

PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO



## OBRAS DO MESMO AUCTOR

- ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA, 2<sup>a</sup> ed.—Rio de Janeiro, 1901.—Livraria Garnier.
- TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS.—Recife, 1888.
- LICÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA, 2<sup>a</sup> 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 & C<sup>a</sup>
- ESBOÇOS E FRAGMENTOS.—Rio de Janeiro, 1899.—Laemmert & C<sup>a</sup>
- GUERRAS E TRACTADOS (memoria historica para o livro do 4<sup>o</sup> centenario do Brasil, em collaboração com o Coronel Thaumaturgo de Azevedo).—Rio de Janeiro, 1900.
- PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO.—Rio de Janeiro, 1900.
- DIREITO DA FAMILIA, 2<sup>a</sup> ed.—Recife, 1905.—Ramiro M. Costa & Filhos.
- CONTRIBUIÇÕES PARA A HISTORIA DO DIREITO (artigos publicados na «Revista do Norte» e na «Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife»)

## TRADUCÇÕES

- 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.



41

EM DEFEZA

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 — Bello Horizonte

1906

342.1  
B. 571  
e  
ab

TYP. DA LIVRARIA FRANCISCO ALVES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume acha-se registrado

com o número

3538

do ano de

1946

*A*

*Epitacio Pessoa*

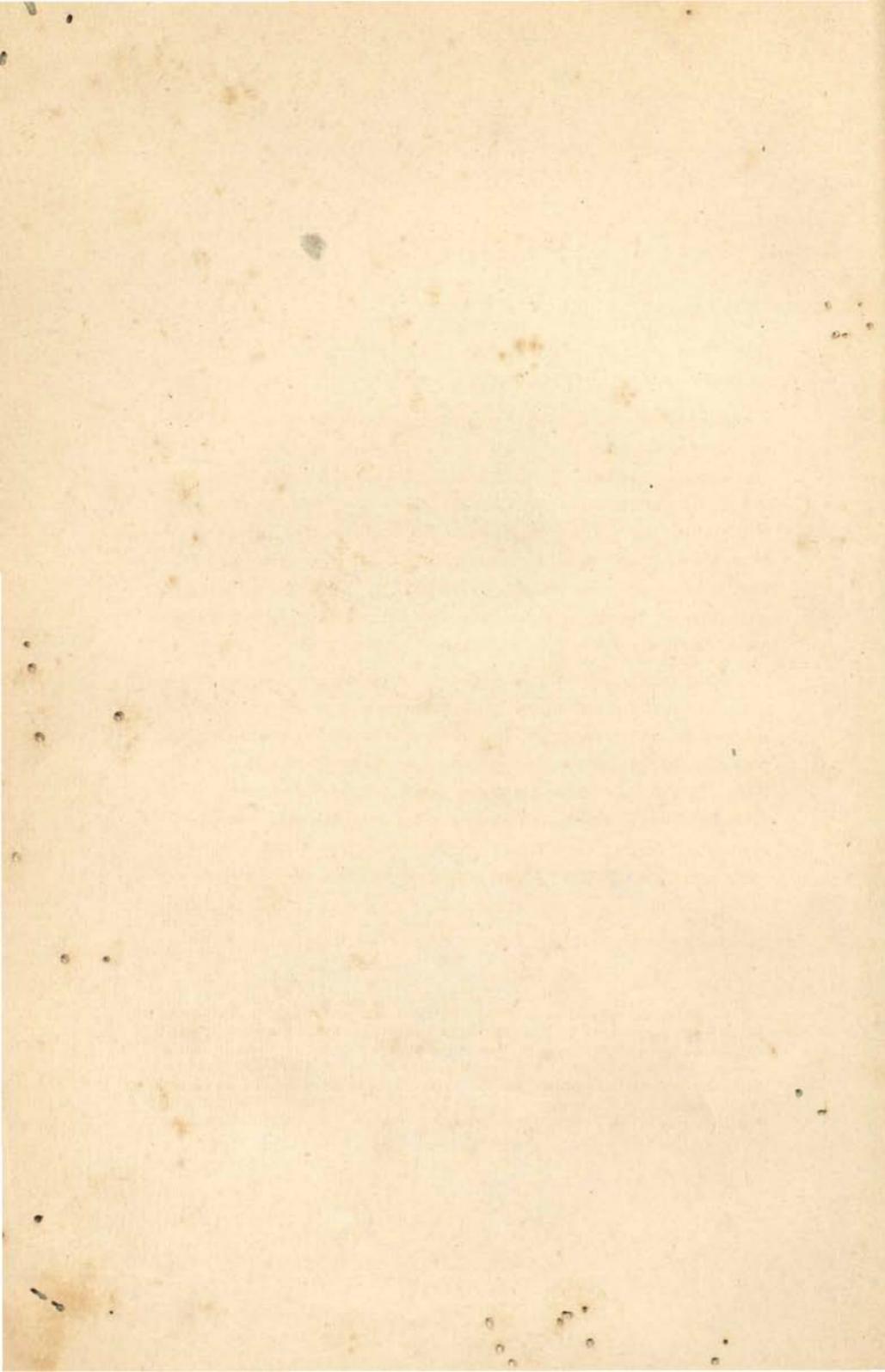
*Sylvio Romero*

*e*

*Solidonio Leite*

*A' memoria impercivel de*

*Joaquim José de Oliveira Fonseca*



## PROLOGO

---

Apreciando a discussão travada a proposito do ultimo *Projecto* de codigo civil brasileiro, o eminente jurista e homem de estado argentino, ESTANISLAO S. ZEBALLOS, fez a observação de que constitúe ella um episodio notavel nos fastos intellectuaes da America do Sul, porque, pondo de parte as exuberancias literarias, os excessos de imaginação, as ironias, as allusões pessoaes e as explorações do amor proprio, ha, nas 5.300 paginas publicadas ao tempo em que elle escreveu, um vasto cabedal juridico e literario, ao qual muitas vezes não recusa o epitheto de profundo <sup>1</sup>

Pena será que todo esse material accumulado e o mais que se lhe veio e virá junctar não se possa transformar na criação desejada do codigo civil brasileiro. Por mim ainda não perdi a esperança, mas não sei em que longinquo futuro se condensará ella em realidade. E si afinal ainda desta vez nos fugir das mãos, cahindo espedaçada pela critica implacavel, a obra custosamente elaborada, resta-nos o consolo de affirmar que em torno de nenhum outro projecto brasileiro tanto se afadigou a mente dos contemporaneos.

Logo que veio a lume o *Projecto*, pretendeu difficultar-lhe o passo a má vontade do Sr. TORRES NETO em artigos que a *Revista de*

---

<sup>1</sup> *Bulletin argentin de droit international privé*, 1905, Mars. pg. 432 e segs. Aproveito a oportunidade para agradecer ao sabio confrade as amaveis referencias com que me distingue nesse escripto, as quaes não transcrevo aqui para não me accusarem de nimiamente vaidoso. Aliás desse acto me desculparia, talvez, a consideração de que seria justo oppôr ao mal que do auctor do *Projecto* de codigo civil disse um brasileiro notavel, o bem que do mesmo pensa um estrangeiro competente.

*Jurisprudencia* publicou, mas que não me pareceram merecedores de resposta. Sob a indelicadeza da fórma occultava-se a nullidade da substancia.

Vieram depois ataques de outra categoria, que não deviam ficar sem revide. Promptifiquei-me a defender o trabalho que apresentára ao governo do meu paiz, e os artigos que fui publicando forneceram-me o material do presente volume. Não encerra elle toda a defeza do *Projecto*, porquanto, perante a Comissão da Camara dos deputados, tive oportunidade de mais demoradamente apoiá-lo, assim como o fizera precedentemente deante da Comissão nomeada pelo governo. Mas a discussão no seio da Comissão da Camara, seguindo a ordem do *Projecto*, tomaria antes a feição de um commentario que melhor se comprehenderia com o texto em face. Por isso julguei que podia destacar esta primeira parte da defeza do *Projecto*, sem prejuizo do mesmo. A outra parte ou poderá constituir um outro volume, si valer a pena desentranhal-a dos *Trabalhos* da Comissão especial da Camara, ou será opportunamente aproveitada em outra publicação.

Referi-me ás criticas de que foi alvo o *Projecto*. É justo que não desembre o apoio que lhe prestáram homens de valor no paiz e no estrangeiro. Não pretendo ser completo, mas, volvendo o espirito agradecido para todos quantos me deram o conforto de sua sympathia, destaco agradecido os nomes de: — EPITACIO PESSOA, o ministro que no governo do benemerito restaurador das finanças brazileiras, o Sr. Dr. CAMPOS SALLES, me arrancou do retrahimento a que me acostumára, para confiar-me a difficil empreza de elaborar um projecto de código civil, e generosamente levantou em torno do trabalho que lhe apresentei a muralha do seu prestigio; — OLIVEIRA FONSECA, que veio desinteressadamente trazer ao *Projecto* o valiosissimo concurso do seu aprimorado saber juridico e literario; — SYLVIO ROMERO, vulto maximo de nossas letras, que, num relatorio magistral, poz em relevo a função do *Projecto* no desdobraimento evolucional de nossa jurisprudencia; e SOLIDONIO LEITE, que soube reaccender-me a coragem e restituir-me a esperanza nos momentos ingratos em que o espirito descoroçoado tentava refugir para o abrigo do silencio e da sombra.

Além desses, muitos outros se puzeram ao lado do *Projecto*, convencidos de que já tarda o momento em que devamos sahir do cháos de uma legislação civil incongruente e avelantada: toda a nobre e esforçada Commissão especial da Camara, sem exclusão de um só dos seus distinctos membros <sup>1</sup>; a propria Camara reunida em sessão extraordinaria, onde se fizeram ouvir orações opulentas de doutrina e finas observações, como as de AUGUSTO DE FREITAS, GALDINO LORETO, ESMERALDINO BANDEIRA, FAUSTO CARDOSO, VERGNE DE ABREU, MEDEIROS E ALBUQUERQUE, ADOLPHO GORDO, BARBOSA LIMA e as dos illustres membros da Commissão especial; TITO ROSAS, ARTHUR ORLANDO, ADHERBAL DE CARVALHO, SERGIO LORETO, VIEIRA FERREIRA, o Instituto dos advogados do Rio de Janeiro; tribunaes do paiz, como a Relação do Maranhão, onde então brilhava a intelligencia culta de CUNHA MACHADO, e a do Rio Grande do Norte de que faz ainda parte MEIRA E SÁ, literato e jurista de grande competencia; a mocidade das escholas juridicas e em particular a do Recife e a da Bahia que me colmaram de gentilezas affectivas, tendo a ultima a guial-a, numa occasião para mim inesquecivel, o illustrado corpo docente, que eu personifico ainda comovido, nos illustrados collegas conselheiro CARNEIRO DA ROCHA e dr. CASTRO REBELLO; PEDRO DE QUEIROZ, escrevendo o opusculo — *O Projecto de código civil e o divorcio*; FRANCISCO DE CASTRO FILHO, publicando a *Insolvença civil*; ALFREDO VALLADÃO, com a sua monographia sobre a *Unificação do direito privado*; a Faculdade de direito de Minas Geraes; WALDIMIRO CAVALCANTI, em artigos da imprensa diaria; jornaes do Ceará, do Amazonas, do Maranhão, da Bahia, do Rio Grande do Sul. Podera dizer: a nação, por seus organs legitimos, manifestando o desejo intenso de adquirir um aparelho juridico mais em harmonia com o estado social.

---

<sup>1</sup> Eis os nomes dos deputados que compunham essa commissão excepcionalmente devotada ao trabalho: J. J. SEABRA, presidente, SYLVIO ROMERO, relator geral, FRANCISCO TOLENTINO, secretario, SÁ PEIXOTO, ARTHUR LEMOS, LUIZ DOMINGUES, ANISIO DE ABREU, FREDERICO BORGES, TAVARES DE LYRA, CAMILLO DE HOLLANDA, TEIXEIRA DE SÁ, ARAUJO GOES, MONJARDIM, OLIVEIRA FIGUEIREDO, AZEVEDO MARQUES, ALENCAR GUIMARÃES, RIVADAVIA CORREIA, HERMENEGILDO DE MORAES e BENEDICTO DE SOUZA.

No estrangeiro mostraram-se interessados pelo bom exito do *Projecto* alguns juriconsultos que tiveram a gentileza de manifestar o seu sentimento ou em carta como E. LAMBERT, F. MEYER e RAOUL DE LA GRASSERIE ou pela imprensa, como o citado professor ESTANISLÁO ZEBALLOS no *Bulletin argentin*, POSADA, no *Mundo latino*, JOSÉ ANTONIO URIBE nos *Anales diplomaticos y consulares de Colombia* e a redacção do *Droit d'auteur*.

Por um lamentavel desvio da critica, versou a discussão muitas vezes entre nós, sobre questões de estylo e grammatica. Fugi o mais possivel de envolver-me nessa contenda bysantina que um só resultado poderia ter: — o de perdermos um tempo consideravel e precioso, si não a oportunidade de obter a passagem do Codigo civil no Congresso. Mas era impossivel ficar quieto, imperturbavel, quando a picareta impiedosa, derrubando a caliça e levantando nuvens de poeira fingia estar solapando a construcção.

Desejariam os antagonistas do *Projecto* vasal-o numa lingua hieratica, impecavel, que jamais existiu na realidade da vida, que jamais foi falada pelo povo, e que elles suppõem idealmente creada pelos escriptores de sua predilecção.

Para mim a lingua é o que disse SCHÖFLE <sup>1</sup> « a capitalisação symbolica do trabalho intellectual de um povo, » continuamente a remodelar-se, a enriquecer-se de fórmulas novas, a ganhar energia e delicadeza de expressão. Por isso bem sentenciou ARARIPE JUNIOR, quando affirmou: « o escriptor que não se utiliza da lingua viva pe seu tempo, será um mau escriptor ou um escriptor incompleto. » <sup>2</sup>

Muitas vezes será um espirito de grande valor, attingindo as grandes alturas da fórmula artistica, a quem a vida no seio de uma literatura extranha ou de outra epocha, por assim dizer, alienou do meio social contemporaneo. Sem esse voluntario afastamento, mais accentuada e fecunda seria a sua influencia nas letras patrias.

Si um ALFREDO DE MUSSET irritava-se e prorompia em acres

---

<sup>1</sup> *Bau und Leben der socialen Körpers*, p. 131.

<sup>2</sup> *Os Annaes*, Rio, Março de 1905, p. 142.

reprimendas porque uma virgula fôra mal collocada, não devemos imital-o em sua doentia preocupação. <sup>1</sup>

A lingua de que usamos deve nos merecer affectuoso cuidado, mas, como observou um escriptor hespanhol, as linguas vivem de heresias, a orthodoxia condul-as á morte. <sup>2</sup> Muitas idéas difficilmente se exprimiriam com as phrases usadas pelos classicos e é absurdo que mutilemos as idéas porque no guarda-roupa dos seculos passados não encontramos um traje talhado para ella.

Mas, ou o *Projecto* apenas peccasse contra um desarrazoado purismo ou contivesse reaes defeitos de fórma, é fôra de duvida que o aperfeiçoamento de sua redacção, sob o ponto de vista grammatical, devia ser considerado operação secundaria e jamais postergar o exame dos principios juridicos que o *Projecto* encarnava. Foi inconsequencia injustificavel preterir a essencia pela fórma.

