS BEVILAQUA

EM DEFESA

DO

PROJECTO

DE

CODIGO CIVIL BRAZILEIRO



LIVRARIA FRANCISCO ALVES
134, RUA DO OUVIDOR, 134 — Rio de Janeiro
RUA DE S. BENTO, 45 — S. Paulo
RUA DA BAHIA — Belo Horizonte

1906



Comissões do Senado sobre a inconveniência de inclair-se no Código civil a theoria das acções. Creio que apenas dois outros pareceres foram publicados, pela Ilustre Comissão, não incluindo o do Sr. Dr. RUY BARNOSA. Pelo menos só ao meu conhecimento chegaram os dos Srs. Drs. BERNARDINO DE CAMPOS e MARTINS TORRES. Poucas observações teria de fazer ao que affirmaram os dois illustres senadores, além de que está me parecendo que já cumpri, na medida das minhas faculdades, o dever de justificar e defender a obra de interesse nacional que me fôra confiada.

Rio de Janeiro, Julho de 1905.

Clélio Bastos

OBSERVAÇÕES

PARA O

ESCLARECIMENTO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO

I

NECESSIDADE DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

BRAZILEIRO

Si ha necessidade claramente accusada pela consciencia jurídica entre nós, é, creio eu, a da codificação das leis civis. Testemunhos irrecusaveis desse estado de espirito se nos deparam nos livros de doutrina que assignalam, deplorando, a dissonancia entre o instrumento legislativo de que se servem e a expansão scientifica que os deslumbra; na Jurisprudencia, que se esforça por adaptar vetustos preceitos, creados para uma organização social differente, a novas fórmulas de relações jurídicas; nas insistentes tentativas, por parte dos poderes publicos, de compendiar, num todo systematico, a legislação civil, tão vasta e tão complexa; na approvação geral

com que têm os competentes secundado esses esforços, infelizmente até hoje infructíferos.

Nada mais haveria que dizer a respeito, si um egregio pensador brasileiro, intelligencia de peregrinos doctes, versado por igual nas bellas letras e na Jurisprudencia, se não tivesse rebellado contra o pensar commum, procurando demonstrar a illusão daquelles que propugnam a consecução de um código civil.¹

Deante, porém, dessa critica vivaz e brilhante, não descabe, antes se faz necessario, recordar o arrazoado que já tive oportunidade de apresentar em prol da codificação civil.²

Diz-se que o direito não vive sómente na lei, mas principalmente nos costumes, que insuflam sangue e vida no mecanismo inanimado da lei, e, portanto, pretender ajenjar o direito nos moldes inflexiveis de um código, importa o mesmo que sopitar-lhe o natural desenvolvimento, atrophial-o, ankylosal-o, deformal-o, tornando-o de todo impróprio para desempenhar as funcções a que se destina.

Mas, si é certo que os códigos não offerecem a mesma flexura dos costumes, convém não esquecer que essa possível dureza de fórmulas é largamente compensada por outros predicados, cujo valor devemos aquilatar pela vehe-

¹ INGLEZ DE SOUZA, na *Revista Brasileira*, vol. 17, pag. 357 e segs.

² O problema da codificação do Direito Civil brasileiro, na *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, anno VI, pag. 4 e segs., e na *Revista de Jurisprudência*, vol. 11, pag. 24, 1898.

O HENRIQUE DR. PAULA RAMOS JUNIOR não consente que passemos sem protestar a doutrina de seu douto collega. (*Revista da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro*, 1899, pag. 14-19.)

mencia com que a humanidade tem pugnado por obtel-os: a clareza e a precisão dos edictos, a segurança dos interesses e o cerceamento do arbitrio dos depositarios de poder.¹

Além disso, os códigos não são monumentos megalithicos, talhados na rocha para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos, erectos, immoveis, inerradicaveis, rujam em torno, muito embora, tempestades, esbarrandem-se imperios, sossobrem civilizações.

O proprio Justiniano não pretendia a perpetuidade para sua obra, attributo que, diz elle, só á perfeição divina cabe alcançar (Cod. 1, 17, 1, 2, § 18).

Os códigos são equiparaveis aos systemas philosophicos. Cada systema philosophico concretiza, em forte synthese, uma concepção do mundo, victoriosa em certos cerebros ou em certo momento historico, e serve de repouso aos espiritos, satisfazendo as necessidades mentaes por algum tempo.

Depois, o cabedal da experiencia augmenta, e é forçoso quebrar os moldes que o pensamento fundira, alargar o ambito da doutrina.

Assim os códigos. Estereotypam elles a forma do pensamento juridico em um certo momento da civilização de um povo, e, si forem vasados em moldes selectos, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades so-

¹ E, como diz PILLER, em materia de direito, a certeza é a vantagem por excellencia (CIT. SUPR., 1893, p. 20). V. tambem ENDEMANN, *Blatführung*, I, nota 7 ao § 1.

ciaes, pois que é seu fim principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfação.¹

Refocillam os espiritos, dominada a inquietação que os agitava, e as actividades se desenvolvem livremente á sombra da lei.

Desde que o código trace apenas os lineamentos essenciaes dos institutos, o bastante para accentual-os, nem impedirá que esses institutos se desenvolvam segundo os elementos de vida que naturalmente encerram, nem será essa crystallisação do direito fatal ás suas forças progressivas, como pretende GEORGE FAZY apontando o exemplo da França, e como o têm affirmado outros.

O phenomeno da codificação é um estadio da evolução do direito, que do periodo de fluidez inicial parte em busca de formas definidas e solidas por onde se traduzam a plenitude da consciencia juridica e a melhor disciplina dos interesses.

Não o podemos evitar, nem conviria dificultar o seu apparecimento.

Si a simples exegese dos textos é um estudo empirico, que importa uma inferioridade em relação aos estudos scientificos que se remontam á praenra das leis reguladoras dos phenomenos, e si a exegese, o commentario, é a fórma doutrinal que se segue immediatamente ás codi-

¹ Veja-se o que dizem EMBEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlim, 1899, I, pag. 5; HUC, *Commentaire*, I, pag. 57; MARTINS JUNIOR, *História Geral do Direito*, Recife, 1899, pag. 223 e segs.; BACON, aphorismo LIX; ABEL ANDRADÉ, *Commentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1895, pag. LXXII e segs.

ficações, convém lembrar que esse processo intellectual nada tem de definitivo.

Sua função é, além de esclarecer a comprehensão da lei, cimentar mais vasta e mais profundas substrucções para a sciencia e para as codificações futuras.

Si, no momento presente, o arbitrio humano ainda intervem poderosamente na construção do direito, devemos crer, com RAOUL DE LA GRASSERIE¹ que essa vontade de mais em mais «dominada pela contemplação do justo, do útil e do logico», dará por base ao direito os principios superiores que a razão nos apresenta como leis naturaes.»

Não repitamos, seduzidos pela grande auctoridade de SAVIGNY, que os códigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas somente nas épocas de enfraquecimento, em que a consciencia se oblitera, servindo elles muitas vezes de instrumento ao despotismo que se procura firmar.

Si é no seculo sexto, quando o imperio romano se dilue, depauperado e corrupto, que se succedem o edicto de Theodorico, o breviario de Alarico, o Papiano e as colleções de Justiniano, a historia obriga-nos a reconhecer que essas codificações, essas compilações de regras juridicas, abrolhando nos pantanos apodrecidos da decadencia romana, foram um estorvo, ainda que momentaneo, ao desabar das ruinas, estorvo que salvou, para continuidade da civilisação, os fragmentos da cultura juridica dos

¹ *Classification scientifique du Droit*, Paris, 1892, pag. 530.

romanos, que hoje admiramos tanto mais quanto melhor os conhecemos.

