



Ilustração ALEXANDRE CAMANHO

RAÍZES HISTÓRICAS
E SOCIOLÓGICAS
DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO

Orlando Gomes

Martins Fontes
São Paulo 2003

X

Copyright © 2003, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
fevereiro de 2003

Acompanhamento editorial
Helena Guimarães Bittencourt

Revisão gráfica
Sandra Garcia Cortes
Maria Luiza Favret

Produção gráfica
Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes, Orlando
Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro / Orlando Gomes. - São Paulo : Martins Fontes, 2003. - (Justiça e direito)

Bibliografia.
ISBN 85-336-1733-X

1. Direito civil - Legislação - Brasil I. Título. II. Série.

03-0364 CDU-347 (81) (094.4)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código civil : Raízes históricas e sociológicas : Direito civil 347 (81) (094.4)
2. Código civil : Raízes históricas e sociológicas : Brasil : Direito civil 347 (81) (094.4)

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867
e-mail: info@martinsfontes.com.br, http://www.martinsfontes.com.br

Índice

Nota prévia VII

LIVRO I

RAÍZES HISTÓRICAS E SOCIOLOGICAS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	1
I. Formação do Direito privado brasileiro	3
II. Influência do privatismo doméstico	14
III. A estrutura social do país no período da elaboração do Código	24
IV. O Código Civil e a questão social	32
V. Conclusão	45
VI. Autores e obras citadas	47

LIVRO II

MARX E KELSEN	53
I. Incompatibilidade da teoria pura do Direito com o marxismo	53
II. A teoria pura do Direito	56
III. O materialismo histórico	62
IV. Filosofia do Direito soviético	67
V. Análises das teorias soviéticas	73
VI. Direito e Sociologia	80
VII. Concepção marxista do Direito	84

O DRAMA DE UMA IDÉIA (SOBRE O DIREITO NATURAL).....	91
AS LEIS POLÊMICAS E A FUNÇÃO JUDICIÁRIA.....	103

Nota prévia

Obras do magistério de *clássicos* da doutrina jurídica dispensam prefácios. Elas por si sós já se apresentam ao leitor.

É o caso de Orlando Gomes, um desses *clássicos*.

Conseqüentemente, só há uma causa para esta *Nota prévia*: justificar a iniciativa da presente publicação pela Editora Martins Fontes. Trata-se do propósito de divulgar dois ensaios que, embora na aparência dos temas sejam díspares, guardam, entre si, importantes informações sobre o pensamento do seu autor de referência às razões de terem permanecido alguns antigos institutos no texto de 2002 do Código Civil brasileiro e revelam, por trás do *dogmático* de suas obras de civilista emérito, a profundidade das pesquisas do autor no campo da Filosofia do Direito.

Ambos trazem a marca de uma pena concisa, por isso, capaz de dizer muitíssimo em poucas linhas. E é assim porque ninguém o supera em clareza.

Os dois são da mesma época: *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro* é de 1958 e *Marx e Kelsen* é de 1959, como publicações da Universidade da Bahia, esgotadas sem reedições. Nesse tempo, o autor desta *Nota* começou a privar da convivência doméstica com o professor e com sua família, do qual se tornou discípulo, até por identificação expressa do próprio mes-

LIVRO I

**Raízes históricas e sociológicas
do Código Civil brasileiro**

I. Formação do Direito privado brasileiro

1. Transcorridos mais de quarenta anos de vigência do Código Civil, é interessante tentar interpretar seu significado na história do Direito pátrio e na evolução cultural do país, sumariando, em breve análise, suas raízes históricas e sociológicas.

A história do Direito Civil brasileiro "singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas".

A longevidade desse corpo legislativo, organizado para o Portugal do século XVII, impediu que o país se integrasse no movimento de renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais no século XIX. E, assim, ao contrário do que sucedeu com os outros países ibero-americanos, o Brasil não codificou suas leis civis nesse século, passando diretamente do sistema das Ordenações Filipinas ao Código Civil de 1916¹.

A significação desse fato não tem sido depreendida em toda a riqueza de suas conseqüências, mas não pode ser subestimada na determinação das coordenadas da codificação.

2. As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, durante a dominação espanhola, e confirmadas pela lei de

1. T. Ascarelli, *Ensaio e pareceres*, p. 12; Liebman, em nota à tradução brasileira das *Instituições de direito processual* de Chiovenda.

29 de janeiro de 1643, não foram uma compilação progressista². Coelho da Rocha censura a incúria e o espírito retrógrado dos compiladores, admitindo que tais Ordenações constituíam sobeja prova da decadência em que iam as letras e a jurisprudência³.

Diz o professor Braga da Cruz que nasceram já envelhecidas, como simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos tempos modernos⁴.

O defeito capital que lhe apontavam era o de ter conferido autoridade extrínseca às opiniões de Acúrsio e Bártolo, numa época em que já estavam desacreditadas. Verdade é, porém, que século e meio depois foi sanado com a publicação da Lei da Boa Razão, feita exatamente em 18 de agosto de 1769⁵.

2. Teixeira de Freitas, na introdução da *Consolidação das leis civis*, esclarece que "seus colaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportaram-se muitas vezes ao Direito Romano e mesmo geralmente o autorizaram, mandando até guardar as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bartolo e mais Doutores" (*Consolidação das leis civis*, p. XXV, 5ª ed.).

As Ordenações Filipinas foram elaboradas em cumprimento ao Alvará de 5 de junho de 1595 pelo qual Felipe II de Espanha mandou rever, reformar e codificar toda a legislação portuguesa. Foram seus autores Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo, sendo este o principal compilador, segundo Cândido Mendes. O método e a sistematização das matérias é o das Ordenações Manuelinas. Representam, porém, uma reação contra o direito canônico, na opinião do mesmo Cândido Mendes, apoiada por Martins Junior.

3. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 17.

4. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. L, 1955.

5. A parte final do preâmbulo ao título 64 do livro 3º das Ordenações rezava: "Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou estilo de nossa Côrte, ou costumes em os ditos Reinos ou em cada uma parte deles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja por eles julgado, sem

3. A Lei da Boa Razão constitui verdadeiro "marco miliário" na evolução do Direito português, e, portanto, do Direito brasileiro. Nenhuma reforma pombalina no campo da legislação teve alcance maior, por seu sentido autenticamente revolucionário⁶. Ao "impor novos crité-

embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispõem; porque onde a Lei, estilo ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direito. E quando o caso, de que se trata não for determinado por Lei, estilo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga pecado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga pecado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario. As quais Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela bôa razão em que são fundadas. § 1º - E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por Lei de nossos Reinos, estilos, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Lei, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bártolo, porque sua opinião comumente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo se a comum opinião dos Doutores, que depois dele escreveram, fôr contraria."

6. A Lei de 18 de agosto de 1769 determina que, para a integração das lacunas das Ordenações, se confirmem as opiniões dos Doutores com a boa razão, isto é, nas suas próprias palavras, "com as verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis que a ética dos romanos havia estabelecido e que os direitos divinos e humanos formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo", podendo ser buscado, outrossim, naquelas outras regras que, "de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes, para direção e govêrno de tôdas as nações civilizadas".

Suas inovações são resumidas, por Pontes de Miranda, nas seguintes determinações: "1 - que seja inalterável o modo de julgar; 2 - que, havendo dúvida, se fixe antes a inteligência da lei; 3 - que se atenda ao espírito das leis, e não a outras regras de interpretação; 4 - que as glosas e opiniões de Acúrsio e de Bartolo não possam ser alegadas em Juízo, nem sugeridas, nem as de outros Doutores; 5 - que o costume seja conforme a boa razão e as leis do reino e de mais de cem anos" (in *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 69).

Sobre a Lei da Boa Razão manifestou-se Coelho da Rocha nestes termos:

rios de interpretação e de integração das lacunas da lei", determinou-lhes radical mudança, justo porque as Ordenações eram uma compilação referta de lacunas. A *rac-ta ratio* dos jusnaturalistas, erigida em fonte preexcelente da interpretação legislativa, deu ensejo não só à floração de numerosos preceitos marginais, que, todavia, passaram a integrar o Direito vigente sob forma consuetudinária, mas, também, estimulou e favoreceu o labor doutrinário que influiria fortemente sobre os aplicadores da lei.