Alguns reparos feitos ao *Projecto* deixei sem resposta, não porque me conformasse com a doutrina esposada, mas porque esperava melhor monção para oppôr-lhes contradicta. Por isso não se encontra neste livro a defeza da theoria das pessoas juridicas do *Projecto*, contra a qual levantou objecções o illustre Dr. PÔRCHAT, negando, com VAREILLES SOMMIÈRES, a personalidade juridica das sociedades. <sup>3</sup> Pela mesma razão, deixei de explicar-me com o Dr. MANOEL IGNACIO CARVALHO DE MENDONÇA, que, em notavel artigo sobre a *reparação dos damnos não economicos*, <sup>4</sup> apontou deficiencias que, apesar de suas eruditas allegações, não me parece que existam no *Projecto*.

Dos pareceres da nobre Commissão do Senado, sómente ao do illustre Sr. Dr. GONÇALVES CHAVES oppuz resposta, parte pelo *Direito* sustentando a necessidade de manter-se nos codigos modernos o instituto da adopção, e parte em memoria apresentada ás

<sup>1</sup> Apud CABANÈS, *Revue*, 1903, Set. p. 526.

<sup>2</sup> Apud MANOEL UGARTE, *Revue* cit. p. 530.

<sup>3</sup> *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. de 1903, pag. 187 e segs.

<sup>4</sup> *Direito*, vol. 91, pag. 259 e segs.

Commissões do Senado sobre a inconveniencia de incluir-se no Código civil a theoria das acções. Creio que apenas dois outros pareceres foram publicados, pela illustre Commissão, não incluindo o do Sr. Dr. RUY BARBOSA. 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.

Recife, Julho de 1905.

*Clovis Bevilacqua*

---

# 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 juridica 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 juridicas; 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 infructiferos.

Nada mais haveria que dizer a respeito, si um egregio pensador brasileiro, intelligencia de peregrinos doctes, versado por egual 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 codigo civil. <sup>1</sup>

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

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

Mas, si é certo que os codigos 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-

---

<sup>1</sup> INGLEZ DE SOUZA, na *Revista Brasileira*, vol. 17, pag. 257 e segs.

<sup>2</sup> *O problema da codificação do Direito Civil brasileiro*, na *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, anno VI, pag. 4 e segs., e na *Revista de Jurisprudencia*, vol. II, pag. 24, 1898.

O illustre DR. PAULA RAMOS JUNIOR não consentiu que passasse sem protesto a doutrina de seu douto collega. (*Revista da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro*. 1899, pags. 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 do poder. <sup>1</sup>

Além disso, os codigos 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, esbarrondem-se imperios, sossobrem civilisações.

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 codigos são equiparaveis aos systemas philosophicos. Cada systema philosophico concretisa, 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 codigos. Estereotypam elles a fôrma do pensamento juridico em um certo momento da civilisação de um povo, e, si forem vasados em moldes selectos, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades so-

---

<sup>1</sup> E, como diz PILLET, em materia de direito, a certeza é a vantagem por excellencia (CLUNET, 1893, p. 20). V. tambem ENDEMANN, *Einführung*, I, nota 7 ao § 1.

ciaes, pois que é seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfação. <sup>1</sup>

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

Desde que o codigo 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 fórmulas definidas e solidas por onde se traduzam a plenitude da consciencia juridica e a melhor disciplina dos interesses.

Não o podemos evitar, nem conviria difficultar o seu aparecimento.

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

---

<sup>1</sup> Veja-se o que dizem ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlim, 1899, I, pag. 5; HUC, *Commentaire*, I, pag. 37; MARTINS JUNIOR, *Historia Geral do Direito*, Recife, 1899, pag. 223 e segs.; BACON, aphorismo LIX; ABEL ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez*, Coimbra, 1895, pag. LXXII e segs.

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

Sua função é, além de esclarecer a compreensão 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 construcção do direito, devemos crer, com RAOUL DE LA GRASSERIE <sup>1</sup> que essa vontade de mais em mais «dominada pela contemplação do justo, do util 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 codigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas sómente 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 collecções 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

<sup>1</sup> *Classification scientifique du Droit*, Paris, 1892, pag. 330.

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

Outra, portanto, deve ser a interpretação dos factos.

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, <sup>1</sup> o codigo da Prussia e o codigo de Napoleão.

Exemplos da segunda são os codigos civis da Italia, da America latina e da Allemanha.

A prova irrecusavel de que as codificações, em vez de obras de oppressão 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 juridica. «Nosso pensamento juridico, nosso methodo, nossa fórmula de intuição; toda a nossa educação juridica, em uma palavra, são romanos», poudes afirmar RUDOLF VON JHERING. <sup>2</sup> Enxertos da tyrannia oppressora, não poderiam ter essa vivacidade tenaz que resiste ás mais profundas mutações

---

<sup>1</sup> Nota adicional de 1905: 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 LAMBERT, *L'histoire traditionnelle des XII tables*, Lyon.

<sup>2</sup> *El espíritu del derecho romano*, trad. SATOBRES. Madrid, 1895, I, p. 22.

da vida politica e social. No mesmo sentido do egregio escriptor da *Finalidade 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 juridica. <sup>1</sup>

O codigo civil francez offerece-nos outra prova. Com os preceitos fundamentaes do direito privado implantou elle e propagou o principio da laicidade do direito, a protecção da liberdade individual, a inviolabilidade da propriedade e a egualdade civil. <sup>2</sup> Póde-se dizer que a doutrina 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 acoimal-o de anti-liberal, dada a relatividade do tempo, será grave injustiça.

Si o Direito é, como bellamente conceituava Dante, *realis ac personalis ad hominem proportio, quæ 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

---

<sup>1</sup> *Einführung in das Studium des burg. Gesetzbuches*, Berlim, 1899, I, p. 5. Veja-se tambem, ainda no mesmo sentido, MARTINS JUNIOR. *Historia Geral do Direito*, p. 223 e segs.

<sup>2</sup> ROUSSET.— *Science nouvelle des lois*, Paris, 1871, I, p. 29.

quando Deus a revelava por entre o fragor dos trovões e o fulvo clarear dos relampagos.

A força das leis em nossos dias está, como doutrinava ODILON BARROT, <sup>1</sup> em que cada um de nós reconhece e sente que a existencia 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 sancção 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 codigo civil, não se compendiam sómente direitos. Por uma face, a lei garante aos individuos 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. <sup>2</sup> É, pois, necessario que, em uma condensação clara, se ponham em evidencia essas normas de conducta.

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

Finalmente, os codigos civis procurando erigir o

<sup>1</sup> *Dictionnaire de la Conversation*. verb. *loi*.

<sup>2</sup> *Sur l'esprit positif*, discours préliminaire à l' *Astronomie populaire*, p. 31.

Direito em systema, são conduzidos por essa necessidade de dar, como dizia RUDOLF VON JHERING, a fôrma mais visível á materia juridica, sem com isso diminuir a sua força pratica interna. <sup>1</sup> Si o systema é trabalho livre da doutrina, reflectir-lhe o arranjo nas construcções legaes é approximar 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 espuria, 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 codigos civis essa vasta e brilhante literatura que os projectos allemães suscitaram na propria Allemanha e no estrangeiro, <sup>2</sup> mas, em nosso modesto recanto scientifico, não era possivel suppôr sequer um arremedo dessa poderosa expansão de força mental, emergindo do todas as modalidades da cultura juridica.

Não foram, entretanto, producções perdidas em terras maninhas esses nossos tentamens. Um delles, mais feliz,

<sup>1</sup> Op. cit. III, p. 83.

<sup>2</sup> Leia-se a respeito a noticia de SALEILLES no *Annuaire de lég. étrangère*, 1896.

encontrou 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 desapparecesse, 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 <sup>1</sup> e o fragmento de código offerecido ao ultimo imperador do Brazil <sup>2</sup> pelo Visconde de SEABRA. Por motivos differentes, esses dous trabalhos não impressionaram a intelligencia dos juristas patrios. O primeiro, por ser, no dizer de TEIXEIRA DE FREITAS, « um desses desvios, em que soem cahir 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 fórma de *Esboço*, que não era ainda a defi-

<sup>1</sup> Vejam-se: TEIXEIRA DE FREITAS.—*Consolidação*, nota 47 á *Introdução*; JOAQUIM NABUCO.—*Um estadista do imperio*, III, p. 504-506, nota I.

<sup>2</sup> O projecto do jurista que preparou o código civil portuguez não passou de um título preliminar e de uma primeira parte dedicada á *capacidade civil e seu exercicio*. Promettia ser uma variante do código luzitano. Mas, para obviar ás objecções do amor proprio nacional, o auctor se declara natural do Rio de Janeiro e cadete honorario do antigo regimento de cavallaria 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 emquanto 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, inutilisou, para o fim immediatamente almejado, uma tão grande somma de esforços.

É uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da historia intellectual da jurisprudencia brazileira, 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. <sup>1</sup>

Mas si o *Esboço* não pode 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 :

---

<sup>1</sup> Ler essa historia em JOAQUIM NABUCO, obra citada, e em COELHO RODRIGUES, *Projecto do código civil*, introdução.

## TITULO PRELIMINAR : DO LOGAR E DO TEMPO

*Parte geral :*

Dos elementos do direito	{	Pessoas.
		Cousas.
		Factos.

*Parte especial :*

I. Dos direitos pessoaes	{	Direitos pessoaes em geral.
		Direitos pessoaes nas relações de familia.
		Direitos pessoaes nas relações civis.
II. Direitos reaes.....	{	Direitos reaes em geral.
		Direitos reaes sobre cousas proprias.
		Direitos reaes sobre cousas alheias.
III. Disposições comuns aos direitos reaes e pessoaes.....	{	Herança.
		Concurso de credores.
		Prescripção.

Não temos o articulado correspondente ao terceiro livro da parte especial. O trabalho ficou incompleto. Mas podemos apreciar-o, em seu conjuncto, na licção que delle nos offerece a Codigo Civil Argentino.

II. O fragmento de projecto que foi encontrado no espolio literario do Conselheiro NABUCO não nos habilita a formarmos um juizo seguro sobre o conjuncto da obra, mas a transparencia dos dispositivos e a parte concedida ao direito internacional privado, permittem-nos dar acolhida á conjectura de JOAQUIM NABUCO, certos de que a ternura filial apenas deu mais agudeza á penetração

do historiador: « não seria a criação de um puro philosopho, de um professor de universidade, e sim de um estadista, mais preocupado do effeito pratico da legislação a que ligasse o seu nome, do seu alcance social, internacional mesmo, da clareza, comprehensão e vastidão da lei do que da metaphysica do direito ». <sup>1</sup>

III. O plano de FELICIO DOS SANTOS obedece a outros moldes. <sup>2</sup> Da origem desse plano colhido em COELHO DA ROCHA, e de sua incongruencia com o organismo vivo do direito civil, disse a critica juridica, em tempo, talvez com demasiada severidade; mas, quaesquer que fossem os defeitos do methodo adoptado, e difficil será desconhecê-los, ha no trabalho do jurista mineiro o merito que lhe emprestam muitas idéas justas, e o de ter apurado a nossa experiencia nesse dominio, não só pelos estudos daquelles que o examinaram como pelos commentarios com que o auctor longamente justificou o seu trabalho.

IV. Mais feliz na escolha de seus guias, melhor conhecedor do movimento legislativo e doutrinario, em nossos dias mostrou-se, incontestavelmente, o Dr. ANTONIO COELHO RODRIGUES, cujo projecto, entretanto, não logrou conquistar a approvação dos poderes competentes. Sua classification das materias é a da escola

---

<sup>1</sup> *Um estadista do imperio*, III, p. 529.

<sup>2</sup> *O Projecto* FELICIO DOS SANTOS divide a parte geral em tres livros: das pessoas, das cousas e dos actos juridicos em geral; e a parte especial em outros tres livros: das pessoas, das cousas e dos actos juridicos em particular.

tudesca, 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 juridicos.
Parte especial . .	}	Das obrigações.
		Da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes.
		Do direito da familia.
		Direito das successões.

Podendo dispôr dessas materias accumuladas, esforçando-me por achar nellas os élos de uma evolução do pensamento juridico 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 TEIXEIRA 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, os seus inestimaveis ensinamentos.

## III

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

Seguindo o conselho de BLUNTSCHLI, o actual *Projecto* procurou collocar-se no ponto de confluencia das duas forças de cujo equilibrio 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 character 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 hereditariiedade a esse phenomeno de ordem social, é um principio organico da vida juridica. Quem se propuzesse 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'AGUANNO. <sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> *Genese e evoluzione del Diritto Civile*, p. 120.

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 ás novas fórmas de relações e para assumir discretamente a attitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se accusa no horizonte. <sup>1</sup>

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

Nada mais laborioso, pondera LITTRÉ, 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 dos materiaes accumulados 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. <sup>2</sup>

Nem será um codigo 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 á reconstrução social, que se opera em nossos dias.

<sup>1</sup> MENDER, *Il Diritto civile e il proletariato*, version de Oberosler, 1894; COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto privato*, p. 27.

<sup>2</sup> *Revista Brazileira*. vol. citado.

Um código não é um trabalho de construção doutrinária. Diante das fórmulas 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 criações, 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 accedido.

Logo no começo da empreza, 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 substituí-los 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 TEIXEIRA DE FREITAS sentiu necessidade de expandir-se num círculo de maior diametro, de abandonar as cryptas da analyse por onde se havia internado e remontar ás 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 apoucada e mesquinha a empreza 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 resistencia em cuja couraça se embotaram as investidas do raciocinio.

Sob uma feição talvez mais precisa, apesar das divergencias secundarias, a mesma idéa conquistou, mais tarde, as adhesões de juristas italianos e brasileiros dos mais distinctos.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> CIMBALI, *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* ; VIVANTE, que aliás se contenta com a unidade no direito das obrigações ; CASTAGNOLA ; CARVALHO DE MENDONÇA, *Das fallencias*, S. Paulo, 1899, I, p. 31 ; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil brasileiro recopilado*, pag. LI e segs. ; BRAZILIO MACHADO, *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, 1897.

Na Allemanha 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 especialisação de funcções, voltemos á unidade, á concentração das funcções, forçosamente havemos de reconhecer que as relações juridicas dos dous dominios, 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 commum e no direito especial do commercio, para que se organisem por codigos differentes. Já não me refiro ao modo particular de effectuar a cobrança dos creditos sobre o patrimonio do devedor insolvente, porque, em muitas legislações a fallencia é commum aos commerciantes e aos que não fazem da mercancia profissão habitual; mas as regras especiaes ao contracto cambial, ás sociedades mercantis, ás emprezas de transportes, ás instituições bancarias, estão nos indicando, de um modo irrecusavel, que ha no commercio uma funcção social sufficientemente especialisada, que se destina a effectuar a circulação rapida das riquezas, ligando as duas operações fundamentaes da economia politica, — a criação das utilidades e a satisfação das necessidades. E essa funcção, que imprime um character 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 conjuncto de preceitos juridicos modelados segundo as peculiaridades que ella faz nascer.