Outra, portanto, deve ser a interpretação dos factos.

7 Mais normalmente emergem as codificações nas épocas de maior expansão das forças nacionaes, e quando os povos sentem necessidade de afirmar a sua unidade ou a sua soberania.

Exemplos da primeira especie nos dão a Lei das doze taboas em Roma,¹ o código da Prussia e o código de Napoleão.

Exemplos da segunda são os códigos civis da Italia, da America latina e da Alemanha.

A prova irrecusavel de que as codificações, em vez de obras de opressão creadas pelo cesarismo, são o producto da necessidade de simplificação, de clareza, de segurança, vivamente sentida pela consciencia collectiva dos povos, é que a collecção justiniana, apesar dos seculos volvidos sobre ella, ainda constitue uma das expressões mais poderosas da intuição jurídica. «Nosso pensamento jurídico, nosso methodo, nossa forma de intuição; toda a nossa educação jurídica, em uma palavra, são romanos», pode afirmar RUDOLF VON JAKRING.² Exerotos da tyrannia oppressora, não poderiam ter essa vivacidade tenaz que resiste ás mais profundas mutações

¹ Nota adicional de 1945: Os estudos mais recentes tendem a estabelecer que as XII taboas nem são um trabalho de compilação official nem apresentam unidade de origem. Veja-se LAMURET, *L'histoire traditionnelle des XII tables*, Lyon.

² *El espíritu del derecho romano*, trad. SAYORRES. Madrid, 1903, I, p. 22.

da vida politica e social. No mesmo sentido do egregio escriptor da *Fiscalidade no Direito*, observa recentemente ENDEMANN que a experiencia das codificações tirou a limpo que, sem a base firme do direito romano, é impossivel extrahir da theoria do direito privado applicações conformes á sã razão jurídica.³

O código civil francez offerece-nos outra prova. Com os preceitos fundamentaes do direito privado implantou elle a propagação do principio da laicidade do direito, a protecção da liberdade individual, a inviolabilidade da propriedade e a egualdade civil.⁴ Póde-se dizer que adentrina individualista se mostra muito rispida e apprehensiva nesse systema de leis, mas outra não podia ser a sua orientação na época em que foi preparado, e acimal-o de anti-liberal, dada a relatividade do tempo, será grave injustiça.

* Si o Direito é, como bellamente conceituava Dante, *regula ac personarum ad hominum proportionem, quae servata servat societatem, corrupta corrumpit*, é necessario, para segurança dos vitaes interesses das organizações sociaes, que a expressão mais firme do direito esteja ao alcance de todos, comprehendida pelos que a estudam, sentida pelos que lhe prestam obediencia, estimada por uns e outros.

Com o seu character temporal, humano, variavel, a lei moderna não nos deve ser menos sagrada do que o era

³ *Einführung in das Studium des bürgerl. Rechtsbuchs*, Berlin, 1900, I, p. 5. Veja-se tambem, ainda no mesmo sentido, MARTINUS JÜNTON, *Historia Geral do Direito*, p. 223 e segs.

⁴ ROUSSEAU.—*Science nouvelle des lois*, Paris, 1871, I, p. 29.

quando Deus a revelava por entre o fragor dos trovões e o ruído clarear dos relâmpagos.

A força das leis em nossos dias está, como doutrina o OSEILON BARROT, em que cada um de nós reconhece e sente que a existência da sociedade depende da submissão de todos ao imperio do direito: «é a consciencia da necessidade de conservação que dá a essas leis uma especie de sanção religiosa». Dahi a utilidade e a inevitabilidade de simplificar, de facilitar o conhecimento do Direito legal, de fazel-o penetrar a intelligencia do maior numero, para que actue como força intima na direcção da vontade individual.

Depois, em um código civil, não se compendiam somente direitos. Por uma parte, a lei garante aos indivíduos poderes livres de acção; por outra, exige a obediencia a uma determinada ordem de deveres, fornece, na sua esphera, os elementos necessarios para essa apreciação dos deveres essenciaes que AUGUSTO COMTE considerava mais fecunda e salutar do que a exposição dos direitos.¹ É, pois, necessario que, em uma condensação clara, se ponham em evidencia essas normas de conducta.

Por certo um código não poderá ser uma obra popular na sua expressão. Mas pôde e deve ser uma obra clara, transparente, movendo-se com facilidade e na occasião opportuna.

Finalmente, os códigos civis procurando originar o

¹ *Dictionnaire de la Conscience*, verbo *loi*.

² *Sur l'esprit positif*, discours préliminaire à l'*Astronomie positive*, p. 31.

Direito em systema, são conduzidos por essa necessidade de dar, como dizia RUDOLF VON JHERING, a forma mais visível à materia juridica, sem com isso diminuir a sua força pratica interna.¹ Si o systema é trabalho livre da doutrina, reflectir-lhe o arranjo nas construcções legais é appproximar o direito positivo do racional, é pedir para a lei a logica, a intuição e a vida que anima a sciencia.

Essas razões geraes redobram de valor quando applicadas ao Brazil, onde a fonte principal do direito civil é um defeituoso corpo de leis de origem esparta, que se acha em frangalhos, mordido ha quasi tres seculos pelas traças vorazes da decadencia.

II

OS ANTECEDENTES

Estamos muito longe de ter obtido em torno de nossos projectos de códigos civis essa vasta e brilhante literatura que os projectos allemães suscitaram na propria Alemanha e no estrangeiro,² mas, em nosso modesto recanto scientifico, não era possível supprir sequer um arremetido dessa poderosa expansão de força mental, emergindo de todas as modalidades da cultura juridica.

Não foram, entretanto, produções perdidas em terras murchas esses nossos tentameos. Um delles, mais feliz,

¹ Op. cit., III, p. 81.

² *Leçons de législation civile* de SAUVIGNY et al., *Annales de la législation*, 1894.

encontrem acolhida entre os nossos vizinhos do Prata, que instillaram um pouco de balsamo consolador na alma desalentada do grande jurista que o preparara para desvanecimento de seu paiz. Outros foram lidos, meditados e discutidos, perfunctoriamente embora e de passagem, mas o sufficiente para que o seu pensamento não desaparecesse, e a idéa creadora não perdesse, no vacuo, a força inicial.

Certamente não entraram, nesse desdobramento do mesmo pensamento, á procura de sua realisação, o plano de CARDOSO DA COSTA ¹ e o fragmento de código offerecido ao ultimo imperador do Brazil ² pelo Visconde de SERRA. Por motivos differentes, esses dois trabalhos não impressionaram a intelligencia dos juristas patrios. O primeiro, por ser, no dizer de TEIXEIRA DE FREITAS, « um desses desvios, em que soem cair os que abusam de seus talentos por amor da novidade. » O segundo por não ter apparecido em publico.

Restam, porém, os materiaes valiosos deixados por outros dos nossos mais preclaros juristas.

I. O projecto TEIXEIRA DE FREITAS, apreciado mesmo na sua forma de *Esboço*, que não era ainda a dedi-

¹ Verem-se: TEIXEIRA DE FREITAS — *Unificação*, nota 47 á *Introdução*; JOAQUIM NABUCO — *Em estatuto do imperio*, III, p. 344-366, nota 1.

² O projecto do jurista que preparou o código civil portuguez não passou de um plano preliminar e de uma primeira parte dedicada á *capacidade civil e ao estado civil*. Promettia ser uma variante do código actual. Mas, para abater as objecções do amor proprio nacional, auctor se declarou natural do Rio de Janeiro e esboço honrarão ao seu fragmento de esboço de Minas Geraes.

nitiva, no pensamento do jurista, é um edificio de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinaria solidez, tallado sobre a rocha dos bons principios pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado internamente por excessivas minucias, que talvez desaparecessem quando o auctor retirasse da obra os andaimes que alli puzera enquanto lhe erguia as altas muralhas. A analyse, a decomposição dos principios foi conduzida com admiravel vigor e segurança, mas, procurando traduzir as relações de Direito Civil em todas as suas infinitas variações, por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa. D'ahi a dispersão que demorou a obra, e, afinal, inutilizou, para o fim immediatamente abneijado, uma tão grande somma de esforços.

É uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da historia intellectual da jurisprudencia brasileira, essa em que o sabio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heroica abnegação de um estoico, ao que elle julgava a verdade scientifica. ¹

Mas si o *Esboço* não ponde ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudencia patria como a sua producção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéas.

Uma das suas mais significativas originalidades é, sem duvida, a ordem adoptada para a distribuição das materias, como se pôde ver pelo schema seguinte :

¹ Ver essa historia em JOAQUIM NABUCO, obra citada, e em CÉSARIO RODRIGUES, *Projecto de código civil*, introdução.

tuíesca, á qual o auctor deu um arranjo particular, como se póde verificar do plano seguinte :

LEI PRELIMINAR

Parte geral...	{	Das pessoas.
		Dos bens.
		Dos actos e factos jurídicos.
Parte especial...	{	Das obrigações.
		Da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes.
		Do direito da familia.
		Do direito das successões.

Podendo dispor dessas materias accumuladas, esforçando-me por achar nellas os elos de uma evolução do pensamento jurídico em nosso paiz, meditando sobre os estudos e as criticas feitas na Imprensa e no Congresso, parece-me que a tarefa se havia aligeirado, podendo ser levada a termo por pulso menos forte do que o de meus antecessores.

✧ Principalmente o *Esboço* de TRINTEIRA DE FREITAS e o *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, mais seguidamente este que aquelle, forneceram-me copiosos elementos para a construcção que me havia sido confiada.

« Além desses materiaes, aos quaes eu intencionalmente queria ligar o meu trabalho, é natural que pedisse á Jurisprudencia patria as peculiaridades aproveitaveis de sua feição, á doutrina e á legislação comparada, as suas inestimaveis ensinamentos.

III

ORIENTAÇÃO DO PROJECTO. UNIDADE DO DIREITO PRIVADO. SOCIALISMO JURÍDICO. MATERIA DO DIREITO CIVIL.

Seguindo o conselho de BLUNTSCHLI, o actual *Projecto* procurou collocar-se no ponto de confluencia das duas forças de cujo equilíbrio depende a solidez das construcções sociaes; a conservação e a innovação, as tradições nacionaes e a theoria das escolas, o elemento estavel que já se adaptou ao caracter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira particular pela qual elle estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina scientifica.

A tradição, ligando entre si os diversos estadios do direito, representando uma applicação da hereditariedade a esse phenomeno de ordem social, é um principio organico da vida jurídica. Quem se propozesse a legislar « rompendo com o passado, faria como aquelle que edificasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce », previne D'AGUAYRO.¹

O direito evolve, transforma-se, mas numa sequencia ininterrupta, de fórmulas que se desdobram prolíficas. Os codigos antigos, como os modernos, jamais vieram firmar direito inteiramente novo, extranho ás tradições que o tempo argumassara. Assim procederam os legisladores da India, da Grecia e de Roma, assim se revelam as co-

¹ *Discursos e conferencias del Derecho Civil*, p. 129.

dificações civis da França, de Portugal, da Austria, da Allemanha, de toda parte.

Mas, por isso mesmo que o direito se evolve, o legislador tem necessidade de harmonisar os dois principios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para accomodar a lei às novas formas de relações e para assumir discretamente a attitude de educador da nação, guiando cautelosamente a evolução que se accisa no horizonte.¹

É certo que, entre o ideal que ambicionamos empolgar e as formas não raro mesquinhas da realidade, a distancia pôde ser humilhante para as nossas pretensões.

Nada mais laborioso, pondera LITTRE, do que a passagem de uma concepção abstracta para uma obra effectiva. Dada a orientação que acaba de ser indicada, pôde a obra ser imperfeita, ha de, necessariamente, sel-o, porque haurir na enorme congerie das materiaes accumuladas pelas leis e pela doutrina é tarefa que a Bacon se afigurava extraordinariamente grave, mas não lhe attingem as farpas do dilemma imaginado pelo Dr. INGLEZ DE SOUSA.²

Nem será um código adiantado de mais, nem tão pouco uma simples consolidação do direito nacional vigente. E, fugindo ao dilemma, escapa ao perigo de ficar alheio a alma nacional e de oppôr embaraços à reconstrução social, que se opera em nossos dias.

¹ MEYER, *Il Diritto civile e il proletariato*, versina do Oberolzer, 1894. UZZANO, *Sugli scopi l'evoluzione del Diritto privato*, p. 27.

² *Revista Brasileira*, vol. citado.

Um código não é um trabalho de construção doutrinaria. Diante das formas novas de relações jurídicas cumpre dar-lhes entrada franca, si já se acham postas em relevo e accentuadas, reclamando apenas o reconhecimento legal.

Si, porém, ainda se acham indecisos os contornos dessas creações, a acção do código deve limitar-se a deixar-lhes o campo aberto para que se desenvolvam sob sua protecção.

O campo de applicação dessas idéas poderá ter maior ou menor extensão, segundo o plano a executar e o ponto de vista accieito.

Logo no começo da empresa, antes mesmo de traçar-lhe os lineamentos, era necessario examinar o solo e determinar sobre que bases cumpria levantar a construção. Deveríamos ter um código civil ou seria conveniente quebrar esses antigos moldes e substituil-os por outros, em cuja amplitude coubesse a totalidade das relações do direito privado? Eis uma interrogação que encerra um difficil problema da technica jurídica, que não é o echo inane de uma simples disputa de escolas.

Depois de demorada concentração no estudo do direito civil, a possante mentalidade de TRIXEIRA DE FREITAS sentiu necessidade de expandir-se num círculo de maior diametro, de abandonar as cryptas da analyse por onde se havia internado e rementar às altitudes da generalisação. A attenção fatigada exigia um desafogo, mas a vontade energica e a fecunda intelligencia não lhe podiam, no momento, conceder outro repouso que não fosse a simples mudança de objecto.

Tomando novo surto o seu pensamento, pareceu-lhe apocada e mesquinha a empresa a que dedicara tanto labor, e, em vez de um código civil, ambicionou redigir um código geral que abrangesse todo o Direito privado. Mas a tentativa do consolidador de nossas leis civis, apesar do apoio moral do Conselheiro NABUCO, encontrou da parte do Governo uma resistência em cuja coraça se embotaram as investidas do raciocínio.

Sob uma feição talvez mais precisa, apesar das divergências secundárias, a mesma idéa conquistou, mais tarde, as adhesões de juristas italianos e brasileiros dos mais distintos.¹

Propõe-se a substituição dos códigos de Direito privado individual por um código unico de direito privado social.

O problema é complexo, e mais ainda se torna por se terem confundido duas tendencias diferentes: a unidade do Direito privado e o seu individualismo. Convém apreciar a questão separadamente por essas duas faces fortuitamente unidas.

Unidade do direito privado. — Para que da diversidade, direi da dualidade, porque todo empenho se reduz

¹ CERRATI, *La nuova fase del Diritto Civile*, p. 358; PUGLIA, *Il Diritto nella vita economica*, p. VI; TORTORI, *Sociologia e Diritto Commerciale*, p. 123 e segs.; GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel Diritto contrattuale*; VIVANTI, que alida-se com a unidade no direito das obrigações; CASTAGNOLA; CARVALHO DE MENDONÇA, *Das fallências*, S. Paulo, 1899, I, p. 31; CARLOS DE CARVALHO, *Diritto Civil brasileiro recopilado*, pag. LI e segs.; BRAZILIO MACHADO, *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, 1897.