A essa imposição de uma fonte subsidiária tão flexível deve-se, possivelmente, a extraordinária vitalidade das Ordenações Filipinas. Um de seus principais defeitos, consistente, como tem sido assinalado e se percebe à primeira leitura, na abundância de omissões, foi, quicá, o segredo de sua longevidade em Portugal e, mais do que lá, no Brasil.

"Pela lei de 18 de agosto de 1769 fez o marquês de Pombal restituir às leis pátrias a dignidade e consideração, que até aí si lhes tinham negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao Direito Romano e Canônico, outros pela comodidade de recorrer às opiniões e arestos. Segundo as disposições desta lei, aquêle continuou a ser subsidiário; mas unicamente no que fôsse conforme com o Direito Natural, com o espírito das leis pátrias, e com o govêrno e circunstâncias da nação. Êste, o Canônico, foi remetido para os tribunais eclesiásticos e matérias espirituais. As glosas, opiniões dos doutôres e arestos, foram destituídos de tôda a autoridade extrínseca; e nos negócios políticos econômicos, mercantis e marítimos mandaram-se seguir, como subsidiário as leis das nações civilizadas da Europa."

Suas características principais, segundo Martins Junior, foram:

a) o crescimento das liberdades doutrinárias e do arbítrio jurídico, de que gozavam advogados e julgadores, em manifesto prejuízo da jurisprudência pátria e da suprema judicatura da Realeza (pream. e ns. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 da lei);

b) a redução da influência e prestígio do Direito romano, como elemento subsidiário da legislação: relegado tal Direito para um plano inferior não só pela definição da boa razão como pela condenação das glosas de Accúrsio e Bartholo (ns. 9, 10, 11, e 13 da lei).

As Ordenações Filipinas foram para aqui transportadas, no dizer de Martins Junior, como um pedaço da nacionalidade portuguesa, como um direito que estava feito, e precisava simplesmente ser aplicado, depois de importado⁷.

Não obstante, continuaram a vigorar após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822.

A lei de 20 de outubro de 1823⁸ determinou, com efeito, que, no Império nascente, vigorassem as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alterados.

4. A Constituição de 25 de março de 1824 prescreveu, no art. 179, n.º XVIII, que se organizasse, quanto an-

7. "O português entrou para o Brasil, pela porta do tratado de Tordesilhas, na qualidade de senhor, de dono, de proprietário. Instalando-se em sua nova possessão e tendo de realizar vis-a-vis do selvagem o processo de luta social a que Novicow chama de eliminação biológica, ele trouxe à terra descoberta, e para seu uso, tôda sua bagagem legislativa, como trouxe os seus costumes, os seus escravos, as suas roupas e joias. Transportava-se para cá um pedaço da nacionalidade portuguesa; era natural que viessem com êle as leis respectivas, como parte que eram do patrimônio moral da metrópole.

Assim o Direito que ia vigorar na colônia não tinha que nascer do choque de interesses das populações postas em contacto: era um direito que estava feito e que precisava simplesmente ser aplicado, depois de importado" (Martins Junior, *História do direito nacional*, p. 144).

8. Sobre a decretação dessa lei, diz Cândido Mendes: "Um dos primeiros e mais importantes atos dessa Assembléia (constituinte), foi a Lei de 20 de outubro de 1823, mandando vigorar no novo Império as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais se governava o país até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizava um novo Código, ou não fôsem especialmente alteradas. Tal é o documento que assegurou à antiga Legislação e ao Código Filipino a vitalidade que tem fruído. Como se vê, a promessa de um novo Código, é ainda mais antiga que a da Constituição."

tes, um Código Civil, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. A despeito de todas as tentativas feitas para o cumprimento dessa determinação, sobreveio a República, em 1889, sem se ter realizado a reforma legislativa de base, aspirada desde a proclamação da Independência. As Ordenações Filipinas, embora alteradas e completadas, sobreviveram à queda do Império, conservando a sua extraordinária vitalidade nos primeiros vinte e cinco anos do regime republicano. E assim completaram 314 anos de existência.

5. Em pleno século XX, a nossa legislação civil continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603, cujas disposições "escritas no estilo bizantino das Novelas dos Imperadores do Oriente, precedidas e seguidas de leis extravagantes, em todos os sentidos, algumas de mais de três séculos, e destinadas primitivamente a um reino absoluto", haviam sido, como nota Coelho Rodrigues, "enxertadas depois no Império constitucional, e sobrepostas, ultimamente, no regime republicano"⁹. Quando, em 1.º de janeiro de 1917, o Código Civil entrou em vigor, o Direito Civil brasileiro, na precisa observação de Paulo de Lacerda, "não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustendo as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacer-

9. As Ordenações Filipinas só sobreviveram na parte relativa ao Direito Civil (livro 4.º). Quanto ao Direito público, foram revogadas pela Carta Constitucional e pelo Ato Adicional; quanto ao Direito Penal, pelo Código Criminal de 1830, pelo Código de Processo Criminal e pela lei de 1841; quanto ao Direito privado, na parte relativa às atividades comerciais, pelo Código Comercial de 1850 e pelo Regulamento 737.

dots lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, lidos ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão"¹⁰.

6. Interessante insistir na observação de que as Ordenações compiladas para o reino de Portugal tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil. Em 1867, Portugal organizou o seu Código Civil, à base do projeto elaborado pelo Visconde Seabra¹¹. Conquanto se tenha inspirado na tradição do país, devido, principalmente, à influência exercida pela obra notável de Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, o Código Civil luso, no comentário judicioso do professor Braga da Cruz, rendeu-se demasiadamente à influência estrangeira, com esquecimento ou postergação, muitas vezes, da tradição portuguesa¹². Essa tradição foi mais respeitada no Brasil, não havendo exagero na proposição de que o Có-

10. *Código Civil brasileiro*, síntese histórica e crítica, p. III, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio, 1917.

11. "Las fuentes que se utilizaron en la elaboración de sus preceptos fueron, especialmente: a) el Derecho portugués anterior y los trabajos de los juriconsultos, especialmente la obra magistral de Coelho da Rocha: *Instituições de Direito civil português*; b) el Código de Napoleón y sus comentaristas, sobre todo Marcadé y Demolombe; c) otros Códigos extranjeros, como el austríaco y el sardo; d) el Proyecto de Código Civil español de 1851 y el del Código italiano, así como el comentario de Garcia Goyena sobre el primero de ellos" (Castan Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, p. 58).

"A partir de las postrimerias del siglo XIX, numerosas leyes y Derechos — entre los que sobresalen el de 1930, que reforma 175 artículos — han llevado importantes modificaciones al Código Civil portugués, y en la actualidad, en cumplimiento de un Decreto-Ley de 1944, se trabaja en la elaboración de un Proyecto de revisión general" (Castan Tobeñas, *op. cit.*, p. 59).

12. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. I, pp. 32 ss., 1955).

digo Civil brasileiro constitui, em pleno século XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica lusitana do que a que pode representar o próprio Código Civil português promulgado cerca de cinquenta anos antes¹³.

7. A explicação dessa singularidade não reside na circunstância de ter durado mais no Brasil a legislação civil baseada nas Ordenações Filipinas. Além da conservação por mais tempo, entre nós, das condições e formas de vida para as quais fora ditada a legislação filipina, Portugal estava mais próximo da influência exercida no movimento de renovação legislativa, no século XIX, pelo Código de Napoleão. Sobre a Europa sopravam os ventos do individualismo jurídico. A organização das relações privadas animava-se, assim, de novo espírito, inlenso à tradição. Elaborado no período histórico em que os princípios da revolução francesa formulavam as diretrizes de profunda renovação social, o Código Civil português havia de ser, como foi, a expressão mais acabada do individualismo jurídico em Portugal¹⁴. As idéias liberais, que haviam penetrado em Portugal, no começo do século XIX, influíram decisivamente na evolução do Direito privado português. Compreensível que houvesse rompido, em muitos pontos, com a tradição representada por leis inspiradas nas necessidades de uma sociedade de tipo diferente, organizada politicamente, até então, sob os moldes da monarquia absoluta.

8. Verificou-se nessa época a "diversificação evolutiva das instituições jurídico-privadas de Portugal e do Brasil"¹⁵.

13. Braga da Cruz, comunicação citada.

14. Braga da Cruz, comunicação citada.

15. Braga da Cruz, comunicação citada.

Até então a história jurídica dos dois povos fora comum. Daí por diante, bifurca-se. O Brasil permanece fiel à tradição, enquanto Portugal se deixa influir pelas idéias francesas, a ponto de consagrar inovações chocantes no seu Código de 1867. É que a estrutura social do Brasil, nessa época, não comportava essa influência alienígena. Sobre o vasto Império projetavam-se os tentáculos da sociedade colonial baseada no trabalho escravo. Embora se fizesse sentir a necessidade de reformar a legislação civil, mediante a elaboração de um Código que, por disposição constitucional, deveria ser fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade¹⁶, malograram, no Império, três tentativas de codificação: a de Teixeira de Freitas (1859), a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881).