Suppondo que, nesta região do mundo intellectual, a evolução siga marcha inversa da commum, passando do polymorphismo á fôrma 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 dous 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 commum, que se adapta a uma certa modificação do meio.

Quanto ao objecto, á 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, patrio 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. <sup>1</sup> 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 character 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,

<sup>1</sup> TORTORI, *op. cit.*, p. 30 e segs. PUGLIA, *op. cit.*, *passim*. É tambem o pensar de LORIA, PELEGRINI, 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 familia, que poderiam constituir um grupo á parte. Seriam, porém, exclusivamente economicos os interesses de uma sociedade de fins ideaes (scientificos, literarios, religiosos, de educação ou de recreio)? Sel-o-iam os de um auctor? A idéa de interesse é, sem duvida, o nucleo do conceito do Direito no ponto de vista do individuo; mas JHERING, em uma daquellas paginas rutilantes e exhaustivas, que sómente as intelligencias excepçionaes sabem traçar, evidenciou que não é sómente o interesse patrimonial, economico, o que merece a effectiva protecção do Direito, mas tambem 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. <sup>1</sup>

Esse conceito estreito do 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 VANNI <sup>2</sup> patenteou 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 reconduzil-o ás suas causas, entre as quaes os caracteres physico-psychicos

<sup>1</sup> *Questões de Direito Civil*, trad. de ADHERBAL DE CARVALHO, Rio de Janeiro, 1899. *Dos lucros nos contractos*.

<sup>2</sup> *Programma critico de Sociologia*.

dos membros da comunidade e as condições da natureza exterior occupam o primeiro logar.

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 encaral-o nesses dous systemas de leis. A idéa de PISANELLI, aliás dentro do recinto da economia politica, não foi desapprovada pelo unionista 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 dous campos, salientou os caracteres differenciaes do Direito civil e do Direito commercial.

1º « O direito mercantil, diz elle <sup>1</sup>, occupa-se, não como o direito civil, da *riqueza adquirida* e a *conservar*, mas das *riquezas em via de formação*. Os elementos, em logar de estarem immoveis ou immobilizados, acham-se em perpetuo movimento, em attrito perpetuo. Póde-se dizer que os elementos formadores do *substratum* do direito commercial se acham em estado dynamico, 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 dynamico do proprio Direito. »

---

<sup>1</sup> Op. cit. pags. 133 — 137. Limito-me a transcrever as theses principaes, para não alongar muito a citação.

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

3º « No direito commercial, as *personas* tornam-se *anonymas*, assim como as *cousas fungiveis*: ou mais exactamente, o *anonymato* confunde-se com a *fungibilidade*, podendo-se dizer que as *personas* tornam-se fungiveis entre si, uma pôde fazer a funcção 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 *formá-la, fazel-a circular*, trocar incessantemente os elementos em formação, deve ser rapido. Dahi a mobilisação do Direito em sua transmissão. »

5º « Emfim, o direito commercial differe essencialmente do civil, quanto á sua distribuição entre o estado estatico e o *dynamico*. » Este é, para a *theoria* do auctor, o criterio mais importante dos 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 rapida da propriedade immovel, e pela transferencia dos creditos por meios tambem mais celeres.

Mas, ainda que devamos ter confiança nas instruções da doutrina e acceitar como verdadeiras certas previsões que se nos apresentam como inferencias logicamente extrahidas de observações exactas, um codigo 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 restringiu 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 theorica 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 theorica das obrigações para o direito civil, outra para o direito commercial ; ha simplesmente applicações, adaptações resultantes da actividade mercantil. É justamente esta theorica 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 Allemanha, <sup>1</sup> pelo direito de família, pelo direito das successões, pelo direito matrimonial, está intimamente ligado ás tradições populares. Sómente a materia das obrigações, por motivos analogos aos do direito commercial, é que se presta facilmente á unificação». As considerações que actuaram sobre o espirito dos legisladores allemães para iniciarem o trabalho de unificação do direito civil pela materia das obrigações, deviam se ter apresentado aos que se propunham a resolver o mesmo problema na Suissa.

Uns e outros comprehenderam que era de bom aviso iniciar a tarefa pela parte do direito que menos soffre ás 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 suisso uma interpretação differente, não terá o argumento adquirido maior valor, porque se lhe póde oppôr o exemplo da Allemanha, onde não se julgou de conveniencia eliminar a distincção entre a legislação civil e a commercial. Ao lado do codigo civil reapareceu revisto, remodelado o Codigo Commercial, deixando-se passar a opportunidade para subvertel-o na massa geral do direito privado. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 146. A mesma observação havia feito anteriormente RAOUL DE LA GRASSERIE.

<sup>2</sup> O legislador suisso, emprehendendo a elaboração de um codigo civil federal, inutilisou o argumento de auctoridade de que tanto abusaram. Não obstante ainda o vejo invocado no estudo, aliás conscienciosamente feito, do Sr. ALFREDO VALLADÃO: *O direito commercial em face do Projecto do Codigo civil*, S. Paulo, 1902. 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. <sup>1</sup> Mais provavel é que a differenciação prosiga e que do direito mercantil se destaque o industrial, confirmando-se mais uma vez, em relação ás formas do direito objectivo, a lei geral da evolução demonstrada por SPENCER. Reduzindo-se o *direito commercial* ao conjuncto de normas juridicas relativas á *circulação da riqueza*, virão talvez juntar-se-lhe o *agricola* referente á sua *produção* e o *industrial*, regulador da sua *transformação*, constituindo os tres o *direito economico* de que nos fala GREEF. <sup>2</sup>

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 commum. Já se annuncia alguma cousa de semelhante da parte dos appellidados *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 reaccionarios, encerra uma condensação de reclamos sociaes que merecem ser ouvidos, como impulso para uma applicação

<sup>1</sup> VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, I, p. 713 e seg.; SACERDOTI, *Sulla existencia e autonomia del Diritto commerciale*, 1885; COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, p. 223; GABBA, *Questioni*, 1897, vol. I, p. 1 e segs.; ABEL ANDRADE, op. cit. p. CXLV, onde se encontra uma copiosa bibliographia relativamente a este assumpto. *Adl.*, (1905): KOHLER-*Rechtswissenschaft*, § 37.

<sup>2</sup> *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 sociaes 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 ». <sup>1</sup>

Mas cumpre, por outro lado, ponderar que esse direito privado social não póde ser outra cousa mais do que o equilibrio dos interesses do individuo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raiaes são possiveis e beneficas 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 delle penetraram algumas gottas de socialismo. <sup>2</sup>

Aos proceres da escola pareceram mesquinhas essas concessões que não conseguiam obliterar a nodoa 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

<sup>1</sup> *Apud TORTORI, op. cit.* p. 268.

<sup>2</sup> 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 aventureosos transitos, por sendas mal desbravadas. Em relação ás regras jurídicas, que se tornaram vetustas, obsoletas, o codificador e o consolidador assumem a mesma posição, usando ambos do processo da eliminação. Em frente ás 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.

Cumpre 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 sómente 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 inquietação, 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-existencia no circulo de 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 juridicas. ENDEMANN, depois de deixar transparecer o seu pezar por não ver decidida ou dilucidada essa difficuldade por um preceito do codigo civil allemão, reconhece que uma definição seria perigosa, e, afinal, collocando-se na posição do legislador, nada encontra de mais precioso para dizer-nos do que nos dissera anteriormente o conselheiro NABUCO, no art. 23 do seu projecto:— o Direito Civil é o regulado pelo codigo civil. <sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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, emquanto 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 difficuldades.

A demarcação entre o direito civil e o commercial resultará nitida depois de promulgado o codigo civil, e completar-se-á com a revisão, então indispensavel, do Codigo 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 incluir no seu conceito a doutrina das acções e toda a theoria das provas, ou simplesmente a fórma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juizo? <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cf. SAVIGNY, *Systema*, V § 204; JHERING, *Espíritu 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 codigo civil, estabelecendo direitos, reconhece, ao mesmo tempo, as acções que os protegem e asseguram, e fal-as extinguir por meio da prescripção. A força creadora e a extinctiva da acção enquadram-se no Codigo Civil, porque se acham tam intimamente ligadas ao direito que por uma necessidade logica, pela eurhythmia 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 fórmãs da acção e o modo de exercel-a 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, <sup>1</sup> porque de outro modo o Direito não teria uma fórmula determinada no respectivo codigo, ficaria dependendo da que lhe viesse dar o processo, e a fórmula é tambem elemento conceitual do direito. Consequentemente, si no direito civil predomina a phase da determinação, ha tambem nellé o aspecto *probatorio*, que é essa indicação dos meios de provar a

---

<sup>1</sup> JOÃO MENDES JUNIOR—*Revista de Jurisprudencia*. Vol. VI, pag. 208.

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

Merecem, portanto, applausos aquelles codigos que, como o italiano, o portuguez, o hespanhol, 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 fórma e a prova do acto se consubstanciam por tal modo que não basta prescrever em que condições elle é valido, é indispensavel, para apresental-o 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 desenham o instituto.

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

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

---

<sup>1</sup> COELHO RODRIGUES—*Introdução ao projecto do Codigo Civil*; JOÃO MENDES JUNIOR, *Revista de Jurisprudencia*, vol. cit.; *Revista da Faculdade de S. Paulo*, 1899; JOÃO MENDES JUNIOR e PEDRO LESSA, *Uniformidade do Direito brasileiro* (polemica); 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 vínculo 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.

Cumpre 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 funccionar com facilidade e energia este delicado apparelho 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 claro que ao legislativo federal cabe dar aos diversos institutos o arranjo, a organisação 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 fôrma poderia acarretar um desastroso resultado. <sup>1</sup> 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 fôrma e maior energia de imperio pelo simples effeito da systematisação.

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

---

<sup>1</sup> Veja-se, no mesmo sentido, PEDRO LESSA, *Uniformidade do Direito brasileiro*.

<sup>2</sup> *Traité de Droit Civil*, 1, pag. 29.

FREITAS, que não ha mais interesse em arregimentar argumentos theoricos em torno della. <sup>1</sup>

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

Dizem alguns que a classificação allemã é « puramente empirica, sem um principio superior, do qual sejam divisões as classes em que se agrupam os Direitos ». <sup>12</sup>

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 funda em conceitos de logica rigorosa, embora ainda existam difficuldades de applicação e sejam possiveis vantajosas innovações no arranjo interno dos institutos.

<sup>1</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, introdução. Vejam-se tambem SAVIGNY, *Systema*, vol. I; BELIME, *Philosophie du Droit*; COGLIOLO, *Saggi*, cap. XI, e *Filosofie del Diritto*, § 14; RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, I; LERMNIER, *Introduction à l'histoire du Droit*; ABEL ANDRADE, *Commentario*, introdução; ROUSSET, *Science Nouvelle des Lois*, I; GLASSON, *Le Droit Civil et le Divorce*, e o artigo na *Encyclopédie* sobre codificação; AMIAUD, *Les Législations civiles*.

<sup>2</sup> CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*; LAFAYETTE, *Direitos de Família*, *Introdução*, pag. IX.

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 TEIXEIRA DE FREITAS.

Mas é fóra de duvida que uma classificação natural só póde 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 devem 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, <sup>1</sup> outras pelo direito das cousas, <sup>2</sup> e outras, finalmente, pelo direito das obrigações. Existe uniformidade de vistas sobre as linhas fundamen-

<sup>1</sup> RIBAS, *Direito Civil Brasileiro*, I, pag. 323 e segs.; ROTH, *System.*; GIANTURCO, *Instituzione*; GABBA, *Questioni*; d'AGUANNO, *Genese e evoluzione del Diritto Civile*; CIMBALE, *Nuova fase del Diritto Civile*; LEHR, *Droit Civil Russe*; Código Civil da Austria. *Add.*, 1905: *Projecto de código civil suizo*; Código Civil dos Grisões; BONFANTI, *Instituzioni di Diritto Romano*.

<sup>2</sup> SAVIGNY, *Systema*; MAKELDEY, *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 Zurich. *Add.*, 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 GAIO, e que as *Institutas* de Justiniano

<sup>1</sup> Codigo civil allemão ; *Projecto* COELHO RODRIGUES.

reproduzem (1, 2 § 12): *prius de personis videamus... quarum causa jus 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 incluem, sob uma feição abstracta, os principios applicaveis a todos os momentos, situações e fórmulas 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 MENGER, <sup>1</sup> 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; <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Op. cit., pag. 29. SAVIGNY, *Systema*, I, pags. 230 e 253, confirma esse modo de ver.

<sup>2</sup> Nota additiva, 1905: Cabe aqui lembrar o que diz Schaeffle: «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) SAVIGNY <sup>1</sup> 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 scindir o direito da familia em duas porções, resolve transportar o que elle denomina direito da familia puro para o logar onde se deve achar o applicado.

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

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

Porém esse inconveniente, que não será facilmente elidido, é maior ainda se iniciarmos a série dos grandes institutos civis pelas obrigações, porque estas implicam forçosamente a noção de propriedade, desde que transponham o circulo restrictissimo das prestações de serviços reciprocos, e offerêcem, no seu conjuncto, um conceito mais complexo e menos geral do que o da propriedade. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Systema*, I, § 58.

<sup>2</sup> ENDEMANN confessa-o quando affirma que, si logicamente o direito de propriedade deve ser estatuido 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 aventureados 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 diferentes 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 estructura, empréstimos reciprocos o 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 Allemanha, 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 JITTA, <sup>1</sup> a tendencia actual é afastar a fallencia do direito penal e do commercial e reconduzil-a para o direito civil geral, não temos um logar mais apropriado para esse instituto do que

<sup>1</sup> *Droit International de la Faillite*, 1895, pag. 3.

o indicado pelas consequencias da inexecução das obrigações. <sup>1</sup>

## O PROJECTO

### LEI DE INTRODUÇÃO

Depois de algumas disposições relativas ao inicio 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, emquanto essa aspiração não se condensa em realidade (e nada auctorisa a suppôr 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 codigo civil allemão, evidenciando o estado de fluidez em que ainda permanece grande parte dessa materia, aconsellham 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

---

<sup>1</sup> *Projecto* Coelho Rodrigues; *Codigo Civil hespanhol e uruguayano*; LACERDA, *Obrigações*, § 37, nota 4<sup>a</sup>

nacionalidade. A escola ingleza e a americana, á qual se alliam, entre nós, TEIXEIRA DE FREITAS e outros, adoptaram o primeiro systema. <sup>1</sup> 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, acceito pela *Einführungsgesetz* com applausos de uns <sup>2</sup> e protestos de outros. <sup>3</sup>

O actual *Projecto* do codigo civil brasileiro perfilhou a doutrina da personalidade do Direito subordinado á idéa superior da nacionalidade, mas não lhe quiz emprestar uma fôrma 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

<sup>1</sup> WHARTON, *Private international law*, discute extensamente o ponto litigioso o apresenta copiosa bibliographia. Vejam-se tambem BEVILAQUA, *Lições de legislação comparada*, cap. VI. O Codigo Civil argentino, arts. 6 e 7, dá preferencia á lei do domicilio, e assim o chileno (arts. 14 e 15) e o uruguayano (arts. 3 e 4), ainda que limitadamente estes ultimos.