Na Alemanha e na França a unidade do Direito privado não tem encontrado as mesmas sympathias que na Italia.

a eliminar o direito commercial, para que da dualidade indicadora de uma especialização de funções, voltemos á unidade, á concentração das funções, forçosamente havemos de reconhecer que as relações jurídicas dos dous domínios, o civil e o commercial, são fundamentalmente identicas, que o objecto sobre o qual ellas se tecem é o mesmo e pelo mesmo aspecto encarado.

Mas justamente se me afigura que, no momento actual, essas relações se apresentam com caracteres sufficientemente distinctos no direito privado common e no direito especial do commercio, para que se organisem por códigos diferentes. Já não me refiro ao modo particular de effectuar a cobrança dos créditos sobre o patrimonio do devedor insolvente, porque, em muitas legislações a fallencia é common aos commerciantes e aos que não fazem da mercancia profissão habitual; mas as regras especiaes ao contracto cambial, ás sociedades mercantis, ás empresas de transportes, ás instituições bancarias, estão nos indicando, de um modo irrecusavel, que ha no commercio uma função social sufficientemente especialisada, que se destina a effectuar a circulação rapida das riquezas, ligando as duas operações fundamentais da economia politica, — a criação das utilidades e a satisfação das necessidades. E essa função, que imprime um caracter proprio nas relações, que determina, que exige mais de uma classe especial de agentes auxiliares, que dia a dia se amplia e toma intensidade, não pôde, penso eu, dispensar, no momento presente, um conjunto de preceitos juridicos modelados segundo as peculiaridades que ella faz nascer.

Suppondo que, nesta região do mundo intellectual, a evolução siga marcha inversa da commun, passando do polymorphismo á forma unica, da especialisação para a uniformidade, que se contraia, em vez de se desdobrar, ainda é prematura a reforma, porque ainda subsistem as causas determinantes da distincção entre os dois ramos principaes do direito privado.

Nem se desloquem os termos da questão, allegando que, hoje, o commercio não é mais o privilegio de uma classe, porque são precisamente relações especiaes que o direito commercial pretende regular, pouco importando que ellas se circumscrevam a um grupo de pessoas ou se estendam á generalidade dos individuos. Não é do ponto de vista particular das pessoas que a distincção é feita, mas em attenção ao objecto das relações travadas. Si a mediação ou, como prefere dizer ERCOLE VIDARI, a intromissão, dá um caracteristico de facil assignalamento ás operações do commercio, é natural que por esse mesmo prisma as considere o Direito.

Além disso não é rigorosamente exacto dizer que os negociantes não constituem uma classe, pois a sociedade se estratifica em camadas, em classes, entre as quaes se divide o trabalho social, e de cuja emulação resulta o progresso das agglomerações humanas politicamente organisadas. Classes tambem constituem os industriaes, operarios, militares, os magistrados, exercendo cada uma dellas uma determinada ordem de funcções. Mas não é o direito de uma classe que se procura manter, é um genero de relações que se tenta garantir, não

por uma legislação excepcional, mas por um desenvolvimento natural da legislação commun, que se adapta a uma certa modificação do meio.

Quanto ao objecto, a materia do direito civil, a primeira inspecção revela-o mais extenso do que o do commercial, pois que faltam a este as relações da familia e de successão hereditaria, que dão origem a grande numero de actos juridicos e de institutos (casamento, filiação, patria poder, adopção, regimen matrimonial, testamento, legitima, etc.) Sei que muitos juristas entendem que o fundamento exclusivo do direito é o facto economico, no qual se devem procurar as suas origens e as causas de suas transformações. Mas esses mutilam o Direito e desfiguram o seu conceito. O Direito tem elasticidade e amplitude bastante para envolver todos os phenomenos sociaes que necessitam de ser coactivamente assegurados como condições de que depende a coexistencia humana. Neste sentido, mas sómente nelle, pôde-se dizer com PIETRO COGLIOLO e SUMNER MAINE que o direito, por seu caracter formal, pôde assimilar qualquer norma de conducta social. Basta impol-a por uma lei juridica e provel-a de coacção judicial.

Restringir o dominio, mesmo do Direito privado, aos bens materiaes, ao elemento economico, é deixar fóra de sua acção uma bella porção da actividade humana,

¹ TORIVONI, *op. cit.*, p. 30 e segs. PUGLIA, *op. cit.*, *passim*. É tambem o pensar de LORIA, PELLEGRI, GRAZIANI, FORNASARI, FIORETTI.

um grupo consideravel de interesses, que nem sempre se podem ajustar á idéa de preço, de consumo ou de troca.

Ponhamos de lado as relações de família, que poderiam constituir um grupo à parte. Seriam, porém, exclusivamente economicos os interesses de uma sociedade de fins ideaes (scientificos, literarios, religiosos, de educação ou de recreio)? Ser-o-iam os de um auctor? A idéa de interesse é, sem duvida, o nucleo do conceito de Direito no ponto de vista do individuo; mas JHERING, em uma daquellas paginas rutilantes e exhaustivas, que sómente as intelligencias excepcionaes sabem traçar, evidenciona que não é sómente o interesse patrimonial, economico, o que merece a effectiva protecção do Direito, mas também o interesse moral e o intellectual, a afeição, o simples prazer, quando legitimo, a tranquillidade do espirito, a integridade do corpo e um grande numero de outros.¹

Esse conceito estreito da direito comprehende-se que o formule um economista, embora alta e merecidamente reputado como LORIA; mas, difficilmente se explica em juristas esclarecidos como os proceres do movimento unificador na Italia.

ICILIO VANNI² patentear a falsidade dessa doutrina, que attribue ao phenomeno economico a razão da evolução social, fazendo notar que si esse phenomeno se mostra independente dos outros, cumpre reconduzilo às suas causas, entre as quaes os caracteres physico-psychicos

¹ *Questões de Direito Civil*, trad. de AMERIL DE CARVALHO, Rio de Janeiro, 1899. *Das laceras nas contractos*.

² *Programma critico de Sociologia*.

dos membros da commuidade e as condições da natureza exterior occupam o primeiro lugar.

Mas, suppondo que assim não seja, que o objecto do Direito privado não se estenda além dos bens patrimoniaes, ainda assim a distincção entre o civil e o commercial subsiste, porque algo differente é o modo de encarar-o nesses dois systemas de leis. A idéa de PISANELLI, aliás dentro do recinto da economia politica, não foi desapprovada pelo uníonista ALFREDO TORTORI: — no Direito civil os bens são considerados no seu valor de *uso*, e no commercial, no seu valor de *troca*.

Desenvolvendo esse pensamento com extraordinario criterio e admiravel poder de analyse, RAOUL DE LA GRASSERIE traçou os limites precisos dos dois campos, salientou os caracteres differenciaes do Direito civil e do Direito commercial.

17 « O direito mercantil, diz elle¹, occupa-se, não como o direito civil, da *riqueza adquirida e a conservar*, mas das *riquezas em via de formação*. Os elementos, em lugar de estarem immoveis ou immobilisados, acham-se em perpetuo movimento, em attrito perpetuo. Póde-se dizer que os elementos formadores do *substratum* do direito commercial se acham em estado dynamic, enquanto que os que são *substratum* do Direito civil se acham em *estado estatico*, o que aliás não tem referencia alguma com o estado estatico ou dynamic do proprio Direito. »

¹ Op. cit. págs. 133 — 137. Limbo-me a transcrever as theses principaes, para não alongar muito a ellação.