A circunstância de não ter sido elaborado o Código Civil pátrio no século XIX deve ter concorrido para a preservação, em maior escala, da tradição jurídica lusitana.

9. Em vista do estado caótico da legislação, o Governo imperial incumbiu a Teixeira de Freitas, em 15 de fevereiro de 1855, a consolidação das leis civis, com a obrigação de coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Brasil. A natureza e marcha da ingente tarefa foram bem compreendidas pelo jurisconsulto encarregado de realizá-la. Tratava-se de mostrar o último estado da legislação, reduzindo a proposições claras e sucintas as disposições em vigor, com citação, em nota correspondente, da lei que autorizava cada preceito, ou declaração do costume que estivesse estabelecido contra ou além do texto¹⁷. O

16. Art. 179, n.º XVIII, da Constituição de 26 de março de 1824.

17. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, p. XXV, 5.ª ed., Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio, 1915.

objetivo era, claramente, a elaboração de trabalho preparatório da codificação. No consenso dos civilistas, a obra excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do Direito Civil brasileiro. Não interessa, nesta oportunidade, ratificar encômios unânimes ao seu valor, mas, tão-só, mostrar que, por seu intermédio, o Direito português conservou-se no Brasil. Foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros. Admirável síntese da obra do passado, a Consolidação das Leis Civis condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcaça das Ordenações valetudinárias.

Não fora essa exímia condensação, e, por certo, as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917. É verdade que o Código Civil a ela não se ateve. Mas a Consolidação facilitou a obra do codificador.

A influência de Teixeira de Freitas não se faz presente apenas através da construção magistral em que reuniu e sistematizou os elementos esparsos da desordenada e contraditória legislação emigrada. Exerceu-se também por meio do "Esboço"¹⁸, que embora não houvesse sido aproveitado entre nós, como o foi em outras nações ibero-

18. O *Esboço* é obra inacabada. Embora houvesse sido prorrogado até 1864 o prazo para a entrega do projeto de Código Civil a que se obrigara, por contrato firmado em 1859, a elaborar, Teixeira de Freitas não o concluiu, deixando ao meio o terceiro livro da parte especial. O contrato foi rescindido em 1872 por não ter o Governo aceito a idéia de elaboração de um código geral para o Direito privado. Antecipando-se aos Códigos modernos, o *Esboço* foi dividido em duas partes: uma geral e outra especial. Na Parte Geral eram regulados os elementos do Direito (o sujeito, o objeto e o fato jurídico). Na Parte Especial, subdividida em três livros, estavam disciplinados os direitos pessoais e os reais.

americanas, inspirou numerosas disposições do Código Civil, notadamente da parte geral, do direito das obrigações e de certos institutos do direito das coisas.

Contudo, a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, nos quais, como observa Castan, não dá mostras de um espírito tão radical como o de outras legislações americanas, pois conserva o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador¹⁹.

19. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, p. 75.

II. Influência do privatismo doméstico

10. O Código incorpora certos princípios morais, em-prestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar. Muitos preceitos, por outro lado, estão impregnados desse sentimentalismo tão próprio do temperamento brasileiro, que conduz à "benignidade jurídica", exaltada por Clóvis Beviláqua como a causa do abrandamento da dureza de certas disposições do Direito português. O espírito de tolerância baixou sobre muitas de suas normas, a sugerir e estimular interpretações liberais, que lubrificam a engrenagem dos institutos e amaciam os seus atritos com as solicitações da sentimentalidade nacional. Na sua elaboração, enfim, jamais se ausenta aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil.

Já em 1928, Pontes de Miranda observava, em penetrante análise, que o Código Civil condensa "um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação; quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido de sua função de consolidação e justiça social"¹. Vários artigos do Código denunciavam, segundo o mesmo escritor, "a preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal"².

1. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 489.

2. Arts. 315, parágrafo único, 331, 447, 460, 461, 464, 470, 477, 744-186, 233, 329, 380, 384, 393, 407 (op. cit., p. 489).

11. Para o casamento dos menores de vinte e um anos, exige o consentimento de ambos os pais, mas, discordando eles entre si, manda que prevaleça a vontade paterna. O marido é o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe administrar os bens particulares da mulher, fixar e mudar o domicílio da família, e autorizar a profissão da esposa. O Juiz pode ordenar a separação dos filhos de mãe que contrai novas núpcias, se provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente. A mãe binuba perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder. O direito de nomear tutor compete ao pai. Consagra-se, assim, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal.

12. O conservantismo na disciplina das relações de família revela-se, expressivamente, na regra contida no parágrafo único do artigo 315 do Código, pela qual o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges. A indisposição para com o divórcio, no Brasil, é antiga.

Na Exposição de Motivos de seu projeto de Código Civil, Coelho Rodrigues, que se opusera à sua introdução por ocasião da elaboração da lei do casamento civil, declara que teve a idéia de autorizar a dissolução do vínculo no caso de adultério, mas recuou diante de certas perspectivas³.

3. Interessante registrar, como boa amostra do seu espírito malicioso, que, tendo chegado à conclusão de que o adultério do homem, embora menos grave, deveria também autorizar o divórcio, pondera: "se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade" (*Projeto do Código Civil*, p. 37).

Clóvis Beviláqua, convicto de que o divórcio instaura o regime da poligamia sucessiva⁴, articula algumas razões que, no seu entender, se opunham a qualquer reforma do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial⁵. (V. o pronunciamento a favor de Anízio de Abreu.) O Código consagrou-o. Além disso, em outras disposições, como as relativas à tutela e à curatela, revela essa preocupação pelo fortalecimento do grupo familiar.

O conservadorismo do Código manifesta-se ainda na adoção da comunhão universal de bens como regime legal e na disciplina do regime optativo da separação.

4. *Em defesa do Projeto de Código Civil brasileiro*, p. 98, Francisco Alves, Rio, 1906.

5. "Se fôr concedido o divórcio a vínculo, facilitar-se-á o incremento das paixões animais, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o régimen da poligamia sucessiva, que, sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto.

A moral doméstica deve ser de extrema delicadeza, particularmente em atenção aos filhos cuja educação se compromete, cujo espírito se conturba e cujos interesses não são escrupulosamente atendidos, quando os seus progenitores, esquecidos da sagrada missão que lhes é confiada, se deixam arrastar pelos desregramentos de conduta, sem procurar sequer disfarçá-los aos olhos das cândidas criaturas que são fadadas a tomá-los por modelos, e em cujas consciências êsses atos produzem, necessariamente, um precipitado moral funestíssimo.

A cultura, a moral, o direito, tôdas as normas sociais são liames destinados a conter a animalidade humana, e a canalizar os impulsos individuais para os fins da conservação e do bem-estar sociais.

Sendo assim, não parece duvidosa a escolha entre um remédio que se acomoda perfeitamente a êsses fins e um que os contraria, entre um recurso que não transforma os casais infelizes em seres ditosos, mas evita a propagação da úlcera, circunscrevendo-lhe a ação corrosiva, e um expediente que, sôbre as ruínas de uma família, ergue a possibilidade de outras ruínas, formando uma triste cadeia de matrimônios efêmeros, na qual se vai a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da família dissolvendo" (Clóvis Beviláqua, op. cit., pp. 97-8).

13. No campo do direito hereditário, a preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostenta-se em traços berrantes. Para facilitar a conservação do patrimônio formado pelo chefe da família e atender à preocupação, muito difundida, de garantir o futuro dos filhos, preservando-os da adversidade ou prevenindo-lhes a estroinice, permite a substituição fideicomissária, considerada obsoleta já àquele tempo, e confere ao testador o direito incondicionado de gravar os bens dos herdeiros, mesmo os que constituem a legítima, com a cláusula de inalienabilidade vitalícia. Opõe-se, com essas permissões, que têm sido largamente usadas, ao princípio da livre circulação dos bens, um dos postulados básicos da ordem econômica e social que disciplina no plano das relações privadas.