<sup>2</sup> KEIDEL, in CLUNET, 1898, p. 883 e segs.

<sup>3</sup> ENDEMANN, *Einführung*, I, §§ 17 e 18. Acha o citado jurista que a nova ordem de cousas estabelecida pela lei de introdução do Codigo Civil é extraordinariamente complicada, difficil de ser entendida e deficiente; acreditando mais, que a *communis opinio* está de seu lado. Realmente WINDSCHEID, DERNBURG, BESELER, GIERKE, GERBER e STOBBE ainda se conservam fieis á theoria que encontrou em SAVIGNY o seu melhor expositor allemão. Cumpre, entretanto, dizer que STOBBE não desaprova a preferencia pela lei nacional, na vigencia de um direito unico para todo o paiz.

exemplo do que fazem a jurisprudencia franceza, a neerlandeza e outras, <sup>1</sup> com a differença de que allí a doutrina fluctua ao impulso dos factos e das opiniões dos julgadores, e aqui se fixa presa nas malhas, aliás sufficientemente elasticas, de alguns dispositivos extrahidos da observação demorada dos factos.

Para a materia das obrigações foi accepta a doutrina do codigo commercial portuguez, art. 4.<sup>o</sup>, por parecer mais conforme á razão e aos intuitos da lei. <sup>2</sup>

E quanto á caução *judicatum solvi*, deu-se mais um passo para a liberdade, adaptando-se a lei civil ás condições do novo regimen politico. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> CLUNET, 1893, pp. 415, 818, 890 e 1.008; — 1894, pp. 874; — 1895, pp. 144, 152, 196 e 1.070; — 1896, pp. 220 e 396; — 1898 pp. 142, 565, 931 e 935; — 1899, pp. 385, 571, 824 e 825. Contra: *Einführungsgesetz*, arts. 15 e 16, e PILLET, in CLUNET, 1896, pp. 19-22.

Os especialistas reunidos em Haya abstiveram-se de tomar uma resolução a respeito, por considerarem a materia muito complexa e capaz de absorver o tempo de uma commissão especial. (LAINÉ, in CLUNET, 1895, p. 476.)

<sup>2</sup> As divergencias sobre este ponto da doutrina do direito internacional privado foram indicadas no meu *Direito das Obrigações*, § 30. A *Einführungsgesetz* passou em silencio esta questão, cuja solução ficou assim entregue á doutrina, que, na Allemanha, se inclina para a lei do logar da execução. ASSER ET RIVIER, *Éléments de Droit International Privé*, § 33; SAVIGNY, *Systema*, § 374 (vol. VI da trad. hespanhola; ENDEMANN, *Einführung*, I, § 19).

<sup>3</sup> BEVILAQUA, *Legislação Comparada*, licção XXX; resoluções adoptadas pela conferencia de Direito Internacional reunida em Haya no anno de 1894; in CLUNET, 1895, p. 203.

Sobre a orientação do auctor do *Projecto* no dominio do direito internacional privado, veja-se o que *vae dicto* no *prefacio* deste livro em resposta ao eminente internacionalista argentino ESTANISLAO S. ZEBALLOS.

# PARTE GERAL

---

## LIVRO I

### Das pessoas

#### I

##### DAS PESSOAS NATURAES

(Projecto, arts. 1—11)

Destina-se a parte geral á exposição dos principios que se applicam ou se podem applicar ás diversas materias do direito civil, e dos assumptos que se não incluíam naturalmente em nenhuma das secções da parte especial. <sup>1</sup>

O primeiro artigo, como no *Projecto* Coelho Rodrigues, tem por fim determinar, numa formula geral, o objecto do codigo civil, fazendo as vezes de uma definição que seria impropria nesse lugar.

PESSOAS NATURAES — Todo ser humano, sem distincção de sexo, nacionalidade, religião ou consideração social, é considerado apto para ser sujeito de direitos e obrigações.

Em relação ao inicio da existencia da personalidade civil ha duas escolas. Uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro, en-

---

<sup>1</sup> SAVIGNY. *Systema*, I, § 58, in-fine, p. 259 da trad. hespanhola; TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, nota ao art. 431; COGILOLO, *Filosofia del diritto privato*, p. 132.

tretanto, uma expectativa de direito. Seguiram-n'a o código civil portuguez, art. 6, chileno, art. 74, do cantão de Zurich, art. 9, mexicano, art. 11, hespanhol, art. 29, allemão, art. 1, e o *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, art. 3.

Outra faz coincidir a vida juridica com a vida physica, dando-lhe por extremos a concepção e a morte. Por ella se decidiram o código civil da Austria, art. 22, argentino, arts. 63 e 70, bernez, art. 10, de Lucerna, art. 10, de Soleure, art. 13, da Argovia, art. 21, de Friburgo, art. 12, de Valais, art. 9, o *Esboço* de T. DE FREITAS, arts. 35 e 221, o *Projecto* FELICIO DOS SANTOS, art. 142 e o *Projecto* NABUCO, arts. 15 e 19.

O direito romano offerece textos divergentes, que SAVIGNY se esforçou por conciliar. Ora se diz, com PAPINIANO (D. 35, 2 fr. 9, § 1): *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*; e com ULPIANO (D. 25, 4 fr. 1, § 1): *partus antequam edatur mulieris portio est, vel visceram*; ora se doutrina com JULIANO (D. 1, 5, fr. 26): *qui in utero sunt in toto pæne jure civili intelliguntur in rerum natura esse*; e com PAULO (D. 1, 5, fr. 7): *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius queritur*.

Onde a verdade? Com aquelles que harmonisam o direito civil comsigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a logica, como demonstrou TEIXEIRA DE FREITAS na luminosa nota no art. 221 de seu *Esboço*. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o

protege comminando penas contra a provocação do aborto, a logica exige que se lhe reconheça o character de pessoa, como o fizeram os codigos e projectos acima citados, de accôrdo com os quaes se mostra RAOUL DE LA GRASSERIE. <sup>1</sup>

INCAPACIDADE DE FACTO — Entre os absolutamente incapazes de exercer por si os actos da vida civil, incluem-se os menores de quatorze annos, equiparando se os dous sexos (art. 4). Diversamente dispõe o nosso direito actual, por influencia do romano e do canonicó.

A distincção creada por esses regimens juridicos era feita debaixo do ponto de vista da aptidão para procrear, da capacidade para contrahir nupcias efficazes. Certamente a puberdade floresce mais cedo na mulher do que no homem; porém, esse phenomeno não offerece base para estabelecer-se uma differente medida de capacidade para os dous sexos, em relação á generalidade dos actos juridicos. É ao desenvolvimento mental, ao poder de adaptação ás condições da vida social, á força de resistencia contra os perigos que a perversidade profusamente espalha na sociedade, que se deve attender, para afrouxarem-se os liames da tutela da lei e permittirem-se as experiencias da actividade livre. O ponto de vista da capacidade geniastica é limitado; o campo do direito civil é mais amplo, como reconheceu a intelligencia perspicaz de TEIXEIRA DE FREITAS. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Classification scientifique du droit*, pag. 15; minha *Legislação comparada*, lição XIV.

<sup>2</sup> *Esboço*, art. 63 e nota.

Não se incluem no numero dos incapazes os cegos, os presos em cumprimento de sentença, os prodigos, os fallidos, nem os insolventes.

A cegueira não cria obstaculos á manifestação da vontade, não faz presuppôr debilidade nas energias psychicas, muito embora a ausencia do sentido da visão deva determinar uma restricção notavel no campo das idéas. Não ha, portanto, motivo para a restricção da capacidade do cego. Certamente a sua enfermidade pôde abrir margem á fraude, mas os actos viciados por fraudes são annullaveis, e como recorda E. BINET, <sup>1</sup> os juizes devem ter muito em consideração esta circumstancia.

O encarcerado por sentença judicial, tambem não tem impossibilidade physica nem moral de praticar, em geral, os actos da vida civil. Como chefe de familia, sua falta pôde ser supprida pela mulher, que assume a direcção do lar.

Não creio na efficacia da extensão ao campo do direito civil de penas comminadas pelo direito criminal, quando não seja uma consequencia logica da propria punição posta em pratica. Não merece applausos a tendencia da escola criminologica positivo-naturalistica, que nos pretende fazer recuar aos tempos da morte civil por effeito da condemnação penal. Neste ponto, as nossas ords. 4, 75, princ., e §§ 1 e 2, sustentando a validade dos actos juridicos realizados pelos presos dos carceres publicos, se approximam mais do ideal de liberdade a que tende o homem nas suas relações civis.

<sup>1</sup> *Grande encyclopédie*, verb. *aveugle*.

Sei que o código civil de Zurich (art. 70, § 3) consagra uma disposição relativa á tutela dos condemnados á reclusão; que o direito francez, na phrase de LEMOINE, assimilla aos alienados, os condemnados a uma pena afflictiva perpetua, aos trabalhos forçados, á detenção e á reclusão, declara-os interdictos legalmente e manda nomear-lhes tutor; que no direito italiano, a condemnação ao *ergastulo* ou á reclusão por tempo excedente a cinco annos, importa a interdicção legal durante o tempo da execução da pena, sendo nomeado um tutor para administrar a fortuna do sentenciado; mas, esse supplemento de pena, ainda quando conveniente, não deve invadir, em rigor de principios, a esphera do direito civil, que é a organização da vida normal dos homens, em suas relações de ordem privada; deve manter-se nas raias do direito penal, que é, a organização da reacção social contra o elemento dissolvente do crime. Aquelle é um direito pacifico e organisador de relações; este é um direito de lucta contra os ataques proteiformes do delicto, é a systematisação juridica da defesa social.

Como effeitos da condemnação, além dos de ordem puramente moral, bastam, penso eu, os da Constituição Federal, art. 71, § 1, letra *b*, e os do Código Penal, art. 55.

A prodigalidade deu origem á decretação de uma incapacidade, no direito romano, a principio, para fim de se resguardarem direitos eventuaes da familia ou da *gens* que cubiçava a transmissão do patrimonio do individuo. Depois entendeu-se que a prodigalidade tinha uma reper-

cussão nociva mais extensa, prejudicando a propria sociedade, como a loucura, da qual era mesmo uma atenuada manifestação. <sup>1</sup>

As legislações modernas acham-se divididas em relação a este assumpto. De um lado, o código civil portuguez, arts. 340-452, o chileno, arts. 442-455, o baltico, o hespanhol, arts. 221-227, o zurichense, arts. 730 e 738-740, o austriaco, art. 273, e o allemão, art. 6, n. 2 e 1494, n. 4, mantêm a interdicção do prodigo. De outra parte, desconhecem essa causa de incapacidade ou não lhe dão o mesmo valor o código civil francez, o italiano, o mexicano, o argentino e o uruguayano.

Creio que estes ultimos traduzem melhor as aspirações do direito moderno: 1º, porque se affeioam melhor ás noções da propriedade individual e da autonomia pessoal; 2º, porque a liberdade individual só deve ser limitada na medida do interesse publico; 3º, porque a exaggerada interferencia do poder social nos negocios de ordem privada é um jugo de que a humanidade se tem libertado á custa de muitos e demorados esforços; 4º, não se póde prefixar o maximo das despezas de um homem, em proporção com a sua fortuna e segundo as exigencias das circumstancias, e si fosse possivel seria inconveniente essa prefixação.

Não obstante, os *Projectos* do Dr. FELICIO DOS SANTOS, do conselheiro NABUCO e do Dr. COELHO RODRIGUES consignam a incapacidade dos prodigos, em diver-

---

<sup>1</sup> BEVILAQUA, *Direito da família*, § 92.

gencia com T. DE FREITAS, o que mostra que o dissidio dos juristas sobre este ponto se reflectiu entre nós.

A incapacidade do fallido é restricta exclusivamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida (dec. 917, de 24 de out. de 1890, art. 17, § 3). O mesmo e com maioria de razão, se deve dizer do insolvente. Não mereciam, pois, esses casos que os destacasse a parte geral do codigo civil.

DECLARAÇÃO DE MAIORIDADE. — Pelo direito patrio vigente, o filho que se acha sob a auctoridade paterna pôde ser emancipado, fazendo o progenitor uma declaração perante o juiz de orphans, á quem cabe homologar o acto e expedir a carta de emancipação (ord. 1,88, § 6; lei de 22 de set. de 1828, art. 2, § 4). Os juristas dissentem quanto ao tempo em que essa emancipação se poderia dar, parecendo mais auctorizada a opinião daquelles que só reconhecem admissivel a concessão desse favor aos filhos de 18 annos. <sup>1</sup>

O orpham pôde, por seu lado, obter supplemento de idade, aos 18 annos, sendo mulher, e aos vinte sendo varão, competindo ao juiz de orphans conceder a provisão necessaria (ord. 3, 42, pr., lei de 22 de set. cit. art. 2, § 4, e reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 2).

Ao filho-família assim emancipado e ao orpham supplementado não é permitida a alienação dos bens de raiz. Entretanto, o direito commercial lhe faculta o exercicio da profissão mercantil, com o qual pôde obrigar e alie-

<sup>1</sup> BEVILAQUA, *Direito da familia*, cit. § 76, n. 6.

nar os seus immoveis (cod. commercial, art. 1, ns. II e III, e art. 26).

Essa antinomia entre os preceitos do direito civil e do direito commercial dilue-se com o disposto no art. 9 do *Projecto*, que, á vista do exposto, nada mais é do que uma conciliação entre regras juridicas divergentes. E si o apoio de uma auctoridade se faz mister, póde elle ser encontrado no art. 4 do codigo civil allemão.

## II

### REGISTRO CIVIL

(*Projecto*, arts. 11-17)

São traçados apenas os lineamentos geraes do assumpto, conformando-se o *Projecto* com a opinião da comissão revisora do *Projecto* COELHO RODRIGUES e da que a respeito do mesmo emittiu um bem elaborado parecer no Senado Federal. Ás leis e regulamentos especiaes cabe desenvolver a materia.

## III

### PESSOAS JURIDICAS <sup>1</sup>

(*Projecto*, arts. 18-42)

A theoria das pessoas juridicas é uma das mais interessantes do direito civil; mas, infelizmente, ainda a sciencia não firmou definitivamente todas as idéas basi-

<sup>1</sup> Sobre o *Conceito da pessoa juridica*, publiquei, na *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, vol. IX, pags. 1-22, um escripto em que faço a synthese de minhas idéas a respeito.

lares sobre as quaes tem o legislador de erguer as suas construcções.

O que determina a criação deste *segundum genus* de pessoas é o interesse social, porque, como ensina CHIRONI, <sup>1</sup> « ha fins que a pessoa isolada não poderia alcançar ou que são inherentes á destinação de um patrimonio ». Mas, é curioso acompanhar as evolutas ou a espiral da evolução da personalidade, para se verem as tentativas, os avanços e recuos, as experiencias variadas que deram em resultado o progresso incontestavelmente realisado pela civilisação neste dominio.

O agente do direito originariamente nem sempre é o homem individualmente considerado, mas, na maioria dos casos, a collectividade a que pertence é que o absorve. <sup>2</sup>

Mas si, transportando idéas de hoje para phenomenos de outras épocas, é licito dizer que as pessoas juridicas de direito publico precederam as pessoas naturaes que dellas se foram, pouco a pouco, destacando, como de uma nebulosa primitiva, é certo, por outro lado, que, depois de integradas, as pessoas individuaes começaram a associar-se para mais facilmente conseguirem determinados fins, e é tambem exacto que transportaram a noção de pessoas a universidades de bens, egualmente unificados, em vista de um fim a realisar.