2º « No direito commercial, todas as cousas são fungiveis entre si ou tendem a se-o e a se confundir em um terreno common, o valor. No Direito civil, ao contrario, são as *proprias cousas*, não directamente o seu valor, que são consideradas. »

3º « No direito commercial, as *pessoas* tornam-se *coisas*, assim como as *cousas fungiveis*; ou mais exactamente, o *acampato* confunde-se com a *fungibilidade*, podendo-se dizer que as pessoas tornam-se fungiveis entre si, uma pôde fazer a função da outra. »

4º « O direito civil, tendo por fim *conservar a riqueza ou trocá-la*, valor por valor, por uma outra, é pouco movel. Os *modos de transmissão* são lentos. O direito commercial, tendo por fim *format-a, fazê-la circular*, trocar incessantemente os elementos em formação, deve ser rápido. Dahi a mobilisação do Direito em sua transmissão. »

5º « Enfin, o direito commercial differe essencialmente do civil, quanto á sua distribuição entre o estado estatico e o dynamico. » Este é, para a theoria do autor, o criterio mais importante das que accentuam a divergencia entre o direito civil e o commercial.

É verdade que o citado jurista acredita na fusão futura dos dous grupos de leis, pela mobilisação de mais em mais rápida da propriedade immovel, e pela transferencia dos credits por meios tambem mais celeres.

Mas, ainda que devamos ter confiança nas instruções da doutrina e aceitar como verdadeiras certas previsões que se nos apresentam como inferencias logicamente extrahidas de observações exactas, um código não

deve aspirar a ser mais do que a condensação dos resultados adquiridos, das conquistas realizadas na época de seu apparecimento.

O exemplo do código federal suíço das Obrigações é um argumento que não colhe, porque esse código se restringia á parte mais abstracta do direito privado, áquella em que a evolução theorica se pôde considerar completa, tendo se elaborado sobre as seguras bases do direito romano. A theoria das obrigações é, por assim dizer, a parte central do direito civil, a mais solida, a mais extensa, pois que os seus fundamentos estão definitivamente lançados e por todas as outras divisões do direito ella penetra. Mais extensa aqui, devo prevenir, não quer dizer conceitualmente mais geral.

Não ha uma theoria das obrigações para o direito civil, outra para o direito commercial; ha simplesmente applicações, adaptações resultantes da actividade mercantil. É justamente esta theoria o plexo em que os dous systemas se encontram, e por onde se ligam. Entretanto, no citado código suíço é facil destacar o que tem a generalidade do direito privado e o que offerece a especialisação do direito mercantil.

E não foi intuito do legislador helvético, ao menos não foi o intuito preponderante, unificar conceitualmente os dous ramos do direito privado, e sim tornar o direito privado nesta parte, á semelhança do que anteriormente se tentára na Allemanha, um negocio da competencia federal.

« O direito civil, diz SALEILLES referindo-se ao

movimento de codificação na Alemanha, ¹ pelo direito de família, pelo direito das successões, pelo direito matrimonial, está intimamente ligado às tradições populares. Sómente a matéria das obrigações, por motivos análogos aos do direito commercial, é que se presta facilmente à unificação. As considerações que actuaram sobre o espirito dos legisladores allemães para iniciarem o trabalho de unificação do direito civil pela matéria das obrigações, deviam se ter apresentado aos que se propunham a resolver o mesmo problema na Suíssa.

Uns e outros comprehendem que era de bom aviso iniciar a tarefa pela parte do direito que menos soffre as influencias dos costumes, que menos varia entre os povos, que todos acceitaram como definitivamente preparada em seus fundamentos pela elaboração dos juristas romanos.

Mas si dermos ao exemplo suíço uma interpretação differente, não terá o argumento adquirido maior valor, porque se lhe pôde oppôr o exemplo da Alemanha, onde não se julgou de conveniencia eliminar a distincção entre a legislação civil e a commercial. Ao lado do código civil reapareceu revisto, remodelado o Código Commercial, deixando-se passar a oportunidade para subvertel-o na massa geral do direito privado. ²

¹ *Annuaire de législation étrangère*, 1893, p. 146. A mesma observação havia sido anteriormente RAOUL DE LA GRASSERIE.

² O legislador suíço, comprehendendo a elaboração de um código civil federal, inutilizou o argumento de autoridade de que tanto abusaram. Não obstante ainda o vejo invocado no estado, aliás conscienciosamente feito, do Sr. ALFREDO VALLADÃO: *O direito commercial em face do Projecto do Código civil*, S. Paulo, 1903. V. adiante a *Resposta* ao Dr. COELHO RODRIGUES, VI.

Parece-me, pois, que mais fortes razões militam em favor da doutrina da distincção, á qual não falta o apoio de auctoridades eminentes. ¹ Mais provavel é que a differenciação prosiga e que do direito mercantil se destaque o industrial, confirmando-se mais uma vez, em relação às formas do direito objectivo, a lei geral da evolução demonstrada por SPENCER. Reduzindo-se o *direito commercial* ao conjunto de normas jurídicas relativas á *circulação da riqueza*, virão talvez juntar-se-lhe o *agrícola* referente á sua *produção* e o *industrial*, regulador da sua *transformação*, constituindo os tres o *direito economico* de que nos fala GREY. ²

Ainda do aggregado geral do direito privado se hão de desprender e integrar outros grupos de normas, que, por seu desenvolvimento e por sua progressiva especialização, não poderão mais ser comportados no ambito do direito common. Já se annuncia alguma coisa de semelhante da parte dos *appellados direitos intellectuaes*. Mas é inutil e perigoso dar ás nossas previsões e conjecturas o valor de realidades colhidas pela observação.

Individualismo no direito privado. Esta outra face da questão, desbastada dos exaggeros reacconarios, encerra uma condensação de reclamos sociaes que merecem ser ouvidos, como impulso para uma applicação

¹ VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, I, p. 713 e seg.; SACCHETTI, *Sulla esistenza e autonomia del Diritto commerciale*, 1885; COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, p. 223; GARRA, *Questioni*, 1897, vol. I, p. 1 e segs.; ABEL ANDRADE, op. cit. p. CXLV, onde se encontra uma copiosa bibliographia relativamente a este assumpto. Ad. (1905): *Kontinuum-Rechtswissenschaft*, § 37.

² *Introduction à la sociologie*, 1886, I, p. 214; II, p. 328 e 361.

mais exacta da *lei de igual liberdade* de que nos fala SPENCER.

« Ao individualismo abstracto e desorganico, observa GIANTURCO, convém substituir um individualismo que se adapte organicamente aos fins sociais do Estado; a moral individualista deve completar-se com a moral social; os codigos de simples direito privado devem transformar-se em codigos de direito privado social ».¹

Mas cumpre, por outro lado, ponderar que esse direito privado social não pôde ser outra coisa mais do que o equilibrio dos interesses do individuo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raias são possíveis e benéficas as reformas, fóra dellas serão subversivas.

Por occasião de se discutir o codigo civil allemão, agitou-se, como era de prever, a questão social e nas disposições dello penetraram algumas gotas de socialismo.²

Aos proceres da escola pareceram mesquinhas essas concessões que não conseguiam obliterar a noção de burguezismo que, por igual, deslustra os codigos civis imperantes. Não ponderam esses intransigentes que um codigo deve ser a resultante de forças collidentes, orientação synergica de elementos aparentemente antagonicos, obra de compromisso e transacção, *communis reipublicae sponsio*, e não o predominio de uma crença, de uma opinião, predominio que só poderia licitamente ambicionar a doutrina

¹ Apud TORTORI, *op. cit.* p. 263.

² ENDEMANN, *Einführung* I, p. 8, nota 9.

que, operando a convergencia dos espiritos, tivesse conquistado a unanimidade dos votos e firmado a quietude das aspirações definitivamente satisfeitas.