Do mesmo teor é o princípio consagrado de limitação à liberdade de testar, pelo qual metade do acervo hereditário deve pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Nesse particular, o cuidado com a prole resultante de matrimônio apura-se a ponto de determinar importante alteração quantitativa da legítima. O Código não se satisfaz com a terça; exige que a reserva seja de metade.

Revela-se ainda essa insistente preocupação pelo círculo familiar na ordem da vocação hereditária. De um lado, estreita o conceito de família, contrariando a tendência para o fortalecimento do clã parental⁶ ao estatuir que o cônjuge supérstite deve ser chamado após os descendentes e ascendentes, com exclusão dos irmãos, tios e demais parentes. Do outro, alarga-o, estendendo até aos colaterais do sexto grau o direito à herança, se o *de cujus* morre intestado⁷.

6. Cons. Oliveira Viana, *Instituições políticas brasileiras*, vol. 1, pp. 235 ss.

7. O Código estatuiu no art. 1.612: "se não houver cônjuge sobrevivente serão chamados a suceder os colaterais até o sexto grau". O Decre-

14. Esse privatismo doméstico parece ser a nota dominante em nossa legislação. Explica-se por certas particularidades de nossa organização social, destacadas por sociólogos e estudiosos do meio brasileiro e pelo atraso de sua evolução. As forças íntimas de nossa civilização elaboram-se no campo, como demonstra, com maior força persuasiva, Oliveira Viana⁸.

Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade, no conceito de Sérgio Buarque de Holanda, tem a sua base fora das cidades⁹. A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. Razões históricas e ecológicas modelaram-na de forma que preponderasse, na organização social, a ordem privada, como bem o demonstrou Nestor Duarte¹⁰.

Esse predomínio viera da sociedade colonial, "dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática", que criara uma forma de organização social infensa à politização. A emancipação política do país não modificaria fundamentalmente essa estrutura. A sua classe política seria constituída pelas famílias que detinham a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representan-

to-lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945, reduziu ao terceiro grau a sucessão dos referidos parentes. Por fim, o Decreto-lei n.º 9.461, de 15 de julho de 1946, determinou que sejam chamados à sucessão os colaterais até o quarto grau.

8. *Evolução do povo brasileiro*, p. 49.

9. Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, p. 43.

10. Nestor Duarte, *A ordem privada e a organização política nacional*, Nacional, São Paulo, 1939.

tes, embora dela distanciados pelo pensamento, pela educação literária e pela cultura, os doutores, que agiam em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder¹¹. Essa elite distante, que vivia obsessivamente com o pensamento fixado na Europa, cairia facilmente naquele idealismo utópico a que alude Oliveira Viana nas páginas lúcidas de sua obra sobre as instituições políticas brasileiras. A sua ação não conseguiu, porém, transformar a ordem econômica e social do país, que resistiu, a ponto de dizer Nestor Duarte que, mesmo depois da Abolição e da República, a sociedade colonial guardava ainda, fora do litoral, os seus arcabouços mais ou menos resistentes, aqui ou ali¹².

15. Na organização jurídica da propriedade e de alguns direitos reais limitados, como o usufruto e a enfiteuse, na disciplina do contrato de locação de serviços, nas disposições relativas à sucessão *mortis causa* e, principalmente, na institucionalização da família, quer nas relações patrimoniais que o casamento origina, quer nas relações pessoais entre cônjuges e entre pais e filhos, o Código Civil sofre a influência marcante dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida, que, todavia, iria transformar-se vertiginosamente logo após a sua promulgação.

Mas, por outro lado, distancia-se da realidade, avançando o sinal, para haurir, na doutrina e na legislação de povos mais adiantados, concepções e disposições próprias do grau de seu desenvolvimento.

A despeito da diferença flagrante entre o meio europeu e o brasileiro, muitas construções jurídicas da Europa continental são introduzidas sem maior resistência. O

11. Nestor Duarte, op. cit., p. 183.

12. Op. cit., p. 191.

legislador pátrio, desdenhoso das condições materiais de existência do país, pôde, com mais facilidade, romper, em certos pontos, com as tradições do passado¹³ modificando as linhas arquitetônicas de importantes institutos jurídicos. Não estando atado a uma tradição arraigada, difícil não lhe foi aproveitar-se da experiência de outros sistemas jurídicos, e adotar teses avançadas da doutrina estrangeira, para acolher, afinal, certas conquistas interessantes da ciência jurídica¹⁴.

16. As condições de vida do país, tão distantes daquelas em que tais construções se levantaram, reagiriam sobre o próprio pensamento dessa elite progressista, e exerceriam marcada influência, como notou René Davi¹⁵, sobre as instituições e o modo por que o Direito seria aplicado. Por mais forte que houvesse sido o seu entusiasmo pelo progresso da ciência jurídica na Europa, não lhe foi possível escapar à influência do meio. Na elaboração do Código Civil, como, de resto, em sua aplicação, esse condicionamento revela-se de modo a se poder perceber nitidamente o particularismo a que dá lugar.

Segundo René Davi, as condições econômicas dos povos da América Latina determinaram soluções diversas das que a Europa adotava, ou apesar da tendência para adotá-las¹⁶. Ascarelli, exemplificando, mostra que, no

13. Gutteridge, *Le droit comparé*, p. 120.

14. Conf. Gutteridge, *op. cit.*, p. 120.

15. "Par ailleurs, cependant, les conditions de vie dans la majorité des pays de l'Amérique latine, sont profondément différentes de ce qu'elles sont dans les pays d'Europe, et ces conditions ne peuvent manquer d'influence profonde sur les institutions de ces pays et la manière dont le droit y est appliqué" (René Davi, *Traité élémentaire de droit comparé*, p. 259).

16. "Si, dans l'aspect qu'y revêt la démocratie et dans les conséquences qui s'y attachent, les droits de l'Amérique latine diffèrent des droits européens, ils en diffèrent également en raison des conditions éco-

Brasil atual, a tradição européia de proteção do vendedor de imóvel não tem sentido, em vista do rápido ritmo de desenvolvimento do país e da valorização dos imóveis¹⁷.

17. Além disso, o Direito dos países ibero-americanos, e particularmente o Direito brasileiro, está impregnado de um espírito democrático que é estranho ao Direito dos povos europeus, sobreposto como este se acha a sociedades de estratificação social mais hierarquizada e mais rígida. O espírito democrático das nações latino-americanas, como lucidamente observou o comparatista francês, é eminentemente social, "feito de sentimento de igualdade que existe entre todos os homens, qualquer que seja sua condição econômica, sua origem, ou sua raça"¹⁸. Dele derivam o espírito de universalismo e o espírito de tolerância, altamente influentes, não apenas na aplicação da lei, mas, também, na sua elaboração. O autor do Projeto de Código Civil, Clóvis Beviláqua, qualificou o nosso Direito como um "direito afetivo", em vista de suas disposições se inspirarem, não raro, em causas sentimentais. E Pontes de Miranda, discorrendo sobre as características do Direito brasileiro e os traços próprios do Código Civil, dá-lhes, como elemento distintivo, a tolerância, a afetividade, cercadas, embora, de sugestões patriarcais e capitalistas¹⁹.

nomiques diverses qui prévalent en Europe et en Amérique. Des nombreuses solutions de nos droits européens se rattachent à des données économiques traditionnelles, que ces solutions soient ou non justifiées en raison de nos jours: idée que le immeubles constituent l'élément important et stable des fortunes, idée que le commerce seul a besoin de crédit et que l'agriculture ne doit pas en user. Ces idées, issues de conditions propres aux pays européens et dont la liaison est étroite avec certaines formes européennes d'organisation politique et sociale, sont complètement indéfensables en Amérique" (René Davi, *op. cit.*, pp. 260-1).

17. *Op. cit.*, p. 22.

18. *Op. cit.*, p. 260.

19. *Op. cit.*, p. 487.

18. No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranqüilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.

19. O Código Civil brasileiro teve, assim, um *cunho* teórico. Observa René Davi que os primeiros Códigos da América Latina, promulgados no décimo nono século, refletiam o ideal de justiça de uma classe dirigente, européia por sua origem e formação, constituindo um Direito que pouco levava em conta as condições de vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população, mantidas em um estado de completa ou meia escravidão²⁰.

20. Op. cit., pp. 266-7.

O retardamento na organização do Código Civil brasileiro permitiu que esse divórcio entre o Direito teórico e o prático não fosse tão profundo entre nós, como foi em outras nações do continente. Mas, ainda assim, a alienação constituiu freqüente recurso do legislador para dotar o país de uma legislação que nada ficasse a dever aos Códigos mais modernos. Em várias disposições, é mais uma expressão de idéias do que de realidades.