<sup>1</sup> *Instituzioni*, § 28.

<sup>2</sup> SCHIATARELLA, *I presupposte del diritto scientifico*, pag. 148; D'AGUANO, *Genese e evoluzione*, n. 63; HERMANN POST, *Die Grundlagen des Rechtes*, pag. 156; BEVILAQUA, *Legislação comparada*. n. 69.

Esse desenvolvimento progressivo da idéa da personalidade não se effectuou sem um longo trabalho de abstracção e generalisação, que por não se ter ainda ultimado emprestou á theoria uma certa complexidade que se tem reflectido nos codigos civis.

Deixando de parte os trabalhos doutrinarios e tendo agora sómente em vista os systemas legislativos, eis o quadro que se nos antolha. O codigo da Prussia (parte 2ª, tit. 6) consagra algumas disposições sobre as pessoas juridicas; o da Austria (arts. 26 e 27), o italiano (art. 2), e o do Uruguay (art. 21), apenas de passagem assinalam a personalidade juridica das provincias, das comarcas e outras *universitates personarum vel bonorum*, e neste ponto o legislador italiano afastou-se de seu modelo francez, onde nada mais do que remotas allusões ás pessoas juridicas ou do que um simples reconhecimento implicito de sua existencia poderia deparar. Nas condições do codigo civil francez se encontram o baltico, segundo a exposição de LEHR, o boliviano e o peruano. O do Chile (arts. 545 a 564) dedica um titulo a esta materia, mas della exclue, sem razão plausivel, o fisco, as municipalidades, as egrejas e as sociedades industriaes, por estarem submettidas a leis especiaes ou por serem pessoas de direito publico, não attendendo, como fazem T. DE FREITAS e VELLEZ SARFIELD, que o direito civil é soberano no que diz respeito aos bens, sua posse e dominio.

O codigo civil portuguez (arts. 33 a 39), sobre a invocação de pessoas moraes, como o do Mexico (arts. 38 a 42), consagra disposições muito geraes, e por isso

insufficientes, sobre um assumpto em que, como já ficou dito, a theoria ainda é mal segura por deficiencia de analyse. Mais satisfactorio, embora ainda nos deixe muito a desejar, é o hespanhol, nos arts. 35 a 39, e mais do que o hespanhol, o montenegrino.

Os codigos civis da Confederação Helvetica tractam largamente das pessoas juridicas, particularmente, como é natural, das que têm character meramente privado, achando-se hoje unificada pelo *codigo federal das obrigações* a parte da materia referente á personalisação das sociedades. O codigo civil argentino é tambem copioso e bem ponderado sobre esta materia (arts. 30 a 50), revelando-se apenas um pouco timido ou parcimonioso em conferir personalidade juridica ás associações de character privado.

Um modelo digno de ser collocado deante dos olhos dos legisladores hodiernos seria o codigo civil allemão (arts. 21 a 89), si o espirito liberal não lhe devesse pedir um pouco mais de franqueza. Distingue elle as sociedades (*Vereine*), entre as quaes não se acham as mercantis, as fundações (*Stiftungen*) e as pessoas juridicas de direito publico (*juristische Personen des öffentlichen Rechtes*).

Os projectos do codigo civil brasileiro se preoccuparam todos com o assumpto das pessoas juridicas, dando-lhe a importancia que realmente merece. TEIXEIRA DE FREITAS teve nessa materia occasião de revelar as qualidades superiores de seu espirito, porém as idéas se aclararam mais depois que elle redigiu o *Esboço*, e muitos dos elementos que lhe pareciam essenciaes á personali-

dade juridica, são tidos hoje por accessorios ou mesmo extranhos. Assim é que: include entre as pessoas juridicas de character publico as sociedades anonymas e em commandita por acções; exige indistinctamente a posse de um patrimonio para as corporações e estabelecimentos religiosos, scientificos ou literarios; não dispensa a auctorisação para a constituição dessas mesmas corporações e estabelecimentos, e colloca entre as pesssoas juridicas as representações voluntarias e necessarias. <sup>1</sup>

Nesta materia, o *projecto* Coelho Rodrigues revela-se mais conforme á doutrina vigente nos melhores centros scientificos e mais simples; entretanto pareceu-me que se faziam necessarios alguns retoques e accrescimos no respectivo articulado. Distingue o alludido *projecto* duas categorias geraes de pessoas juridicas: — as que se constituem politicamente (União, Estados e Municipios) e as que se constituem civilmente. Desta segunda categoria nos apresenta duas sub-classes: as sociedades, que, aliás, não são designadas por vocabulo comprehensivo de todas as suas quatro variedades (segundo o *projecto*), e as fundações.

Acceitei a divisão tripartida das pessoas juridicas, mas adoptei criterio differente para o ordenamento particular das variedades de associações, tendo em vista a licção do codigo civil allemão; dei outra fórma á exposição do assumpto, esforçando-me por obter maior clareza e simplicidade; additei um artigo sobre a responsabili-

<sup>1</sup> Quanto á representação legal, RAOUL DE LA GRASSERIE tambem a classifica entre as pessoas ideaes (*Classification scientifique du droit*, pag. 13).

dade civil das pessoas juridicas de direito publico; e concentrei em um só capitulo a materia que no projecto anterior se acha distribuida em quatro.

A orientação scientifica pouco diverge, como se vê, de que foi precedentemente affirmado, e porque, em relação ás condições exigidas para o reconhecimento da personalidade juridica, o systema adoptado é o mesmo, o do registro com uma limitada interferencia do Poder Executivo em casos de mais grave responsabilidade. É um meio termo entre a plena liberdade de alguns regimens e a restricção atrophiante do direito francez e daquelles que o seguiram cegamente, desconhecendo, talvez, que, mesmo na França, essas idéas estão antiquadas, apezar do que diz Huc. <sup>1</sup>

Não me pareceu razoavel prohibir ás pessoas juridicas perpetuas a aquisição de immoveis e ordenar a sua conversão em titulos de divida publica. Essa excepção ao direito commum contraria o disposto na Constituição Federal, art. 72, § 3, que, além de mais, consagra, a meu ver, uma doutrina sã.

*Pessoas juridicas de direito privado. 1.º Sociedades civis.* — As sociedades civis podem assumir modalidades diversas, segundo o fim a que se propuzerem e a fôrma que revestirem.

Quanto ao fim, serão economicas ou não (de beneficencia, religiosas, literarias, scientificas, artisticas, de recreio ou de outros fins ideaes). Esta distincção apparece neste capitulo, porque a finalidade differente soli-

---

<sup>1</sup> *Commentaire*, XI, ns. 1-19.

cita principios reguladores correspondentemente distinctos, mas sem que se accentuem detalhes que parecem descabidos aqui. As variações formaes serão consideradas na parte especial.

As sociedades commerciaes são indicadas neste capitulo simplesmente porque entram na classe das sociedades de fins economicos, das quaes são uma das especies contendo muitas variedades, e era necessario affirmar o reconhecimento de sua personificação ao lado das sociedades puramente civis. O codigo civil allemão, como outros muitos, não as menciona, relegando-as para o dominio do Codigo Commercial. A tradição scientifica em nosso paiz, procedendo de um manancial dos mais puros e opulentos, nesta materia, inclinou-me para outro rumo. Realmente TEIXEIRA DE FREITAS (*Esboço*, art. 278), NABUCO (art. 150) e o Dr. COELHO RODRIGUES (art. 18) consignam a especie, e têm por si a razão, penso eu, porque sem ella a enumeração ficaria incompleta, porque o direito civil é a base sobre que repousa o commercial, porque a affirmação legal desse principio tem alcance pratico, e o momento de promulgação do codigo civil é opportuno para fazel-a.

2º FUNDACÕES. — As *Fundações* são conjunctos de bens aos quaes se attribue uma existencia juridica de pessoa, para a consecução dos fins a que se destinam os instituidores. São, como doutrina o codigo civil do Cantão dos Grisões, universidades de bens, tendo uma destinação especial e uma administração propria. As sociedades ou corporações têm por substrato uma reunião de pessoas consideradas em sua unidade; as fundações têm por sub-

strato um complexo de bens, ou um estabelecimento que recebe sua vida do destino que lhe é assignalado. Não ha necessidade de procurarmos pessoas naturaes por tráz desses bens para dizermos que essas é que são o sujeito dos bens nos casos das fundações, como pretendem alguns juristas francezes. O conceito exacto é o das doutrinas allemã e italiana. <sup>1</sup>

PESSOAS JURIDICAS EXTRANGEIRAS. — Si os estrangeiros são admittidos a gozar dos direitos civis attribuidos aos nacionaes, não poderiam ser excluidos, quando se apresentassem reunidos em associações, sob a fórma de pessoas juridicas. É certo que LAURENT, MOREAU, GNEIST e outros entendem que, por serem creações da lei, as pessoas juridicas não podem ter existencia além das fronteiras onde termina a soberania da lei que as creou. O ponto de vista é acanhado, porque o Estado antecede á lei, e é a mais importante pessoa juridica.

Alem de acanhado, é falso, porque tambem as pessoas naturaes só podem exercer os direitos que a lei reconhece explicita ou tacitamente. <sup>2</sup> Precisamos de nos libertar dos preconceitos creados pela rivalidade entre os Estados ou pela desconfiança excessiva em que os povos se mantêm uns perante outros.

Mas, haveria perigo, certamente, para a segurança das nacionalidades, si não tomassem algumas precau-

<sup>1</sup> SAVIGNY, *Systema*, 1, § 86 ; ROTH, *Systema*, 1, § 73 ; SCHNEIDER, commento ao artigo 40 do Codigo Civil de Zurich ; CHIRONI, *Instituzioni*, § 28.

<sup>2</sup> Veja-se a este respeito LAINÉ. *Des personnes morales dans le Droit International Privé*, in *Clunet*, 1893, pags. 273-309.

ções, ou limitando a capacidade acquisitiva, nos casos em que, do exercicio della poderia resultar damno á sua soberania e á integridade do solo patrio, ou impondo as condições que a prudencia aconselhar.

Por isso, o art. 23 recusa aos Estados, provincias e communas estrangeiras o direito de possuirem bens immoveis no Brazil, sem prévia auctorisação do Governo Federal.

Em regra, os Estados possuem, no estrangeiro, sómente os edificios desuas Legações; mas podem pretender mais amplo exercicio do direito de propriedade inherente á personalidade juridica. A restricção alludida é, portanto, racional, de necessidade intuitiva; mas, não será desvantajoso apoial-a com o esteio da auctoridade.

A commissão consultiva da Faculdade de Direito de Berlim, na qual figuram os nomes de GNEIST, GIERKE, ECK, KOHLER, DERNBURG, declarou, sob consulta do Governo da Rumania, que, do silencio da lei a respeito dos Estados estrangeiros seria « temerario concluir que elles podem livremente adquirir immoveis » no paiz, e que « a terminologia adoptada pelo legislador fornece um ponto de apoio inabalavel á opinião contraria ».

O direito de propriedade de um Estado estrangeiro restringe-se, no territorio de cada paiz, ao edificio de sua legação e aos destinados ao exercicio do culto, é o parecer dos doutos professores de Berlim (CLUNET, 1893, pag. 727-754). Eis uma opinião um tanto mais rigorosa do que a consignada no art. 23. Mostra ella, entretanto, que, em relação aos Estados estrangeiros, se impoem na Alle-

manha cerceamentos á faculdade de adquirir, apesar de ser o *direito de propriedade o direito essencial, cujo gozo deve ter toda pessoa juridica*, segundo escreve LAURENT, adoptando um parecer de SAVIGNY. <sup>1</sup>

Na Belgica, assevera CH. WOESTE, os Estados estrangeiros são considerados como *pessoas moraes politicas*, tendo, pelo reconhecimento do Estado belga, uma existencia legal e podendo, portanto, possuir immoveis, urbanos ou ruraes.

Em Bruxellas, possuem diversos Governos estrangeiros os palacios de suas legações, *mas não existe nenhuma razão plausivel para limitar sua capacidade á propriedade desses palacios*, informa-nos o illustre advogado.

Entretanto essa proposição liberal encontra logo em seguida uma reserva restrictiva, pois accrescenta o jurista belga: « Sem duvida, não seria impossivel que a aquisição, por um Estado estrangeiro, de bens na Belgica, se tornasse um perigo para ella, e não se poderia contestar ao Estado belga o direito de se premunir contra esse perigo. Mas então deveria intervir uma lei. » <sup>2</sup>

O objecto dessa lei deveria ser naturalmente o de nosso art. 23. No mesmo sentido, embora por outras palavras, opinou M. LE JEUNE: <sup>3</sup>

Na França, já não querendo appellar para o systema restrictivo e timorato de LAURENT e MOREAU, deparamos

---

<sup>1</sup> *Droit Civil International*, IV, n. 137.

<sup>2</sup> CLUNET, 1893, pag. 1.124.

<sup>3</sup> CLUNET, 1893, pags. 1.126-1.128.

com espiritos liberaes e reformadores, que, sustentando a doutrina da egualdade de tractamento das pessoas juridicas estrangeiras e dos individuos, não esquecem de additar como LAINÉ: « Em cada paiz o poder tem o direito de edictar, contra ellas, em geral, ou contra taes de entre ellas as prohibições que lhe inspirar o cuidado da ordem ou do interesse publico. » <sup>1</sup>

Em vista do exposto, parece fóra de duvida que a disposição agora glosada não se desvia do sulco traçado pela douda licção dos competentes.

Dir-se-á talvez que o assumpto interessa mais ao direito internacional privado do que ao direito civil. Sem duvida, porém, neste momento, tracta-se de apresentar os diversos sujeitos do direito, e havia necessidade de se estabelecerem as condições que delles exige o direito civil para o reconhecimento de sua existencia. E essa indicação e a determinação dessas condições encontram cabimento neste logar.

PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PUBLICO. — Das pessoas juridicas de direito publico apparecem umas na vida interna de cada povo e outras na vida internacional. Os Estados, isto é, as nações politicamente organisadas são as pessoas de direito publico internacional. <sup>2</sup>

As relações juridicas que os Estados travam entre si apenas remotamente echoam no campo do Direito pri-

<sup>1</sup> CLUNET, 1893, pags. 309.

<sup>2</sup> BLUNTSCHLI, *Droit international codifié*, § 17; GRASSO, *Diritto internazionale*, § 7.

vado. Sua formação, seu objecto, as normas a que obedecem, escapam-lhe inteiramente.

Mas, a personalidade juridica do Estado apresenta tres faces: uma, que se projecta sobre o plano traçado pelo direito publico internacional; outra, que se reflecte sobre o direito publico interno (constitucional e administrativo); e uma terceira, que alcança os dominios do direito privado. É por esta ultima face que as regras do direito privado abrangem o Estado, sempre que elle tiver de exercer direitos sobre os bens.