As codificações sempre foram mais trabalho de depuração, de condensação, de enfeixamento, de classificação, de methodisação, do que aventureiros transitos, por sendas mal desbravadas. Em relação às regras jurídicas, que se tornaram vetustas, obsoletas, o codificador e o consolidador assumem a mesma posição, usando ambos do processo da eliminação. Em frente às novas formações, ou estas já rasgaram sulco no organismo social, e cabe ao codificador abrir-lhes espaço no seu systema, cercando-as de protecção legal, ou ainda se acham mal definidas, vacillantes, e é dever do codificador, si as divisa, deixar-lhes o caminho aberto para que se desenvolvam e preencham a função social a que se destinam para que vicem, si merecerem vigor. Injectar-lhes seiva, caso não tenham por si, poderá ser uma intervenção funesta na economia da vida social. É preciso, pois, marchar muito cautelosamente por esses terrenos, cujas orlas ainda ensombra o desconhecido.

Cumpré evitar do individualismo o que elle contém de exaggeradamente egoistico e desorganizador, mas não é perigo menor resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuaes. E falo somente desse socialismo que se nos apresenta como uma solução empirica das duras contingencias do presente, e não desse producto genuino da anarchia mental que investe contra a organização da propriedade, da familia e do governo, sem saber que forças hão de substituir a essas

que pretende eliminar. A primeira feição do socialismo ha de naturalmente orientar-se melhor esclarecida pela sociologia; a segunda é o fermento produzido por um estado de iniquitação, de constrangimento, de revolta em que se atormenta uma parte consideravel do genero humano.

Do ponto de vista indicado, parecem excessivas e indebitas todas as incapacidades que não resultam da falta de desenvolvimento do espirito, de uma perturbação mais ou menos profunda da mente, da impossibilidade material do acto ou de uma necessidade indeclinavel de co-existenciã no circulo da organização da familia ou da sociedade; mas, por outro lado, aplainam-se as duras arestas do individualismo para a facilidade da convivencia, e para que os fracos se reconheçam amparados pelo braço forte da lei no conflicto de interesses que travarem com os ricos e os poderosos.

Materia do Direito Civil.— Não é facil delimitar o campo das differentes disciplinas jurídicas. ENDEMANN, depois de deixar transparecer o seu pezar por não ver decidida ou dilucidada essa dificuldade por um preceito do código civil allemão, reconhece que uma definição seria perigosa, e, afinal, collocando-se na posição do legislador, nada encontra de mais precioso para dizeres do que nos dissera anteriormente o conselheiro NARUCCO, no art. 23 do seu projecto:— o Direito Civil é o regulado pelo código civil.¹

Realmente, si a *meas legis* pôde fornecer-nos um

¹ ENDEMANN, *Einführung*, I, pags. 28-30

critério para distinguirmos o Direito privado do Direito publico, si o Direito privado encara mais particularmente o individuo e a sociedade, enquanto distincta do Estado, ao passo que o Direito publico visa o cidadão e a sociedade politicamente organizada, quando temos de traçar os limites entre o direito civil e o commercial, que é um seu prolongamento ou, por assim dizer, uma projecção de suas linhas principaes, ou entre o direito civil propriamente dito e o seu processo, resurgem as dificuldades.

A demarcação entre o direito civil e o commercial resultará nitida depois de promulgado o código civil, e completar-se-á com a revisão, então indispensavel, do Código Commercial.

Maior delicadeza de tacto exige, talvez, a distincção entre o que é puramente institucional no direito civil e o que é processual, porque é preciso seguir a linha indicada pela Constituição federal, art. 34, n. 23, sem cercear o que foi attribuido aos Estados e sem prejudicar a acção tutelar e unificadora do Direito.

O que se deve entender por direito processual? Dever-se-ão incluír no seu conceito a doutrina das acções e toda a theoria das provas, ou simplesmente a forma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juízo?¹

¹ Cf. SAVIGNY, *Systema*, V § 204; JHERING, *Expirita del Derecho Romano*, IV, p. 14; JOÃO MONTEIRO — *Theoria do Processo Civil e Commercial*, § 28; BARRE, *Code Civil allemand*, pag. 30; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, p. XX e segs.; JOÃO MENDES JUNIOR e PEDRO LESSA, *Polemica*, sobre a Uniformidade do direito civil brasileiro

A acção, modo de effectividade do Direito, é um elemento essencial de seu conceito. Subjectivamente o Direito é um interesse que a lei protege. O interesse é a parte nuclear, a protecção legal, o tegumento com que a sociedade reconhece a consonancia entre o egoismo do individuo e as necessidades da co-existencia humana.

O código civil, estabelecendo direitos, reconhece, ao mesmo tempo, as acções que os protegem e asseguram, e faz-as extinguir por meio da prescrição. A força creadora e a extinctiva da acção enquadram-se no Código Civil, porque se acham tão intimamente ligadas ao direito que por uma necessidade logica, pela eurythmia do systema, a mesma lei que reconhece a faculdade moral de obrar deve apoiá-la com a garantia de que o poder publico ha de intervir, si alguém se oppuzer a seu livre exercicio.

Porém as formas da acção e o modo de exercê-la pertencem ao processo.

Quanto ás provas, entendo que cabe ao direito civil determiná-las, indicar-lhes o valor juridico e as condições de sua admissibilidade, ¹ porque de outro modo o Direito não teria uma forma determinada no respectivo código, ficaria dependendo da que lhe viesse dar o processo, e a forma é também elemento conceitual do direito. Consequentemente, si no direito civil predomina a phase da determinação, ha também nelle o aspecto probatorio, que é essa indicação dos meios de provar a

¹ JOÃO MENDES JUNIOR—*Revista de Jurisprudencia*, Vol. VI, pag. 268.

existencia do Direito, e o momento da sancção, que é representado principalmente pela acção.

Merecem, portanto, applausos aquelles códigos que, como o italiano, o portuguez, o hespánhol, o argentino e o uruguayano, incluíram nos seus dispositivos a materia das provas. O direito processual indicará o modo de constituir a prova e de produzi-la em juizo.

Em alguns institutos, o direito civil dilata um tanto mais a esphera de suas determinações, quando a forma e a prova do acto se consubstanciam por tal modo que não basta prescrever em que condições elle é valido, é indispensavel, para apresentá-lo em sua integridade, descer aos detalhes, cuja ausencia o mutilaria talvez. Assim é particularmente em relação á celebração do casamento e á facção dos testamentos. As formalidades preliminares e as da celebração do casamento são processuaes, mas indispensaveis para o acabamento das linhas que desenhão o instituto.

Sem ellas o instituto estaria manco, imperfeito. Em relação aos testamentos, como determinar-lhes as formas sem, ao mesmo tempo, declarar quaes os requisitos essenciaes de cada uma dellas?

Alguns juristas, dos mais egregios que possuímos, ¹ justamente apprehensivos diante da possibilidade da des-

¹ CORREIO RODRIGUES—*Introdução ao projecto do Código Civil*; JOÃO MENDES JUNIOR, *Revista de Jurisprudencia*, vol. VII; *Revista da Faculdade de S. Paulo*, 1899; JOÃO MENDES JUNIOR e PEDRO LUSO, *Uniformidade do Direito brasileiro* (poitencia); CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil brasileiro, introdução*; CARVALHO DE MENDONÇA—*Das fallencias e dos meios preventivos de sua declaração*, S. Paulo, 1899.

organisação do Direito entre nós e convencidos de que a unidade do Direito é vinco poderoso para a manutenção da unidade nacional, têm procurado oppôr obstaculos á tendencia dispersiva e dissolvente que pretende ampliar as attribuições legislativas dos Estados em detrimento da União. Convém que essa reacção, salutar por seus generosos intuitos, se mantenha dentro dos preceitos constitucionaes, sendo uma interpretação juridica, um desenvolvimento do dispositivo constitucional, sob pena de inutilisar os seus esforços.