III. A estrutura social do país no período de elaboração do Código

20. A ordem subjacente guardava as linhas mestras de sua Constituição rudimentar. Poucos anos antes, em 1872, o recenseamento acusava para o Brasil uma população de 9.930.478 habitantes. Gilberto Amado, considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz este a trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho...

Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia; a população em geral era pobre, na sua maioria, mas eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não eram operários rurais ou fabris¹.

1. *O evolucionismo e o positivismo no Brasil*, p. 46.

21. O quadro econômico e social em que se processa a obra dos codificadores, de 1899 a 1916, deve ser traçado, em suas linhas gerais, para a melhor compreensão do sentido da codificação, melhor aferição do seu valor, e melhor fixação das suas coordenadas.

A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em conseqüência, descontentamentos que suscitasse grandes agitações sociais.

A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreara em conseqüência da urbanização prematura de alguns pontos do país.

Para a organização social do país, a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no Direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava.

22. Não é possível, todavia, compreender esse estado de espírito, sem delinear, em traços largos, o sistema colonial nos seus reflexos espirituais, longamente produzidos desde a época da colonização portuguesa. Vivendo economicamente da exploração de riquezas agrícolas para vendê-las no mercado externo, os proprietários da terra necessitavam de bens que o país só podia obter mediante importação. Para preencher essa função, uma burguesia mercantil desenvolveu-se, estabelecendo-se em pontos estratégicos do litoral.

Assim, a economia brasileira manteve-se, no Império e no primeiro quartel da República, tipicamente colonial. A dependência econômica acarretou a vinculação espiritual. Nas cidades, que floresciam como empórios de mercadorias importadas, a burguesia mercantil imitava, nos hábitos sociais, no estilo de vida, e na própria institucionalização das idéias, as camadas superiores de povos de estrutura econômica e social muito mais desenvolvida, dando uma falsa impressão de progresso cultural. Aquela aparência de civilização, brilhantemente ostentada em meia dúzia de capitais, especialmente na federal, contrastava, de modo chocante, com o atraso geral, em que permaneciam, principalmente, as populações do campo. Como a economia do país estava baseada na exploração da terra por processos primários e dependia do mercado externo, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada, impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador como exportador, tinha interesse vital na conservação desse sistema. Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam.

23. Por esse interesse fundamental explicam-se suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização. Os expoentes da intelectualidade brasileira de então, situados na classe média, inspiravam-se, por isso mesmo, no pensamento e nas formas políticas de povos mais adiantados, transplantando para o nosso solo instituições alienígenas, que nessas regiões começavam a murchar. O desenvolvimento das metrópoles, então dependente da atividade econômica da burguesia mercantil, interessava fundamentalmente às classes médias, e, de modo particular, à elite intelectual.

Nos primeiros trinta anos da República – 1889 a 1919 – a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo no país, que, *grosso modo*, pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior – o dos fazendeiros – utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que, por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento industrial, a ela se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades². Esses interesses coincidiam, por outro lado, com os da burguesia mercantil, agindo todos em detrimento da massa rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer, tivesse consciência de sua miserável situação.

No plano político, isto é, de dominação da máquina do Estado, o controle dos dois setores mais importantes da burguesia, especial e notadamente da burguesia rural, se exercia pela deformação do sistema representativo, sob a forma da política de clientela eleitoral. Os grandes pro-

2. *Cadernos de nosso tempo*, publicação do ISEB. V. Hélio Jaguaribe, *Condições institucionais do desenvolvimento*, pp. 11 ss., Rio, 1958.

prietários rurais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais. Asseguravam, por esse modo, a defesa de seus interesses básicos, uma vez que a elite intelectual urbana da classe média necessitava do apoio dos coronéis, para a conquista dos postos de comando.

Assinalam os estudiosos da história econômica do Brasil que, nos três primeiros lustros do século XX, o processo de desenvolvimento do colonialismo atinge o seu maior grau, estimulado pelo incremento do comércio internacional e pela facilidade da mão-de-obra, decorrente, em grande parte, da imigração.

24. A abolição da escravatura, a que se seguiu a proclamação da República, "desencadeou um novo espírito social", consentâneo com a expansão das forças produtivas. A prosperidade material provocou "a ânsia de enriquecimento". Sob o estímulo da ambição de lucro, fortunas amontoaram-se, mormente pelo exercício da atividade mercantil especulando sobre os produtos agrícolas de exportação. Desenvolve-se vertiginosamente o comércio exterior, ajudado pela finança internacional, que incrementa a inversão de capitais. Enfim, a economia brasileira adquire, ao influxo de todos esses fatores, um ritmo de crescimento que assegura ao país uma situação próspera e tranqüila.

Mas não se verifica qualquer alteração substancial na sua estrutura. O sistema colonial mantém-se em suas linhas mestras. Circunstâncias favoráveis permitem, todavia, que concorra para o progresso material, determinando o crescimento de algumas regiões e o florescimento de cidades litorâneas, onde as conquistas da civilização mecânica se consolidam.

Nesse período de prosperidade, os quadros políticos do país ampliam-se. As formas de organização econômi-

ca, política e social dos povos mais adiantados, transplantadas para o país, acomodam-se e se aclimatam, com as inevitáveis deformações.

25. Dois fatos, no entanto, devem ser destacados para melhor compreensão de certos fenômenos superestruturais, notadamente o jurídico. O primeiro é a contradição ideológica entre os setores predominantes da camada superior. Enquanto a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal, a burguesia agrária temia as conseqüências da aplicação, ao pé da letra, dos princípios dessa filosofia política, consciente, como classe, de que a democratização de fundo liberal se faria ao preço do seu sacrifício. Essa contradição não provocou o antagonismo entre os dois setores, não só porque seus interesses econômicos imediatos coincidam, mas também porque a superestrutura política era, em verdade, de fachada. O regime representativo, por sua desfiguração através do coronelismo, permitia ao proprietário da terra resguardar-se de investidas contra seus interesses fundamentais. Por outro lado, o sistema de franquias liberais aproveitava, tão-somente, a reduzido número, sendo estranho à grande maioria da população miserável e inculta. E, desse modo, sem grandes abalos, arrastava-se o país pelos corredores da História.

26. O segundo fato é o crescimento da classe média, particularmente devido à urbanização prematura do país, provocada não pela sua industrialização, mas pela expansão do comércio exportador dos produtos agrícolas. As capitais dos Estados marítimos mais desenvolvidos construíram os seus portos para o escoamento da produ-

ção e o recebimento de mercadorias estrangeiras, transformando-se em centros movimentados que reclamaram serviços públicos mais amplos e complexos. A República permitira a criação de Escolas Superiores, que logo se difundiram nesses centros, e o teor de vida nas cidades que procuravam imitar as metrópoles litorâneas atraía gente do interior, em regra filhos de fazendeiros ou pequenos negociantes. Cresceu, assim, rapidamente, nas principais cidades, uma pequena burguesia, sem condições todavia de imediato amadurecimento, devido ao baixo nível de vida econômica. Como esclarece um escritor, "a única via de acesso que se abria para essa classe era o serviço militar e burocrático, para o qual afluiu". Como não tivesse outra, a corrida para os cargos públicos se fez pressurosamente com tamanha ânsia que o parasitismo burocrático veio a se transformar num mal crônico e incurável do país.

Interessante observar que, a despeito de se ter aposado dos cargos públicos e das posições de comando, manteve-se como caudatária dos interesses da burguesia, os quais passou a expressar em termos políticos adequados, até o momento em que o seu refúgio se saturou – o que veio a ocorrer em nossos dias.

Nessa classe média, assim fixada, recrutavam-se os elementos aos quais se confiava o manejo da máquina política e burocrática do Estado. Não possuindo ideologia própria, e vivendo, nessa quadra, em condições favoráveis, devido ao surto de prosperidade, já assinalado, a classe média assumiu posição conservadora, procurando dar ao país uma organização social propícia à expansão das forças produtivas cujo ritmo de crescimento se acelerara devido aos fatores já apontados.

27. O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preo-

cupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontrava obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.

IV. O Código Civil e a questão social

28. Não será desinteressante registrar, para mostrá-la, a indiferença às tentativas de introdução de leis sociais, feitas no Parlamento, durante o período em que se estava elaborando o Código Civil.