Entretanto a segunda face é a que constitue a parte central, a essencia, a base da personalidade do Estado; as outras duas se podem considerar como projecções della sobre planos differentes. Sendo assim, o direito privado conserva-se extranho ao Estado como pessoa internacional; mas, tendo de encaral-o como sujeito de direitos privados, ha de vel-os sob a fôrma que lhe tiver dado o direito publico interno. A fôrma que ao Estado imprimiu a Constituição brazileira é justamente essa que traduz o art. 19 deste *Projecto*: um organismo superior, no seio do qual vivem organismos de vida mais limitada, os quaes por sua vez se compoem de outros organismos menores. Os municipios são esses circulos de organização mais restrictos; um aggregado de municipios fôrma um circulo superior e mais vasto, o Estado federal; a ligação destes sob o governo federativo constitue o circulo mais elevado e mais amplo de organização politica reconhecida por nosso direito publico interno. O Districto federal, sendo municipio, não infirma o principio exposto, porque equivale a um Estado excepcionalmente organizado.

RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PUBLICO PELOS ACTOS DE SEUS REPRESENTANTES. — Si é por meio de actos de pessoas phisicas que as pessoas juridicas podem realizar os fins a que se destinam; si sómente assim podem ellas emergir da existencia abstracta (*fundações*) ou superorganica (*Estado*), para a realidade concreta, para a vida objectivada em actos juridicos, é natural que se obriguem pelos actos praticados por seus representantes na execução de suas funcções. Desta regra geral não estão isentas as pessoas juridicas de direito publico. Mas, em relação a estas, a theoria complica-se, porque os representantes ora obram como depositarios de uma parcella do poder publico, ora circumscrevem sua acção ao puro dominio do direito privado.

Essas duas modalidades funcçionaes da representação das pessoas juridicas de direito publico procuram traduzir os dous numeros do art. 42, o primeiro edictando sobre a culpa aquiliana dos funcionarios e o segundo mais directamente sobre a culpa contractual.

Em relação ao disposto no segundo numero do art. 42, as opiniões são accordes, pois a publica administração não acharia com quem contractar os serviços de que necessitasse si fosse irresponsavel, si de seus contractos sómente lhe resultassem direitos e nunca obrigações, si deante das reclamações dos lesados respondesse invariavelmente como o leão da fabula — *nominor leo*.

Diversamente se comporta a doutrina em relação á materia contida no numero primeiro.

Em primeiro lugar, ergue-se uma objecção em fôrma de excepção de incompetencia: agindo os funcionarios do Estado ou do municipio como organs visiveis do poder publico, escapam os seus actos inteiramente aos preceitos do direito privado; como seria cabivel num codigo de direito civil legislar a respeito?

Responde-se a essa objecção declarando que o codigo civil não pretende absolutamente regular as acções dos funcionarios publicos. Limita-se apenas a apreciar os effeitos dessas acções quando estes affectam o patrimonio dos individuos. Além disso, como faz lembrar CHIRONI, « o direito privado, como direito *commun*, é a expressão mais directa e mais completa dos principios de justiça pelos quaes o legislador deve modelar sua obra, domina tambem nas relações que, pela qualidade das pessoas, parece que não devem ser reguladas por elle. »<sup>1</sup>

É certo que o codigo civil allemão, mandando applicar, por analogia, ás pessoas juridicas de direito publico o principio da responsabilidade estabelecida para as sociedades e fundações, fazendo-a decorrer dos actos damnosos praticados pela direcção ou por outro representante na execução de suas funcções (art. 89), se refere, segundo recordam commentadores, exclusivamente aos actos contidos na esphera do direito privado. Mas o exemplo da Allemanha não é para ser invocado victoriosamente em contrario á doutrina adoptada no art. 42, porque, no mesmo sentido, se encontra o dispositivo da *lei de introdução*, art. 77: «Continuam em vigor as dis-

<sup>1</sup> *Culpa contractual*, trad. de A. POSADA, n. 228.

posições das leis dos Estados, sob a responsabilidade do Estado, das communes e de outras reuniões communaes, pelos damnos causados por seus funcionarios no exercicio do poder publico que lhes é confiado, assim como as disposições das leis dos Estados que excluem o direito do lesado de exigir do funcionario a reparação de tal damno em tanto quanto por elle responde o Estado ou a união communal » (*insoweit ausschliessen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet*).

Afastada esta objecção preliminar, encontramos com a variedade dos systemas construidos sobre o assumpto em questão. Affirmam uns a responsabilidade directa do Estado, como pessoa juridica de existencia real; outros, a responsabilidade indirecta e subsidiaria, como garante dos funcionarios que o servem, e ainda outros a irresponsabilidade absoluta do Estado e das outras pessoas juridicas similares pelos feitos dos seus empregados. <sup>1</sup>

Além desses systemas radicaes, ha outros intermedios, todos analysados com erudição e fino tacto pelo professor CHIRONI (op. cit., ns. 212-224). O systema que me parece mais conforme com a razão juridica é justamente o do citado CHIRONI, que o condensa nestas palavras: *a responsabilidade do Estado (das provincias e das communes)—committente—pela injuria causada por culpa imputavel a seus funcionarios—agentes—em sua qualidade*

---

<sup>1</sup> 1905 — Veja-se sobre esta materia o novo livro de AMARO CAVALCANTI—*Responsabilidade civil do Estado*.

*de taes, e no exercicio de suas funcções, quando a lei não tivesse disposto a mera responsabilidade pessoal destes (op. cit., n. 230).*

Esta doutrina não é nova entre nós, pois o Supremo Tribunal Federal perfilhou-a, dando-lhe curso em mais de um accordam; no mesmo sentido emittiram doutos pareceres os Drs. RUY BARBOSA, JOSÉ HYGINO e COELHO RODRIGUES, e a lei n. 220, de 20 de novembro de 1894 realisou em um de seus dispositivos as aspirações da doutrina. <sup>2</sup>

Para que se firme a responsabilidade da União, do Estado e do municipio pelos actos de seus funcionarios que occasionam prejuizos aos particulares, fazem-se indispensaveis os seguintes requisitos: 1.º que o funcionario tenha obrado no exercicio de suas attribuições, pois que fóra desses limites elle deixa de ser funcionario, e assume por seus feitos responsabilidade exclusivamente pessoal; 2.º que o acto damnoso seja um *mau uso* no exercicio de attribuições legitimas (*abuso de poder*), pois por *excesso de poder*, por exorbitancia de mandato não responde o mandante, assim como pelo exacto cumprimento de seus deveres legaes não causa o funcionario damnoso que deva ser resarcido; 3.º que a lei não tenha expressamente isentado as pessoas juridicas do direito publico da responsabilidade civil resultante do acto prejudicial de seu agente.

---

<sup>2</sup> *Direito*, vol. 73, pags. 337 e 515; vol. 77, pag. 487.

## LIVRO II

## Dos bens

## I

## DOS BENS MOVEIS E IMMOVEIS

(Projecto, arts 60—68)

Diversos systemas têm sido imaginados para a determinação exacta dos bens que se devem classificar como immoveis :

1.º O do codigo civil francez, arts. 517 e seguintes, que distingue tres classes de immoveis: por natureza, por destino e pelo objecto a que se applicam. Ás tres classes do codigo civil, leis especiaes posteriores vieram accrescentar uma quarta:— a dos immoveis por determinação da lei. A este systema adheriram o codigo civil boliviano (arts. 267 e seguintes), o italiano (arts. 408 e seguintes), o *Projecto Felicio dos Santos* (arts. 174 e seguintes) e o *Projecto C. Rodrigues* (arts. 83 e 103 a 108).

Diga-se, porém, em elogio dos auctores brazileiros que não commetteram o erro de classificar entre os immoveis por natureza as fabricas, os moinhos e outros edificios fixados sobre pilastras, como inadvertidamente fizeram os citados codigos.

2.º O da enumeração, mais ou menos copiosa, adoptado pelo codigo civil do Perú (arts. 456 e seguintes), do Mexico (arts. 684 e seguintes), da Hespanha (art. 334

e seus dez paragraphos), do Uruguay (arts. 416 e seguintes), do Chile (arts. 458 e seguintes) e o de Zurich (arts. 48 e seguintes). É incontestavelmente mais defeituoso do que o precedente este methodo, porque a lei casuistica difficilmente apanha os factos em sua infinita variedade.

3.º O do Esboço (arts. 396—404) seguido pelo codigo civil argentino (arts. 2.314 — 2.317) que destaca tres grupos de bens immoveis: por natureza, por accessão e pelo character representativo. A accessão poderá ser physica ou moral.

Acceitei um systema composito, em que entram elementos do primeiro e do terceiro.

O codigo civil allemão não deixou de parte a distincção dos bens entre moveis e immoveis, distincção fundamental em quasi todos os regimens juridicos do occidente, mas tambem não lhe deu relevo.

Segundo o systema proposto, temos :

1.º Immoveis por natureza e por accessão natural.  
T. de Freitas prefere dizer *accessão original*.

2.º Immoveis por accessão physica artificial.

3.º Immoveis por accessão intellectual.

Entre as cousas que se acham soterradas no sólo não se consideram immoveis as que não são partes integrantes delle, como os thesouros. Tambem não o são plantas em caixões ou vasos; pois, não tendo raizes fincadas no sólo, se podem transportar de um para outro logar. São ainda

excluídas desta classe as construcções ligeiras ou provisórias, apenas assentadas na superfície do solo, como as barracas e armações de feiras. (Esboço, arts. 397 e 398).

Para que um objecto movel tome o caracter de immovel por accessão intellectual ou por destino, segundo a terminologia do Direito francez, é necessario que seja collocado no immovel pelo proprietario ou por seu representante, que pôde ser o arrendatario executando o seu contracto. O locatario e mesmo o usufructuario não têm essa faculdade, pelo caracter de temporariedade, caracteristico dos direitos que lhes assistem.<sup>1</sup>

Quanto ao usufructuario, o codigo civil argentino seguiu doutrina diversa (art. 2.321): serão immoveis emquanto durar o usufructo as cousas moveis que o usufructuario accrescentar ao predio para delle fazer parte. Embora essa opinião tenha por si a auctoridade de T. DE FREITAS (*Esboço*, art. 403), não me conquista applausos.

Art. 61, n. 1. Os direitos, sendo cousas incorporeas, sómente por uma ficção legal se podem considerar moveis ou immoveis. Vêm da immobilisação do objecto a que se applicam, ensina a jurisprudencia franceza. Vêm da disposição da lei, estatue o Codigo Civil portuguez, e não se lhe pôde recusar que tem razão. Melhor, entretanto, é deixar a doutrina que decida essa contenda. Os codigos devem limitar-se a firmar normas legaes.

<sup>1</sup> GLASSON, na *Grande encyclopédie*, verb. *bien*; DURANTON, IV, n. 59; Huc, *Com. IV*, n. 19; Codigo Civil allemão, art. 95.

As diversas legislações, assim como os escriptores, acham-se em profundo desaccôrdo sobre quaes sejam os direitos classificaveis entre os bens immoveis.

O systema adoptado no *projecto*, que é o de WAECHTER, ARNDTS E UNGER, parece o mais simples e o mais conforme á natureza dos factos que intenta abranjer.

Outros numeros do art. 61 apoiam-se em razões intuitivas que dispensam quaesquer explicações.

As observações feitas em relação aos immoveis elucidam sufficientemente a theoria dos moveis.

## II

### DOS BENS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

(Projecto, arts. 78-82)

Julgando o codigo civil incompetente para discriminar os bens que pertencem á União, aos Estados e aos municipios, e para lhes conferir a administração dos mesmos, não transpuz as raias dos principios geraes, articulando apenas o bastante para completar a theoria dos bens. No sentido do *projecto* actual manifestaram-se, até certo ponto, a comissão revisora do *projecto* Coelho Rodrigues e a do Senado Federal.

Fontes para a regulamentação do assumpto não faltam em nosso Direito. Além do *Esboço*, do *projecto* Felício dos Santos, *projecto* Coelho Rodrigues e do *Direito*

*Civil* de CARLOS DE CARVALHO, temos a boa monographia de RODRIGO OCTAVIO — *Dominio da União e dos Estados* — Rio de Janeiro, 1897. Mas a oportunidade não pareceu azada para aproveitá-las.

Em accôrdo com o methodo seguido se acha o código civil mexicano (arts. 697 a 708), entre outros.

### LIVRO III

#### **Do nascimento e extincção dos direitos**

##### I

Ha uma grande divergencia no modo de tractar esta secção da parte geral, quer entre os auctores, quer entre codigos. No *Esboço*, sua designação geral é simplesmente: DOS FACTOS. No *projecto* Felicio dos Santos: DOS ACTOS JURIDICOS EM GERAL. No do Dr. Coelho Rodrigues: DOS FACTOS E ACTOS JURIDICOS.

O código civil allemão abandonou a trichotomia geralmente adoptada, e, além da secção relativa aos *actos juridicos* (*Rechtsgeschäfte*), abriu mais outras, tendo por assumpto: os prazos e termos, a prescripção, o exercicio dos direitos e a legitima defesa, a justiça privada e a segurança.

As expressões genericas adoptadas pelo actual *projecto*, que poderiam invocar em seu favor, ao menos como fontes de inspiração, SAVIGNY, ROTH e CHIRONI, são

simples, claras e precisas para a determinação do assumpto. É logico que, depois de se indicarem o sujeito e o objecto do Direito, se declare como surgem, funcionam e se extinguem na vida social as relações jurídicas, consideradas aqui abstracta e genericamente.

## II

### DA PRESCRIPÇÃO

(Projecto, arts. 180-208)

No Senado Federal discutiram com calor e proficiência os Drs. GONÇALVES CHAVES e COELHO RODRIGUES sobre o logar da prescrição no systema do Direito Civil. Sustentava o primeiro que essa materia devia ser tractada na parte especial do codigo, a acquisitiva no direito das cousas, e a extinctiva no das obrigações. Defendia o segundo o plano adoptado em seu *projecto*, que incluire o assumpto na parte geral, sem o seccionar nas duas alludidas porções.

A maioria dos codigos vigentes, seguindo o exemplo do francez (arts. 2219 e 2281) e do austriaco (1451-1502), fizeram da prescrição acquisitiva e extinctiva o remate de suas disposições. Podem ser citados como fazendo parte deste grupo de legislações: o codigo civil italiano (arts. 2105 e 2147), o chileno (arts. 2492 e 2524), o argentino (arts. 3497 e 4043) e o hespanhol (1930-1975). Suppondo-se, aliás contra o parecer de POTHIER, que a prescri-

ção acquisitiva e a extinctiva têm de commum alguma cousa mais do que o nome, pois em ambas se resolvem direitos, ha nestes codigos o merito de não ser desmembrado o instituto. Mas a identidade do nome fez presupôr identidade de conceitos, quando a verdade é que em um caso o direito fenece, atrophia-se e perde o tecido protector da acção, enquanto que no outro assiste-se á formação do Direito, que, em um dado momento de sua evolução se reveste com esse tegumento da garantia judicial. Em ambas as emergencias ha o desapparecimento de um direito. Mas, ao passo que na prescripção extinctiva é justamente esse desapparecimento que se considera, na acquisitiva é a criação de um direito novo que solicita a attenção. <sup>1</sup>

Outros codigos, como o portuguez (arts. 505 e 566), o uruguayano (arts. 1218 e 1262), o mexicano (1059-1129) e o *projecto* Felicio dos Santos (arts. 1320 e 1387) tambem tractam da prescripção integralmente, mas intercalando-a illogicamente na parte relativa á aquisição da propriedade, muito embora a extinctiva se ache ali inteiramente deslocada.