Cumpro que enxerguemos claro nesta situação em que nos collocou a Constituição Republicana, para tirarmos della as inferencias logicas exigidas pela applicação da lei aos factos, e que, fazendo cessar as antinomias entre o querer legislativo dos Estados e o da União, entremos em um periodo de conciliação e harmonia, para que possa funcionar com facilidade e energia este delicado aparelho do governo federativo. Si a Constituição Federal enveredou por um caminho errado, em respeito á dualidade do Direito, não é com interpretações incompativeis com os seus enunciados que havemos de fazel-a retroceder.

Não é licito retirar dos Estados a competencia para legislarem sobre o direito processual; mas, si á União compete privativamente formar o direito civil e o commercial da Republica, é clara que ao legislativo federal cabe dar aos diversos institutos o arranjo, a organização que lhe parecer convinavel, e que, portanto, não deve tolher-se a sua acção, sacrificando a logica do direito, a integridade dos institutos e a harmonia das suas partes

componentes, quando a separação entre o fundo e a forma poderia acarretar um desastroso resultado. ¹ Esse argumento, de ordem pratica e doutrinaria ao mesmo tempo, se reforça com a consideração de que as leis federaes têm natural preeminencia sobre as estadoaes, em consequencia do systema de governo que adoptámos, e porque os legisladores federaes são representantes dos Estados.

Alhanam-se por esse modo as mais duras escabrosidades do assumpto, creio eu.

IV

CLASSIFICAÇÃO

Em direito, como em qualquer outro circulo de idéas, a classificação é um processo logico, tendente a facilitar e a tornar mais exacto o conhecimento dos phenomenos, agrupando-os hierarchicamente em um reduzido numero de typos. Debaixo do ponto de vista logico e estatico, um codigo é, principalmente, uma classificação de preceitos que adquirem, incontestavelmente, maior nitidez de forma e maior energia de imperio pela simples effeito da systematisação.

É, pois, uma questão fundamental, em que peze a PLANIOL. ² Mas tão debatiça tem sido ella e tão magistralmente foi tractada entre nós por TEIXEIRA DE

¹ Veja-se, do mesmo sentido, PEDRO LASSA, *Uniformidade do Direito brasileiro*.

² *Traité de Droit Civil*, 1, pag. 20.

FREITAS, que não ha mais interesse em arregimentar argumentos theoricos em torno della. ¹

As preferencias pela denominada classificação allemã se têm generalisado e avigorado por tal fórma, que é caso de reparo ver um código recente, como o hespanhol, dar prestígio á classificação do Código Napoleão, cuja inferioridade muitos juristas francezes lealmente reconhecem.

Dizem alguns que a classificação allemã é « puramente empirica, sem um princípio superior, do qual sejam divisões as classes em que se agrupam os Direitos ». ²

Mas a opinião hoje dominante é, ao contrario, que essa classificação fórma um systema logicamente constituido, em que os diversos membros se prendem e se completam, sem se prejudicarem e sem se confundirem.

É, como diz COGLIOLO, um methodo que está radicado em nossa tradição, e que seria difficil pôr de lado; além de que não poderia ser seriamente combatido, pois se fanda em conceitos de logica rigorosa, embora ainda existam difficuldades de applicação e sejam possiveis vantajosas innovações no arranjo interno dos institutos.

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, *Classificação das Leis Civis*, introdução. Vejam-se também SAVIGNY, *Systema*, vol. I; BELINGE, *Philosophie du Droit*; COGLIOLO, *Saggi*, cap. XI, e *Filosofia del Diritto*, § 11; RIBAS, *Cursos de Direito Civil Brasileiro*, I; LEBMANN, *Introduction à l'Étude du Droit*; ADEL ANDRADE, *Commentário*, introdução; RODRIGUEZ, *Science Nouvelle des Lois*, I; GLASSON, *Le Droit Civil et le Divorce*, e o artigo na *Encyclopédie sobre codificação*; AMIARD, *Lex Legislatiois civiles*.

² CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*; LAVAYRTE, *Direitos da Família*, introdução, pag. IX.

X Quando se pretende distribuir em classes as diversas relações de Direito, é possível variar o ponto de vista, agrupando-as, por exemplo, segundo as suas causas geradoras, como propoz LEIBNITZ, ou segundo o sujeito do direito, como fez o VISCONDE DE SEABRA, ou, finalmente segundo o seu objecto, como era pensamento de TRINTEIRA DE FREITAS.

Mas é fóra de duvida que uma classificação natural só pôde ser feita consoante os caracteres preponderantes das relações de direito.

Tal criterio faz-nos encontrar as quatro categorias de relações indicadas sob a denominação de direitos da familia, das cousas, das obrigações e das successões.

Não existe ainda accôrdo a respeito da ordem em que devam ser collocados os diversos agrupamentos de institutos e da comprehensão que lhes cumpre dar.

Assim é que a parte especial, umas vezes se abre com o direito da familia, ¹ outras pelo direito das cousas, ² e outras, finalmente, pelo direito das obrigações. Existe uniformidade de vistas sobre as linhas fundamen-

¹ RIBAS, *Direito Civil Brasileiro*, I, pag. 323 e segs.; ROTH, *Systema*; GIANNURCO, *Instituzioni*; GARRA, *Questioni*; d'ACQUANNO, *Genese e evoluzione del Diritto Civile*; OMBASAR, *Nuova Jura del Diritto Civile*; LEHR, *Droit Civil Russe*; Código Civil da ALGERIA, *Ad.*, 1905; *Progetto de código civile anissa*; Código Civil dos Grécios; BONFANTI, *Instituzioni di Diritto Romano*.

² SAVIGNY, *Systema*; MARCELLEY, *Man. de Droit Romain*; CHIRON, *Instituzioni*; COGLIOLO, *Filosofia del Diritto Privato*; BARRE, *Le Code Civil*; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*; códigos civis da Saxonia e de Zúrich, *Ad.*, 1905; Código Civil do Japão.

taes do systema, mas sobrenadam divergencias secundarias.

A perfeição scientifica ainda não foi attingida, e os estudiosos, aquelles que ambicionam dar ás construcções do direito a pureza de linhas alcançada pelas artes plasticas, aquelles que tractam o encadeamento das regras juridicas como um todo cuja harmonia resulta do rigor logico de seu arranjo, e aquelles que vêem nas leis juridicas uma das mais elevadas expressões da vida do organismo social, ainda trabalham por detergir essas sombras.

Parece-me que ha melhores fundamentos para começarmos a exposição das materias do direito civil pelas relações de familia.

Resumo as minhas razões nos enunciados seguintes:

a) No grupo das relações juridicas da familia, a idéa predominante é a da pessoa, como no direito das cousas a idéa predominante é a da propriedade em seus diferentes aspectos, no direito das obrigações é a do credito, e no das successões é a de transmissão hereditaria dos bens que o homem accumula para augmento de sua força de expansão vital.