29. Nessa fase, foram apresentados vários projetos de lei, que visavam à proteção do trabalhador, notadamente quando vítima de acidente do trabalho. O primeiro, de autoria do deputado Medeiros e Albuquerque, foi justificado em sessão de 3 de setembro de 1904.

Dispunha sobre os acidentes ocorridos a operários no exercício de suas profissões e a respectiva indenização. Na oração que proferiu para defendê-lo, o autor do projeto critica a teoria clássica da responsabilidade civil, lamentando que estivesse consagrada nos arts. 1.526 e seguintes do Projeto de Código Civil¹. A despeito das boas intenções manifestadas e da declaração de que o momento era oportuno para o país iniciar a legislação operária, o projeto não teve ressonância no Parlamento e, muito menos, na opinião pública. Compreende-se. Era evidentemente prematuro. No art. 4º enumerava os serviços nos quais o acidente sofrido pelo trabalhador deveria ser indenizado. Tais eram, dentre outros, a exploração

1. *Documentos parlamentares*, Legislação social, vol. 1, p. 5, Rio, 1919.

de pedreiras e caieiras, a construção civil, o assentamento de estradas de ferro, a carga e descarga de mercadorias e o serviço das costureiras, quando trabalhassem em oficinas. Vê-se, de logo, que o trabalho industrial no país, nos primeiros anos do século XX, era insignificante, o que explica o menosprezo do Parlamento ao projeto Medeiros e Albuquerque, fruto que era de um impulso generoso.

30. Quatro anos depois, o deputado Graccho Cardoso, na sessão de 22 de agosto de 1908, enviou à Mesa da Câmara um projeto de lei em que renovava a iniciativa de Medeiros e Albuquerque. No discurso com que o encaminha, procura responder à objeção de que uma lei sobre acidentes do trabalho seria "inoportuna, prematura e antecipada em um país de indústrias incipientes como o nosso".

Outro projeto de lei, de autoria do deputado Wenceslau Escobar, é apresentado, no mesmo ano, sobre a mesma matéria. Nenhum, porém, tem andamento. Outra tentativa se faz em 1915. É o senador Adolfo Gordo quem apresenta novo projeto de lei sobre acidentes do trabalho, insistindo na adoção de medidas inspiradas na doutrina do risco profissional. Esse projeto continuava em discussão quando foi promulgado o Código Civil.

Verifica-se, pois, que, no período de elaboração do Código Civil, algumas tentativas para introduzir a legislação social foram feitas através de projetos legislativos sobre a matéria de acidentes do trabalho, nos quais perpassa o sopro das novas idéias que conquistavam terreno nos países mais adiantados da Europa. Mas esse movimento não exerceu qualquer influência no Código Civil que se elaborava simultaneamente. A mentalidade dominante conservava-se fiel ao individualismo jurídico, mais consentâneo, então, com o grau de desenvolvimento das forças produtivas do país.

31. Sinal mais vivo da indiferença dos codificadores pelo nascente movimento que advogava novo regime jurídico para as relações de trabalho é o desprezo com que foi votado o projeto de lei apresentado pelo deputado Nicanor Nascimento, em 15 de junho de 1911, que dispunha sobre os contratos de locação de serviços de empregados no comércio. Nele se estatuíam regras que limitavam a doze horas a jornada de trabalho, instituíam o repouso semanal obrigatório, proibiam o trabalho dos menores de dez anos e regulavam o daqueles que haviam alcançado essa idade, fixavam algumas medidas de higiene e segurança e, por fim, estabeleciam rito especial para a ação de cobrança de salário. Não obstante, o Código Civil regulou o contrato de locação de serviços segundo o modelo das legislações puramente individualistas.

Assim, o exame da atividade dos legisladores durante o período de elaboração do Código Civil revela que, a despeito de manifestações entusiásticas do movimento de renovação do Direito, iniciado no fim do século passado, a submissão aos princípios vigentes durante a fase de apogeu do liberalismo foi atitude firmemente mantida pelos codificadores.

32. Não haverá exagero em dizer-se que essa atitude foi consciente, por ser a que se compadecia com o grau de desenvolvimento econômico e social do país. Os interesses fundamentais das camadas superiores da sociedade brasileira reclamavam uma legislação que favorecesse a expansão das forças produtivas nos quadros do sistema colonial de exploração da riqueza. Sente-se a preocupação de evitar qualquer obstáculo à livre iniciativa.

A objeção mais séria que se levantava contra a adoção de medidas destinadas à proteção dos trabalhadores, particularmente a indenização dos acidentes do trabalho,

era a de que viriam onerar a produção, freando os espíritos empreendedores. O deputado Graccho Cardoso, defendendo seu projeto, já aludido, respondia a essa objeção argumentando que a indenização entraria como fator normal no preço de revenda do produto, indo pesar, portanto, sobre o consumidor, e não sobre as fábricas ou industriais. Embora se procurasse fazer incidir sobre a indústria incipiente o peso desse ônus, o perigo de sua generalização criou resistências.

Não foi, realmente, por desconhecimento das novas idéias, então já agitadas no mundo, que os legisladores do Código Civil se conservaram presos a uma orientação que estava sendo energicamente contestada. As elites culturais brasileiras sempre foram bem informadas acerca do que se passa nos países cultos, respirando, não raro, tão profundamente o ar cultural de outros povos que transplantam para o nosso solo o que mal começa a brotar em outros mais bem adubados para a germinação. Na justificação dos projetos que tentaram introduzir a legislação social em nosso país, verifica-se que seus autores conheciam perfeitamente o direito e a doutrina dos povos mais adiantados.

33. Também o autor do projeto de Código Civil não ignorava que estava desencadeada a reação ao individualismo jurídico. Nos artigos que escreveu para rebater as acusações ao Projeto, enfeixados no volume publicado em 1906 sob o título *Em defesa do Projeto de Código Civil brasileiro*, dedica um capítulo ao socialismo jurídico. Depois de afirmar que certos reclamos sociais devem ser ouvidos, como impulso para uma aplicação mais exata da lei de igual liberdade de que nos fala Spencer, pondera que as reformas que se não contenham nos limites do equilíbrio dos interesses do indivíduo e da sociedade se-

rão subversivas². Reconhecendo que a questão social fora agitada quando se discutiu o Código Civil alemão, no qual penetram algumas gotas de socialismo, condena os que o criticavam porque, a despeito dessas concessões, esse Código não se limpava da nódoa de burguesismo que deslustrava os Códigos vigentes. Define, então, a sua posição, esclarecendo que os Códigos devem ser obra de compromisso e transação e, revelando o seu pensamento quanto à imaturidade do meio para incorporar as novas idéias, adverte que as codificações devem ser trabalho de depuração, de condensação, de enfeixamento, de classificação, de metodização, e nunca de aventureiros trânsitos por sendas mal desbravadas³. No seu entender, o dever do codificador, diante das novas formações, é o de lhes deixar o caminho aberto para que se desenvolvam e preencham a função social a que se destinam, para que vicem, se merecem vigor. O autor do Projeto de Código Civil faz, por fim, profissão de fé anti-socialista, ao afirmar que, se cumpre evitar do individualismo o que ele contém de exageradamente egoísta e desorganizador, não é perigo menor resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuais⁴.

Note-se que esse socialismo a que se refere era apenas o movimento que viria concretizar-se, pouco depois, no reconhecimento dos direitos sociais, hoje inscritos em todas as Constituições modernas do mundo. O socialismo autêntico, como ideologia, era confundido, no seu pensamento, com o anarquismo, porque investia, segundo declara, "contra a organização da propriedade, da família e do governo", não passando de "fermento produzido por um estado de inquietação, de constrangimento e

2. Op. cit., p. 40.

3. Op. cit., p. 41.

4. Op. cit., p. 41.

de revolta em que se atormentava uma parte considerável do gênero humano⁵.

Beviláqua assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. Estava convencido de que as "novas formações" não possuíam substantividade, não se devendo lhes injetar seiva, para que se não processasse uma intervenção funesta na economia da vida social⁶. Conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do Direito privado, mas as condições sociais do país, o seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza não ensejavam a sua assimilação. Por mais esclarecido que fosse o seu pensamento de professor de legislação comparada, não seria possível superar as limitações do meio, até porque, se o fizesse, se colocaria numa posição falsa e perigosa.