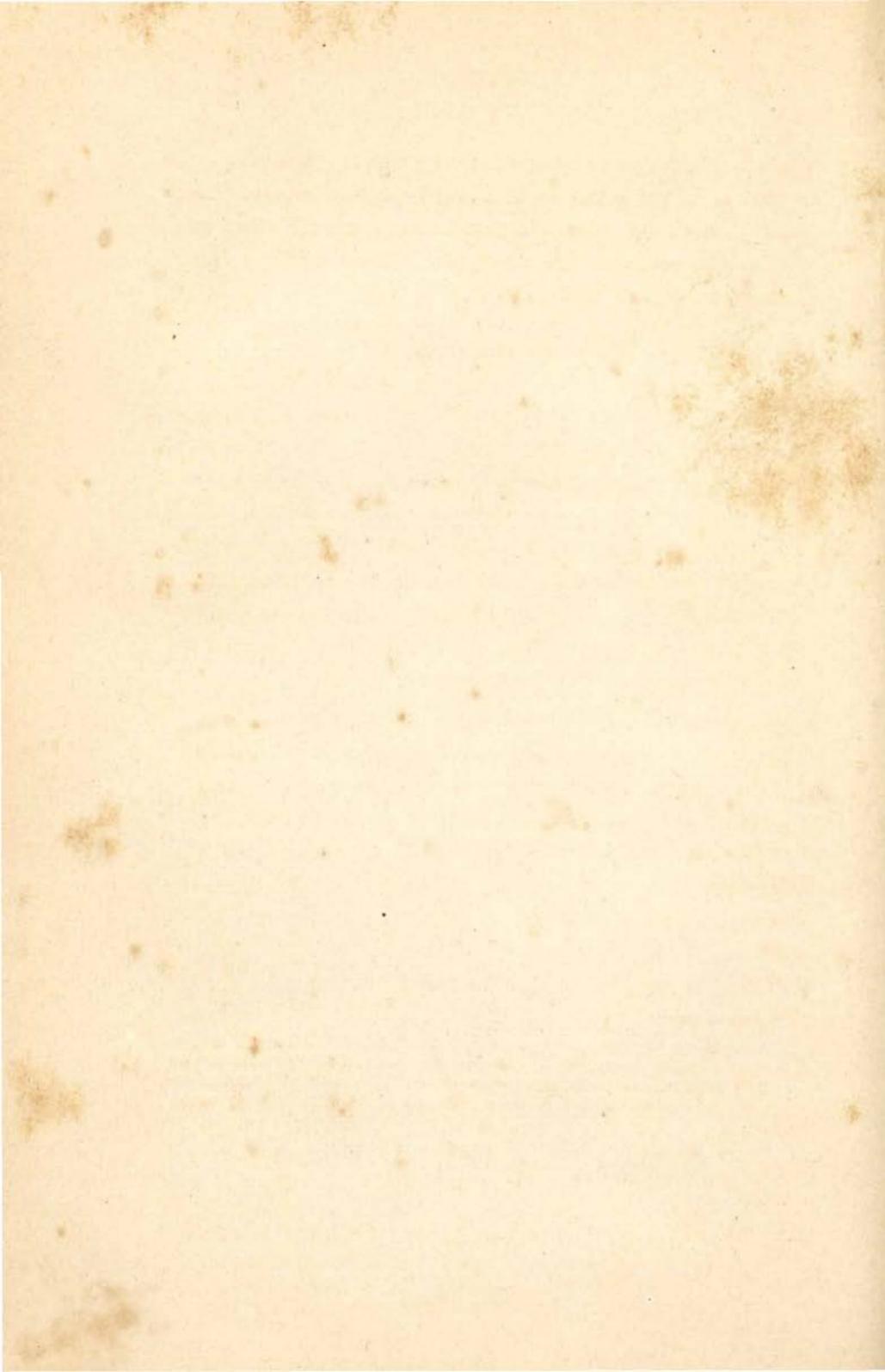
Incontestavelmente o methodo preferivel é expôr, na parte geral, os preceitos sobre a prescripção propriamente dicta, pois que não se applicam elles sómente a uma classe especial de relações juridicas, mas a todas, privando-as do remedio juridico que as garante contra as violações. A usucapião (conservemos o nome romano, que nos

<sup>1</sup> GLASSON, *loc. cit.*; ROTH, *System*. I, § 75; LAURENT, *Cours*, ns. 481-484; HUC, *Commentaire*, IV, ns. 37 e 38.

ajudará a evitar a ambiguidade reinante) occupa seu posto natural entre os modos de adquirir a propriedade. Esse foi o methodo adoptado pelo codigo civil allemão, que aliás não realisou uma innovação, como é facil verificar consultando os civilistas. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ROTH, *System*, occupa-se da prescripção extinctiva (*Verjährung* na parte geral, v. I, § 87) e da usucapião (*Ersitzung*) na parte relativa ao direito das cousas (vol. III § 249); CHIRONI segue o mesmo methodo nas suas *Instituzioni* (§§ 105 e 138) e assim outros.



# PARTE ESPECIAL

---

## LIVRO I

### **Direito da familia**

#### I

##### DAS PROMESSAS DE CASAMENTO

(Projecto, arts. 209-216)

Não são consideraveis as alterações que este livro apresenta em relação ao direito vigente. Refere-se a primeira dellas ás promessas de casamento, que o *projecto* extinguiu, fazendo-se echo da opinião commum.

Estudando a evolução deste instituto, não é difficil reconhecer nelle a transformação da compra das mulheres para o casamento, a qual a principio se realisava entre o grupo familiar da noiva e o do noivo ou entre os chefes das respectivas familias. Só mais tarde apresentam-se os esponsaes como um contracto realisado entre os futuros consortes <sup>1</sup> para em seguida ir-se reduzindo, em alguns systemas juridicos, a um simples ajuste de casamento, que não transpõe, sinão indirectamente, as raias das relações extra-juridicas.

---

<sup>1</sup> HERMANN POST, *Die Grundlagen des Rechtes*, p. 235 e segs.; *Ethnologischen Jurisprudenz*, II, p. 54 e segs.; meu *Direito da Familia*, §§ 4-5.

Esse é, sem duvida, o ultimo estadio do desenvolvimento do instituto, que terminou por um exgottamento de energias, por uma decomposição manifesta. Na consciencia juridica brasileira esse processo de evolução está consummado, e o projecto não fez mais do que dar-lhe fórma, traduzir-lhe os resultados.

Era entre os povos germanicos que o contracto esponsalicio gozava, em nossos dias, de maior consideração. Mas, desde 1854, foram na Allemanha revogadas as disposições do *Landrecht* prussiano, que garantiam aos *Brautkinder* direitos de filhos legitimos. E o moderno codigo civil (art. 1297) declara que os esponsaes não obrigam ao casamento, assim como são nullas as penas convencionaes, impostas no intuito de reforçar as promessas de matrimonio futuro.

## II

### EMANCIPAÇÃO POR EFEITO DO CASAMENTO

(Projecto, art. 271)

Com o casamento constituem o homem e a mulher uma familia, cuja direcção lhes deve caber. É natural, portanto, que não se achem mais subordinados á auctoridade de extranhos, como preceituava outr'ora a legislação romana, da qual deliberadamente se afastou o codigo phillippino, concedendo a emancipação de pleno direito pelo facto do casamento, sem que cessem os seus effeitos

pela viuvez. No mesmo sentido da lei patria se affirmam, em sua generalidade, as legislações modernas. <sup>1</sup>

Mas, segundo o Direito patrio vigente, o orpham emancipado pelo casamento, si fôr menor de vinte e um annos, não póde alienar bens de raiz sem auctorisação do juiz ; e si o casamento tiver sido realizado sem o consentimento judicial, continuarão os bens sob a administração de outrem, até que o orpham alcance a maioridade (Ord. 188, §§ 27 e 28). O *Projecto* declara pura e simplesmente emancipado o menor que se casa, porque repugna á razão que possam ser confiados os graves interesses de uma familia a quem não se reconhece com a capacidade precisa para alienar certa classe de bens ; não distingue entre orphans e filhos-familias, porque nessas qualidades não descobre influencia para a boa direcção da fortuna do casal ; não dá preferencia aos immoveis sobre os moveis, nesta hypothese, porque póde até acontecer que estes sejam mais valiosos do que aquelles ; nem allude ao consentimento do juiz, porque o motivo das Ords. não se compadece com as condições actuaes da sociedade brazileira, e porque a providencia a tomar, na hypothese de um orpham casar-se sem auctorisação do seu tutor ou do juiz, é a annullação do casamento.

Mas o *Projecto* só declara emancipado o menor que contrahir nupcias com a edade legal. O que obtiver a legalisação da sua união sexual antes de alcançar a edade

---

<sup>1</sup> Código civil francez, arts. 476 ; hesp., 314, § 1 ; port., 304, § 1 ; ital., 310 ; chil., 266, § 2 ; das provincias balticas, 225 ; urug. 258, n.º 3 ; mexic., 590.

exigida pela lei, continuará sob tutela, si fôr orpham, ou sob o patrio poder, si fôr filho-familia. Essa disposição tem por fito principal diffcultar os casamentos precoces, tam prejudiciaes a quem os contráe quanto á sociedade.

A idade nubil foi elevada a quinze annos para as mulheres e a dezoito para os homens; então está completa a puberdade para os dous sexos, e a experiencia tem demonstrado que os filhos de progenitores apenas puberes são debeis e enfermigos. Por outro lado, com o casamento se contráem obrigações de altissima importancia, que não podem ser bem comprehendidas e desempenhadas por pessoas de idade ainda muito tenra.

Portanto, no interesse da sociedade, da familia e dos proprios esposos, deve a lei exigir que sómente se possam casar aquelles em quem se deve presumir um desenvolvimento physico e moral apropriado ao bom exito do casamento. Mas ás pessoas que se acham nessas condições póde ser, sem inconveniente, concedida a emancipação plena.

Examinando essa pagina da historia do direito, vê-se que, si é notavel a precocidade com que os casamentos se celebravam entre os antigos e ainda hoje se celebram entre os selvagens contemporaneos, pouco a pouco, a humanidade foi tendo consciencia dos males resultantes dessa facilidade e as leis se foram mostrando mais rigorosas. Si esse movimento ainda não se generalizou, devemos attribuil-o á influencia do direito romano e do canonico.

A idade nubil que o *Projecto* reconhece é a estabelecida pelos direitos francez, italiano, russo e rumaniano. O direito hungaro, contentando-se com dezoito annos para o homem, exige dezeseis para a mulher. O codigo civil allemão é mais rigoroso ainda com o varão, que sómente depois da maioridade póde contrahir nupcias.

### III

#### DOS DIREITOS E DEVERES ESPECIAES DA MULHER CASADA

(*Projecto*, arts. 279-297)

Era a mulher outr'ora incapaz simplesmente em razão do sexo. Dessas fórmas antiquadas da civilisação subsistem ainda incrustações que promettem permanecer por um tempo difficil de determinar. A incapacidade para exercer a tutela e para sêrvir de testemunha em testamento apesar das attenuações oriundas de algumas excepções, são exemplos frisantes dessa persistencia de normas que hoje difficilmente se justificam. O *Projecto* transforma a incapacidade para o exercicio da tutoria em simples excusa (art. 491, n. 1), e faz desapparecer a incapacidade para dar testemunho em testamento, harmonizando assim disposições contradictorias do direito vigente, que acceita a testificação da mulher em uns casos e recusa em outros.

Desenvolvendo o mesmo pensamento, procurando attender ás justas aspirações femininas e querendo fazer do casamento uma sociedade equalitaria, embora sob a

direcção do marido, concedeu o *Projecto* maior somma de direitos, maior liberdade de acção á mulher casada do que o direito que actualmente vigora entre nós. Não se enfileira o auctor do *Projecto* entre os philogenistas combatentes que andam a renhir por não sei que idéal de gynecocracia impossivel. Seu ponto de vista é outro. É o mesmo que foi externado em livro que por ali corre, onde se lê: «Que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funcções civis e domesticas absolutamente eguaes, parece irrecusavel. Basta attender para a organização physica de ambos, pois dessa dissemelhança estatica resultam forçosamente differenças funcçionaes, umas physiológicas, outras puramente psychicas.»<sup>1</sup>

«O homem, por sua propria organização, será mais apto para certos misteres, terá capacidade mais valiosa para certa classe de actos, mas não conseguirá egualar sua companheira em muitas outras applicações de sua actividade.» Os exaggeros, porém, ferem de frente a propria natureza e ella se vinga duramente dessas affrontas deliquescendo as energias do grupo social que lh'as as-saca systematicamente ou, pelo menos, retribuindo o com verdadeiros phenomenos de teratologia moral ou social, como esse terceiro sexo das *spinsters* de que nos fala FERRERO.

Olhemos de frente a natureza e amoldemol-a ás necessidades sociaes, sem desvirtual-a. Ella nos está claramente dizendo que individuos differentemente conforma-

---

<sup>1</sup> BEVILAQUA, *Direito da Família*, § 29.

dos estão destinados a funcções differentes. Na familia, deve a mulher gozar de direitos eguaes aos do homem, cabendo-lhe uma esphera de acção propria, distincta, porém harmonica com a de seu marido.

Mas, sendo a familia uma organisação social, deve ter uma direcção, e essa só póde ser confiada ao homem, sobre cujos hombros pesam as principaes responsabilidades da vida em commum, ao homem que, no dizer de SPENCER, tem um espirito mais judicioso e uma constituição mais solida. Por isso estatue o *Projecto*, art. 272: «O marido é o chefe da sociedade conjugal.»

Porém accrescenta mais adeante, art. 279: «Pelo casamento torna-se a mulher companheira e socia do marido.»

Essas duas theses estabelecem as bases da doutrina acceita. As disposições contidas nos arts. 280 e seguintes são deducções e applicações dellas extrahidas logicamente.

Para tudo dizer em poucas palavras, o *Projecto* tencionou reconhecer na mulher um ser egual ao homem, mas sem desviar-a das funcções que lhe indica a propria natureza, racionalmente interpretada; traduzir em lei o pensamento que SPENCER manifestou nas seguintes palavras: «É preciso consentir que seja abolido todo o obstaculo que lhes tolhe o caminho, mas, ao mesmo tempo é preciso affirmar que nenhuma alteração essencial na carreira das mulheres, em geral, póde nem deve ser trazida por essa abolição.»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Sociologie*, II, pag. 415. Add. de 1905: Veja-se o meu *Direito da familia*, 2.<sup>a</sup> ed. § 29.

Si a nossa Constituição politica é liberal e si liberal é a nossa concepção da vida, o direito privado deve assignalar uma posição correspondente á mulher solteira ou casada, comtanto que não transponha a antemural, além da qual estaria a desorganisação da familia, por cuja segurança devemos velar mais do que nunca, neste momento de crise que a tem abalado em seus mais solidos alicerces. Tem o auctor do *Projecto* convicção de que foi, neste ponto, tão liberal quanto lhe era permittido ser.