Ora, si bem que a idéa de homem seja mais extensa do que a de pessoa, é certo que para o Direito privado em sua pureza, todo o homem é pessoa; portanto, a consideração social e a propria logica approvam o argumento que o bom senso e o criterio juridico haviam fornecido ao eximio GAIUS, e que as *Institutas* de Justiniano

¹ Código civil allemão: *Projecto* CORLUO RODRIGUES.

reproduzem (I, 2 § 12): *princeps de personis videamus... quarum causa jux constitutum est.*

É o homem, a pessoa, o sujeito do Direito que primeiro se deve destacar, encabeçando a serie dos grandes grupos de relações civis;

b) Adoptado o criterio classificador da generalisação decrescente, depois da parte geral, na qual se inclinam, sob uma feição abstracta, os principios applicaveis a todos os momentos, situações e formas do Direito privado, devemos enfrentar os institutos juridicos do direito da familia, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, interessam, como diz MENDEZ, ¹ á base natural da sociedade e têm, portanto, maior generalidade do que as instituições juridicas da propriedade;

c) Si o homem socialmente considerado tem primazia sobre o homem como individuo; si os interesses altruistas preferem aos egoisticos; si, como reconhece SAVIGNY, os bens são uma extensão do poder do individuo, um attributo de sua personalidade, cabe a precedencia, por amor da sociologia e da logica, aos institutos da familia, circulo de organização social, sobre os institutos economicos, meios de assegurar a conservação e o desenvolvimento da vida social; ²

¹ Op. cit., pag. 29. SAVIGNY, *Systema*, I, pags. 220 e 223, confirma esse modo de ver.

² Nota additiva, 1903: Cabe aqui lembrar o que diz Schnelle: «a familia é como que o ultimo producto de formação da vida organica e, naturalmente, o primeiro principio da vida social. A primeira familia fórma a primeira unidade de um todo pessoal e patrimonial, o primeiro corpo social.»

« d) SAVIGNY¹ cuja exposição das materias da parte especial do direito civil começa pelo direito das cousas, reconhece que a ordem natural, segundo a qual nos apparecem os institutos, seria partir do direito da familia puro, passar em seguida ao Direito das cousas, ao das obrigações, volver ao de familia applicado e terminar com o das successões.

Mas, para não sciindir o direito da familia em duas porções, resolve transportar o que elle denomina direito da familia puro para o lugar onde se deve achar o applicado.

«² Acho preferivel considerar as relações de familia em sua integridade, no ponto em que ellas se nos apresentam; porque, si a idéa capitalahi se encontra, os seus naturaes desenvolvimentos devem ser por ella attrahidos, mas não deslocal-a.

« e) É certo que ao descervarmos a influencia das relações de familia sobre os bens, iremos encontrar as noções de propriedade e de obrigações.

Porém esse inconveniente, que não será facilmente ellidido, é maior ainda se iniciarmos a série dos grandes institutos civis pelas obrigações, porque estas implicam forçosamente a noção de propriedade, desde que transpanham o circulo restrictissimo das prestações de serviços reciprocos, e offerrecem, no seu conjuncto, um conceito mais complexo e menos geral do que o da propriedade.³

¹ *Systema*, I, § 38.

² ENDEMANN confessa-o quando afirma que, si logicamente o direito de propriedade deve ser estabelecido antes de se tractar de sua permuta, todavia do ponto de vista pratico as relações obrigatorias tomam o primeiro passo. (*Einführung*, I, pag. 24.)

Nem seremos melhor aventurados se assentarmos como ponto de partida de nossa exposição o direito das cousas, pois basta recordarmos as limitações impostas ao dominio pelas relações de vizinhança, pela indivisão e pelos onus reaes para evidenciar-se quanto a theoria das obrigações interessa ao conhecimento dos differentes institutos que formam o grupo do direito das cousas.

Conclue-se dessa observação que ha manifesta interdependencia de conceitos e de normas, em toda a materia do direito civil, que os institutos, como organs pertencentes a um aparelho mais dilatado, apresentam, em sua estrutura, empréstimos reciprocos e contactos frequentes. E, portanto, essa circumstancia, que se reproduz em todas as secções do direito civil, não pôde ser uma objecção contra a precedencia concedida a uma dellas.

Um outro ponto de divergencia entre os sectarios da classificação allemã é o que respeita ao posto assignado ao concurso dos credores. Na Allemannha, aliás, a duvida está praticamente resolvida, porque o assumpto se acha tratado por lei especial (*Die Konkursordnung* von 17 Mai 1898). Querem uns que essa materia constitua um quinto livro da parte especial do direito civil, desterram-na outros para o direito processual, como uma phase de execução. Mas, si, como diz JIRRA,¹ a tendencia actual é afastar a fallencia do direito penal e do commercial e reconduzila para o direito civil geral, não temos um lugar mais apropriado para esse instituto do que

¹ *Droit International de la Faillite*, 1895, pag. 3.

o indicado pelas consequências da inexecução das obrigações.¹

O PROJECTO

LEI DE INTRODUÇÃO

Depois de algumas disposições relativas ao início da obrigatoriedade das leis, á extensão territorial de seu imperio, sua applicação e interpretação, occupa-se a lei de introdução com o Direito internacional privado.

· Sem um prévio accôrdo das noções cultas a respeito, não é licito esperar uma codificação das materias constitutivas do direito internacional privado; mas, enquanto essa aspiração não se condensa em realidade (e nada auctorisa a supôr que seja breve), é indispensavel firmar alguns principios que sejam pontos de apoio para a função de julgar. Não podiamos continuar inteiramente entregues ás vacillações da doutrina que neste assumpto, apesar do seu intenso brilho, é menos consistente do que em qualquer outro do direito privado. Mas o exemplo das conferencias de Haya e do código civil allemão, evidenciando o estado de fluidez em que ainda permanece grande parte dessa materia, aconselham aos legisladores attitude de discreção e reserva.

A mais profunda divergencia que se cava entre as escolas internacionalistas é a referente á lei pessoal, que para uns deve ser a do domicilio e para outros a da

¹ *Projecto Coelho Rodrigues: Código Civil hespanhol e uruguayano: Luchena, Obligaciones, § 37, nota 4.*

nacionalidade. A escola ingleza e a americana, á qual se alliam, entre nós, TRIXEIRA DE FREITAS e outros, adoptaram o primeiro systema.² A italiana, a franceza, a belga e a hollandeza pronunciaram-se pelo segundo.

Os juristas allemães, excepção de BAR e poucos mais, engrossavam as fileiras dos sectarios da theoria domiciliar; porém uma outra orientação agora se manifesta em favor do nacionalismo, acceto pela *Einführungsgesetz* com applausos de uns³ e protestos de outros.⁴

O actual *Projecto* do código civil brasileiro perfilhou a doutrina da personalidade do Direito subordinado á idéa superior da nacionalidade, mas não lhe quiz emprestar uma forma tão inflexivel que se não amolgasse onde as condições claramente indicassem que outra deveria ser a norma reguladora da relação de direito.

Em referencia ao regimen dos bens entre conjuges, por exemplo, adoptou um caminho intermedio, procurando interpretar a vontade presumida das partes, a

² WHEATON, *Private international law*, discute extensamente o ponto litigioso e apresenta copiosa bibliographia. Veja-se tambem RIVILACQUA, *Leçons de législation comparée*, cap. VI. O Código Civil argentino, arts. 6 e 7, dá preferéncia á lei do domicilio, e assim o chileno (arts. 14 e 15) e o uruguayano (arts. 3 e 4), ainda que limitadamente estes últimos.

³ KRIDEL, in CLUNET, 1895, p. 883 e segs.

⁴ ENDEMANN, *Einführungsg.*, I, §§ 17 e 18. Acha o citado jurista que a nova ordem de cousas estabelecida pela lei de introdução do Código Civil é extraordinariamente complicada, difficil de ser entendida e deficiente; acreditando mais, que a *communis opinio* está de seu lado. Realmente WINDSCHEID, DERNBURG, BIESELER, GIERKE, GUNDEL e STORCK ainda se conservam fiéis á theoria que encontrou em SAVIGNY o seu melhor expositor allemão. Cumpre, entretanto, dizer que STORCK não desaprova a preferéncia pela lei nacional, na vigencia de um direito unico para todo o paiz.