Interessante observar que a sua definição ideológica, tão claramente formulada na obra publicada em defesa do projeto de Código Civil, não foi uma reação a ataques que houvessem sido desfechados contra o "burguesismo" do Código, para usar uma expressão sua. Em todo o curso de sua longa elaboração, nos dezessete anos durante os quais se arrastou nas duas casas do Congresso Nacional, o Código Civil não foi acusado, em tempo algum, de ter descurado a questão social. No Brasil daquele tempo não havia clima para uma crítica dessa ordem. Beviláqua tocava no problema porque o Código Civil alemão, promulgado em 1896, despertara viva reação por ter ignorado novos aspectos da vida social e não ter acolhido aspirações que haviam adquirido força suficiente para ali se imporem. As críticas de Gierke e de Menger são altamente elucidativas. Mas no Brasil, apesar de se estar elaborando

5. Op. cit., p. 42.

6. Op. cit., p. 41.

um Código Civil depois de ter entrado em vigor o B. G. B., o ambiente não comportava ataque nesse *front*. Foi, pelo menos, o que revelou a discussão do projeto Beviláqua.

34. Interessante acompanhar a discussão do capítulo sobre a locação de serviços, travada na 36.^a reunião da Comissão Especial, que se realizou em 11 de dezembro de 1901.

Ressaltando a importância do assunto, Andrade Figueira dá largas ao seu incurável saudosismo, cantando as excelências da Lei n.º 2.827, de 15 de março de 1879, revogada por decreto do Governo Provisório⁷. No seu

7. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 15, Imprensa Nacional, 1902.

Sobre esse diploma legal, assim se pronuncia Javert de Souza Lima:

"Essa lei no seu art. 4.º dispunha que o contrato de locação de serviços exigia, para sua forma e para sua prova, a escritura pública, celebrada perante o escrivão de paz do distrito, onde fôr situado o prédio rústico, ao qual se destinar o serviço, ou na capital das províncias marítimas, perante o tabelião de notas, aí se achando o locador. Uma pública forma do contrato seria entregue ao locatário e outra ao locador gratuitamente. No seu art. 6, estabelecia que os menores de 21 anos, nos contratos de locação de serviços, assistidos por seus pais, ou, se fôssem órfãos, por seus tutores, mediante prévia licença do juiz de órfãos, e quando os órfãos fôssem estrangeiros, por seus cônsules, onde os houver.

Segundo seu art. 9, a lei admitia: § 1.º a locação de serviços propriamente ditos; § 2.º, a locação de serviços, mediante a parceria nos frutos do prédio rústico, denominada parceria agrícola; § 3.º, a locação de serviços mediante a parceria na criação de animais úteis à lavoura, denominada parceria pecuária. No tocante à locação de serviços propriamente dita, entre outros dispositivos, encontramos o seguinte: 'a duração dela, sendo brasileiro o locador, não passará de seis anos, salvo o direito de renovação; não havendo tempo ajustado, presume-se o de três anos agrários, contados conforme o costume do lugar; na locação de serviços de menor não se estipulará locação que transponha a menoridade; o locatário não pode, sem o aprazimento do locador, transferir a outrem a locação de serviços'. O art. 19 enumerava as nulidades de pleno direito. No art. 57, citavam-se os modos de resolução da locação de serviços, entre os quais

modo de ver, bastariam ligeiras correções para adotá-la, com vantagem, como texto do Código. Fora letra morta, porque, num país de escravos como o Brasil de então, a população livre não fazia ajustes para serviço agrícola ou doméstico, que era o objeto precípua da atividade braçal. Mas seus preceitos pareciam-lhe excelentes. Apontava-lhe apenas dois defeitos: 1.º o de dar tamanha importância aos contratos de locação de serviços, que os tornava dependentes de escritura pública; 2.º o de centralizá-los demasiadamente, exigindo, para a sua celebração, tais formalidades, que só seriam praticáveis nas cabeças de comarca⁸.

Para Andrade Figueira, a grande virtude da lei de 1879 consistia na sua obediência ao princípio supletivo, pelo qual o legislador estatua a regra na ausência da convenção das partes, suprimindo o silêncio destas, quando não se tivessem manifestado. Considerava-a muito bem feita, exatamente porque era uma lei de caráter supletivo, como entre os romanos. E estranhava que, na exposição de motivos do decreto que a revogou mandando observar o direito comum, se tivesse dito que, a respeito de contratos de locação, o melhor que o Governo tem a fazer é não fazer lei. Mas estranhava, porque a lei de 1879 era de cunho eminentemente subsidiário e, por isso, não precisava ser revogada⁹.

a morte do locador, mas não a do locatário, bem como despedindo-se o locador por justa causa. No seu cap. IV, tratava a lei n.º 2.827 da parceria agrícola; no cap. V, da parceria pecuária; no cap. VI, da matéria penal, e finalmente no cap. VII, do processo e competência" (in *Da interpretação no direito do trabalho e outros estudos*, pp. 60-1).

8. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 16.

9. São suas palavras: "Esta lei, letra morta, na opinião do ilustre relator, obedecia ao mesmo princípio a que este contrato obedeceu entre os romanos; é o princípio supletivo. O legislador estabelecia a regra na ausência da convenção das partes, supria o silêncio destas, quando não se tivesse manifestado.

Expressa vigorosamente o pensamento conseqüente do individualismo jurídico infenso a toda regulamentação legislativa do trabalho. As condições de sua prestação deveriam ser deixadas à vontade dos contratantes. Em nenhum território do direito contratual caberia maior amplitude ao princípio da autonomia da vontade. A esse tempo, ainda era dogma, entre nós, o preceito da liberdade de contratar no campo do trabalho, tanto assim que Fábio Leal, discutindo o assunto na Comissão Especial, embora considerasse o projeto atrasado, incompleto e inadequado à nova feição da nossa atividade econômica e

É assim que nestas leis, sobretudo na de 1879, que V. Ex.^a faria bem em consultar, porque é uma lei muito bem feita, se diz a cada passo: 'se acontecer o colono fugir e outra cousa não estiver disposta no contrato, se observará tal ou tal disposição'. Portanto, eis aí o caráter supletivo.

Outras vêzes diz 'no silêncio das partes, se observará isto ou aquilo' e às vêzes 'em tal caso, se observará tal disposição'.

Enfim, é uma lei de caráter supletivo, e o mesmo sucede quanto às leis de 1830 e 1837. Era êste exatamente o caráter que tinha a locação entre os romanos e a nossa legislação conservou: o da maior liberdade.

As partes têm a maior liberdade, respeitados certos limites do direito público, de fazer os contratos que quizerem. Isto é o que se pode chamar o direito comum. O direito romano era isto: o contrato ser a lei das partes, e a lei do poder público ser apenas de caráter supletivo. Isto é que se pode chamar direito comum.

Pois bem, isto que os amigos de S. Paulo queriam é o mesmo que êste decreto do Governo Provisório estabeleceu, dizendo que ficassem revogadas tôdas as disposições contrárias ao direito comum. Ora, revogava-se exatamente uma legislação que mandava observar o direito comum.

A lei mandava observar o direito comum, deixando às partes celebrar livremente os seus contratos com tôda a plenitude. Tanto é isto que o decreto, que é precedido de uma exposição de motivos, diz que, a respeito de contratos de locação, o melhor que o Governo tem a fazer é não fazer lei; e é a lei, que isto mandava, que êle revogava. A lei dava à vontade das partes o efeito de lei, e, portanto, revogava-se por exorbitante no direito comum uma lei que mandava observar êsse mesmo direito comum. Por isto, diz que êsse decreto é até um atestado de ignorância." (*Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 16.)

advogasse leis consentâneas com as relações modernas, contudo, declarava-se partidário da mais ampla liberdade individual e adversário da regulamentação do trabalho¹⁰.

Não ignorava Andrade Figueira que o contrato de locação de serviços estava sendo regulado, nas legislações da Europa, "por modo previdente e muito casuístico". Entendia, porém, que lá se justificava tal regulamentação porque havia muito trabalho oferecido e poucos tomadores, o que se não verificava entre nós. Por esse motivo, certas medidas não nos conviriam. Não lhe era desconhecida a tendência para a formação do Direito do Trabalho. Assinalava-a nestes termos: "na Europa, onde as indústrias têm tomado grande desenvolvimento, há grande propensão de destacar e formar o que se chama Direito Industrial"¹¹. Mas, embora estivesse ao par do movimento de idéias nos centros mais adiantados, preocupava-se com a realidade nacional, da qual tinha, aliás, uma visão pessimista; o problema da falta de braços levou-o a defender medidas altamente restritivas da liberdade individual dos trabalhadores, qual seja a que determinava a prisão do lavrador ou proprietário que aliciasse trabalhadores do vizinho¹².

35. A intervenção de Andrade Figueira é contrabalançada por oportunas ponderações de Alfredo Pinto. Partidário de uma regulamentação do contrato de locação de

10. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 25.

11. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 35.

12. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 38. Eis o que disse: "em matéria de locação de serviços, casos há em que a prisão é indispensável para o lavrador ou o proprietário que alicia trabalhadores do vizinho, por exemplo. Neste caso, o legislador impõe a prisão e muito bem, por que é um caso de fraude".

serviços em termos gerais, afirma que, “perante os princípios do direito moderno, perante o ideal democrático, o serviço do advogado confrontado com o do trabalhador rural não coloca o primeiro em uma situação de nobreza e o segundo de aviltamento”¹³.

Critica a lei de 1879, mostrando que não se coadunava com o regime republicano, principalmente porque estabelecia penas restritivas da liberdade. Com ênfase, declara que não se pode estabelecer a pena de prisão, em hipótese nenhuma, para o cumprimento de serviços. Insurge-se contra o trabalho de menores, advogando a sua proibição. Enfim, nas suas curtas observações, revela-se um espírito mais aberto ao movimento da humanização das relações de trabalho¹⁴.

36. Beviláqua intervém no debate para sustentar o seu ponto de vista contrário à especialização na disciplina legal da locação de serviços. Dentre as razões que invoca em apoio da orientação seguida, está a seguinte: “porque as leis em vez de virem em socorro do fraco, se põem, neste caso, do lado do forte, assegurando-lhe a dominação, mantendo-lhe a posse de uma situação jurídica superior, o *optimum jus* do patriciado romano, incorrendo na pecha de legislação burguesa, segundo a feliz adjetivação de alguns juristas, em vez de procurar ser uma legislação popular, como cumpre em nossos dias”¹⁵.

Como se vê, a discussão não chegou a se ferir no plano onde se poderiam chocar duas orientações filosóficas.

13. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 45.

14. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 45.

15. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 54.

Manifestações muito vagas sobre o sentido novo que se começava a preconizar para o tratamento jurídico da relação de trabalho são encontradas no debate travado, mas como aspecto secundário da questão de ordem técnica que o centralizou.

Essa questão consistiu em saber se o Código deveria conter poucas disposições, de caráter geral, sobre a locação de serviços, ou se, ao contrário, deveria admitir as particularizações, destacando os serviços materiais dos imateriais e regulando especialmente os serviços domésticos. Prevaleceu a tendência sintética, de que fora pioneiro, entre nós, Felício dos Santos, no seu projeto de Código Civil. Beviláqua orientara-se nesse sentido, convencido de que os Códigos deveriam ser obra de síntese. Referindo-se à regulamentação da locação de serviços, ponderou que deveria traduzir-se em “normas gerais e amplas para que dentro delas as classes e os indivíduos desenvolvam livremente as suas energias úteis”¹⁶.

Afora questões dessa ordem, a codificação da locação de serviços efetuou-se sem despertar maior controvérsia, a revelar que, nesse tempo, o contrato não adquirira, entre nós, a importância que possui no regime econômico do qual o Código viria a ser expressão jurídica.

37. A mentalidade dominante na época transfundiu-se com tanta objetividade nas regras codificadas no capítulo da locação de serviços, que nenhum a traduz com nitidez maior. Não só na ausência de qualquer medida de proteção aos trabalhadores, mas no tratamento desigual que dispensa ao locatário e ao locador, beneficiando sempre ao primeiro, o Código Civil consagrou interesses de

16. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. VI, p. 54.

classe, que o marcaram daquele "burguesismo" a que se referia Beviláqua. É certo que as condições materiais do país não favoreciam a introdução de princípios avançados na época. Focalizadas as normas codificadas à luz desses pressupostos, não é possível, no entanto, qualificar a regulamentação como obra reacionária. Mas, a esse tempo, já se afirmava, entre os povos cultos, a tendência para disciplinar juridicamente o trabalho humano sob novos moldes. É inconcebível, por exemplo, que o Código Civil não houvesse incorporado qualquer preceito sobre os acidentes do trabalho. A explicação dessa lacuna, dada pelo autor do Projeto nos comentários que escreveu sobre o Código, mostra que, a esse tempo, ainda não se tinha, no país, a compreensão exata da importância da matéria, a despeito das tentativas para regulá-la à parte. O atraso do Código comprova que, no particular, a solidez dos interesses de um dos setores da classe dominante travou o impulso das elites por uma legislação progressista. Em consequência, passados apenas dois anos de vigência do Código, proclamavam-se, solenemente, no Tratado de Versalhes, direitos dos trabalhadores, que viriam alterar, radicalmente, entre os povos cultos, a disciplina das relações jurídicas entre patrões e trabalhadores. Embora a alteração só tenha sido iniciada, entre nós, depois de 1930, ainda assim o individualismo do Código Civil, no particular, mostra que a elite cultural do país, ofuscada como estava por interesses conservadores, dos quais não soube se libertar, não teve, no particular, a necessária visão histórica, tratando as relações de produção com espírito estreito.

V. Conclusão

38. Verifica-se, em suma, na evolução legislativa do Direito privado brasileiro, aquele descompasso entre o Direito escrito e a realidade social, que assinalamos em outro ensaio¹. O Código Civil colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso Direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade e sem cair no servilismo de outras codificações.

39. Essa influência do Direito escrito que se antecipa à realidade só se exerce, porém, quando a lei se coloca na

1. *O papel do Estado brasileiro na regulamentação do trabalho*, contribuição ao II Congresso Internacional de Direito Social, 1958.

perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura. O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse. Surge, com efeito, em inúmeros passos, como uma obra progressista dos nossos legisladores. Alguns anos depois de ter entrado em vigor, as condições objetivas do meio brasileiro, transformadas por força do rápido crescimento do país, criariam o clima propício à sua frutificação. O pensamento que o inspirou condicionou-se necessariamente ao sistema social em cujas entranhas foi concebido, mas, por vezes, o superou, embora, de quando em quando, lhe oferecesse resistência sob o influxo moderador da tradição.

Cidade de Salvador, Bahia, abril de 1958.

VI. Autores e obras citadas

- BRAGA DA CRUZ, "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. I., 1955.
- CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Ed. Reus, Madri, 1957.
- CLÓVIS BEVILÁQUA, *Em defesa do Projeto do Código Civil*, Francisco Alves, Rio, 1906.
- COELHO RODRIGUES, *Projeto de Código Civil*, Tip. Jornal do Comércio, Rio, 1897.
- Documentos Parlamentares*, Legislação social, vol. 1, Rio, 1919.
- FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 1, Of. Graf. Jornal do Brasil, Rio, 1920.
- GUERREIRO RAMOS, *Introdução crítica à sociologia brasileira*, Ed. Andes, Rio, 1957.
- GUTTERIDGE, *Le droit comparé*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1953.
- HÉLIO JAGUARIBE, *Condições institucionais do desenvolvimento*, ISEB, Rio, 1958.
- JAVERT SOUZA LIMA, *Da interpretação no direito do trabalho e outros estudos*, Belo Horizonte, 1958.
- MARTINS JUNIOR, *História do direito nacional*, Cooperativa Editora e de Cultura, Pernambuco, 2ª ed., 1941.
- NESTOR DUARTE, *A ordem privada e a organização política nacional*, Nacional, São Paulo, 1939.
- OLIVEIRA VIANA, *Instituições políticas brasileiras*, José Olympio, Rio, 1949.
- ORLANDO GOMES, *O papel do Estado brasileiro na regulamentação do trabalho*, Bruxelas, 1958.

- PAULO DE LACERDA, *Código Civil brasileiro*, Rio, 1917.
- PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Pimenta de Mello & Cia., Rio, 1928.
- RENÉ DAVI, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1950.
- SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, José Olympio, Rio.
- SÍLVIO ROMERO, *O evolucionismo e o positivismo no Brasil*.
- TULIO ASCARELLI, *Ensaíos e pareceres*, Saraiva, São Paulo, 1952.
- TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Jacinto Ribeiro Santos, 5ª ed., Rio, 1915.
- Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Imprensa Nacional, Rio, 1902.
- WALDEMAR FERREIRA, *História do direito brasileiro*, Max Limonad, São Paulo, 1958.

LIVRO II

Marx e Kelsen