## IV

## DO DIVORCIO

(*Projecto*, arts. 369-379)

Sobre esta tormentosa questão do divorcio, não pareceu licito ao auctor do *Projecto* avançar uma linha.

Vem de longa data a controversia agitada em torno deste problema e parece que nada mais ha que dizer de novo sobre elle. Os argumentos exgottam-se embebidos na couraça das convicções e as hostes contendoras continuam illesas. Só vejo uma explicação razoavel para essa anomalia da logica. É que alguns pedem remedios geraes, embora violentos, para casos particulares, sem duvida pungitivos, e outros propõem soluções abstractas para um problema social que, como todos os seus congeneres, deve ser resolvido em vista das condições e das necessidades moraes, intellectuaes, physicas e economicas do grupo social que se tem em vista.

Si o divorcio canonico, a simples separação, cria uma situação legal de injusto constrangimento para o conjuge innocente, que o impellirá muitas vezes para o mundo equivoco das relações illicitas, é certo que o mais poderoso argumento em favor do divorcio romano presuppõe que um dos conjuges já enveredou francamente por esse caminho escuso das infidelidades conjugaes. A situação, portanto, é esta: As paixões irreprimiveis de um dos conjuges impulsaram-no a quebrar a fé prometida, com prejuizo da propria integridade moral. Si em tal conjunctura, fôr concedida a simples separação dos corpos, far-se-á desaparecer o estado de irritação produzido pela continuação da injuria, pelo contacto degradante de creaturas que intimamente se odeiam e pelo contagio de desmoralisação que ameaça contaminar os outros membros da familia. Não dêsse o direito uma solução e os factos se encarregariam de encontral-a. Mas, limitando-se a afastar as funestas consequencias da vida commum obrigatoria, quando cessaram os laços de affeição e de respeito mutuos, a simples separação conserva em açamo as paixões da animalidade, e mantem, pela perpetualidade do vinculo conjugal, a indestructibilidade da monogamia, que é uma conquista da cultura moral e um dos pilares sobre que repousa a organização social.

Si, porém, fôr concedido o divorcio *a vinculo*, produzir-se-á a mesma sensação de allivio e desafogo, mas facilitar-se-á o incremento das paixões animaes, enfraquecer-se-ão os laços da familia, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos

recuado da situação moral da monogamia para o regimen da polygamia successiva, que, sob a fórma da polyandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto.

A moral domestica deve ser de extrema delicadeza, particularmente em attenção aos filhos cuja educação se compromette, cujo espirito se conturba e cujos interesses não são escrupulosamente attendidos, quando os seus progenitores, esquecidos da sagrada missão que lhes é confiada, se deixam arrastar pelos desregramentos de conducta, sem procurar siquer disfarçal-os aos olhos das candidas creaturas que são fadadas a tomal-os por modelos, e em cujas consciencias esses actos produzem, necessariamente, um precipitado moral funestissimo.

A cultura, a moral, o direito, todas as normas sociaes são liames destinados a conter a animalidade humana, e a canalisar os impulsos individuaes para os fins da conservação e do bem estar sociaes.

Sendo assim, não parece duvidosa a escolha entre um remedio que se accomoda perfeitamente a esses fins e um que os contraria, entre um recurso que não transforma os casaes infelizes em seres ditosos, mas evita a propagação da ulcera, circumscrevendo-lhe a acção corrosiva, e um expediente que, sobre as ruinas de uma familia, ergue a possibilidade de outras ruinas, formando uma triste cadeia de matrimonios ephemeros, na qual se vae a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da familia dissolvendo.

Diz COGLIOLO que não cabe ao direito decidir esta questão, mas simplesmente informar a solução apresen-

tada pela sociologia. Todavia, ainda que fosse indifferente ao direito dar normas para o divorcio ou para a simples separação, não poderiam os juristas ser extranhos ás razões sociologicas que abroquelam uma ou outra opinião. Por isso, ficam aqui, em rapido bosquejo, indicados alguns dos motivos que se oppoem a qualquer reforma neste ponto, motivos que redobram de força si delles fizermos applicação á sociedade brasileira.<sup>1</sup>

## V

## RECONHECIMENTO DOS FILHOS ILLEGITIMOS

(Projecto, arts. 417-431)

As duvidas existentes no dominio da lei de 2 de setembro de 1847 e que se não haviam dissipado inteiramente com o decreto de 24 de janeiro de 1890, são desterradas pelo artigo 419 do *Projecto*, segundo o qual o reconhecimento voluntario do filho pôde ser feito no termo do nascimento, por qualquer outro escripto publico, ainda que não seja especial para esse fim, e por testamento.

A exigencia de um escripto publico é facil de ser justificada, pela importancia do acto, que serve de base ao estado da pessoa reconhecida, que é fonte de onde defluem relações, interesses e direitos do mais alto valor.

<sup>1</sup> Nota add. de 1905: Vejam-se os *Trabalhos da comissão especial da Camara dos deputados*, vol. V, pag. 56-59, onde mais desenvolvidamente expuz a minha opinião sobre esta grave questão de sociologia e moral.



Um escripto particular seria mesquinha fórma para tão preciosa substancia, e com facilidade poderia ser forçigado para produzir effeito, quando o decurso dos annos já tivesse difficultado a prova de sua falsidade.

O filho illegitimo reconhecido (arts. 423 e 424) é equiparado ao legitimo em relação ao seu progenitor, com a simples restricção do art. 422: não poderá residir no lar conjugal sem consentimento do conjuge do reconhecente. Procuram essas disposições reflectir com fidelidade os sentimentos naturaes, perante os quaes os direitos da progenie não devem variar, segundo o reconhecimento vem do facto do casamento ou de uma declaração da vontade juridicamente feita, e perante os quaes os progenitores contraem deveres inilludiveis; mas, por outro lado, é preciso respeitar a vontade do conjuge, que é na sociedade domestica um socio com direitos eguaes aos do outro.

Não reconhece o *Projecto* o injusto desconceito com que alguns codigos modernos, imbuidos de prejuizos absonos da equidade e da logica, estigmatizam os bastardos, apoucando-lhes a estimação civil. « Extranha logica, na verdade, a dessa sociedade, irrompe a indignação de CIMBALI, ao tractar desse assumpto, extranha justiça a desses legisladores que, com desfaçado cynismo, subvertem os principios mais sagrados da responsabilidade humana, fazendo do réo a victima e da victima o réo condemnado a expiar inexoravelmente a pena de um delicto

que não commetteu: *patres nostri peccaverunt et nos peccata eorum portamus.*» <sup>1</sup>

Repelle tambem o *Projecto* a distincção egualmente injusta entre os filhos simplesmente naturaes e os chamados espurios, que hoje se acham reduzidos, em nosso direito, aos incestuosos e adulterinos, tendo desaparecido, com a organização politica republicana, a classe dos sacrilegos.

Finalmente deu entrada á investigação da paternidade em casos determinados, em que ha manifestamente uma base para poder se estabelecer a verdade. <sup>2</sup>

Contradictoriamente alguns juristas receiam a investigação da paternidade pela nota de escandalo que póde dar aos pleitos, trazendo a perturbação á paz das familias, mas vêm, com indifferença, a investigação da maternidade que, si é mais facil de determinar, não está mais ao abrigo do escandalo. Ha sem duvida pela obscuridade em que se envolve, nessas emergencias, o facto da paternidade, a possibilidade de tomarem o embuste e a torpe especulação as apparencias da verdade e da justiça; mas esse inconveniente será evitado desde que a lei só favoreça as reclamações em certos casos, com as cautelas e reservas aconselhadas pela experiencia dos factos.

<sup>1</sup> *Nuova fase*, pag. 148. Não discrepam desse modo de ver todos os espiritos selectos que têm a religião do justo, como ROSMINI, na sua *Filosofia del diritto*, e LAURENT nos seus *Principes de droit civil*.

<sup>2</sup> No meu livro— *Direito da família*, § 70, examinei o assumpto sob o ponto de vista dos principios e da legislação comparada. O que vae aqui dito é um resumo do que se acha alli exposto.

O reconhecimento forçado resolve-se em uma obrigação de indemnizar o damno causado. Portanto, si o direito deve querer que o culpado o satisfaça com a largueza possível, deve também evitar as occasiões de abusos, de fraude dos audaciosos sem escrupulos, para que não responda pelo mal quem lhe não deu causa. Por isso disse criteriosamente CIMBALI: « a questão é sómente de limites a estabelecer para que o exercicio de um direito não degenere em abuso. » E não é diversa a orientação do *Projecto*, que estabelece quatro casos em que é admissível a acção de reconhecimento (art. 427): a posse de estado; o concubinato; o estupro ou rapto coincidindo com a época da concepção; e a existencia de um documento.

A posse de estado, isto é, o concurso de circumstancias indicadoras da relação de filiação, é, por si só, um facto de valor demonstrativo muito consideravel; é, como disse DEMOLOMBE, um verdadeiro reconhecimento, porque « quando um homem constante e publicamente tractou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua familia e na sociedade, quando, na qualidade de pae, proveu sempre ás suas necessidades, á sua manutenção, á sua educação, é impossivel não dizer que elle o reconheceu. » O jurista francez não fez mais do que deseenvolver e applicar os elementos indicados pelos antigos praxistas: — *nomen, fama, tractatus*.

Em segundo logar deve ser acceita a pretensão ao reconhecimento, quando entre os progenitores do supposto filho tenha havido concubinato durante a época da concepção do reclamante. Desde que o concubinato rea-

lisa como que a manifestação apparente do casamento, vivendo os concubinarios como si fossem marido e mulher, *more uxorio*, a presumpção é que os filhos gerados por essa mulher, durante a vida em commum, são tambem do homem que a seu lado vive. Si, portanto, o pae não reconhecer como seus os filhos oriundos de uma tal união, é de inteira justiça que a estes conceda a lei os meios de estabelecerem o seu estado.

Tracta-se, nesta hypothese, « de traduzir em verdade legal o que já constitue uma verdade real, ou o que, ao menos, do complexo de todas as circumstancias, parece indubitavelmente ser a verdade. »<sup>1</sup>

É tanto mais conforme com a nossa intuição juridica este modo de ver quanto em nossas ords. 4, 46, § 2, se consideravam com effeitos juridicos os ajuntamentos daquelles que *viviam em publica voz e fama de marido e mulher, por tanto tempo que, segundo o direito bastasse para se presumir matrimonio entre elles*, e o decreto de 24 de janeiro de 1890, art. 53, admite a posse do estado de casado como prova sufficiente para ter-se como existente o casamento, na falta de meios directos.

Concubinato, em face da lei civil, é tambem a união daquelles que se vincularam sómente perante a auctoridade ecclesiastica. Mas, como tolerar que um homem depois de religiosamente receber por esposa uma mulher, não se sinta de modo algum obrigado a cumprir os deveres de pae em relação aos filhos havidos dessa união?

---

<sup>1</sup> CIMBALI, *Nuova fase*, p. 138.

Em terceiro lugar, cumpre favorecer a investigação da paternidade nos casos de defloramento, estupro ou rapto, quando a data desses factos corresponder ao tempo da concepção. Esta hypothese está legalmente consagrada em alguns paizes, que interdizem a investigação da paternidade, como a Italia (cod. civil, art. 189), o Uruguay (cod. civil, art. 218) e mesmo a França, pois que a jurisprudencia tem alargado o dispositivo do art. 340 do codigo civil.

O quarto caso em que o filho é auctorizado a pleitear o reconhecimento é aquelle em que existe um documento emanado do pretendido pae, no qual este se declara expressamente como tal. O documento alludido é insufficiente para estabelecer o reconhecimento, mas offerece base ampla para uma reclamação judicial. Do debate travado resultará a verdade legal.

Em relação á maternidade são as legislações muito faceis de contentar. O *Projecto* não trilhou outros caminhos, mas recolhendo a boa licção offerecida por alguns codigos, achou prudente resguardar a pureza tranquilla dos gyneceus, prohibindo que se investigue a maternidade para o fim de attribuir filho illegitimo a uma senhora casada. Em regra a maternidade é manifesta (art. 418); só em casos excepçionaes pôde ella ser duvidosa e permittir a possibilidade de um litigio para o fim de estabelecer judicialmente. Na raridade dessas hypotheses, não de ser ainda mais escassas as probabilidades de haver duvidas sobre si uma senhora casada é a mãe de um certo filho illegitimo. Consequentemente, só muito

difficilmente se poderá dar a possibilidade de uma limitação no exercício do direito de investigação da maternidade. Em compensação, com o disposto no art. 428, põe-se um entrave á perversidade, fechando-lhe a porta dos lares onde reinam a concordia, a confiança e o respeito mutuo.

## VI

## DO PATRIO PODER DA MÃE ILLEGITIMA

(Projecto, art. 449)

O filho legitimo, emquanto menor, acha-se confiado á guarda de seus paes, que para bem cumprirem os deveres impostos pela necessidade de o educarem hão de ter sobre elle a auctoridade que todas as legislações têm reconhecido com maior ou menor amplitude. Si fallece um dos progenitores, o sobrevivente concentra em si todos os direitos e deveres que anteriormente eram communs a ambos. Não ha que distinguir, em these, entre o pae e a mãe; a qualquer dos dois deve ser confiado o cuidado com a sua prole, porque ninguem o poderá ter mais assiduo, mais desinteressado e mais vigilante.

Sobre esse ponto o accôrdo dos juristas, si já não é, tende a ser unanime em todos os paizes do occidente.

O *Projecto*, guiado pelo mesmo raciocinio, estabeleceu que aos progenitores naturaes tambem devia ser reconhecido o direito de velarem pelo bem estar de seus

filhos. Não era possível dar conjunctamente ao pae e á mãe naturaes o exercicio do patrio poder, porque essa communhão de direitos e deveres só é possível quando sobreposta á intima união daquelles que se ligaram pelo matrimonio em *consortium omnis vitae*. Por isso, havendo concurso de reconhecimento por parte da mãe e do pae illegitimos, é preciso que sómente a um caiba, durante a vida de ambos, o exercicio do poder paternal. A preferencia dada ao pae resulta simplesmente de que o homem pôde mais facilmente cumprir os arduos deveres inherentes ao patrio poder. Na sociedade domestica, que tem por base o casamento, o exercicio desse poder é confiado precipuamente ao marido, devolvendo-se na falta d'elle, á mulher. Por analogia, confere-se ao pae reconhecido, de preferencia á mãe, o direito de tomar a si a educação de sua progenie.

Não se aventurou o *Projecto* por mares desconhecidos ao articular esta materia, porque já lhe preabriram o caminho o codigo civil portuguez, art. 166, o mexicano, art. 365, o uruguayano, art. 253, o hespanhol, art. 154, segunda parte, GOYENA, art. 170 de seu *Projecto*, e o Dr. Coelho Rodrigues, art. 2.184 do seu. E a jurisprudencia patria, estimulada pelas novas perspectivas descerradas no direito da familia pelo decreto de 24 de janeiro de 1890, já manifestara uma certa inclinação para chegar ao mesmo resultado. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Nota add.. 1905: Veja-se sobre este assumpto o meu *Direito da familia*, 2ª ed. nota 4 ao § 80.

## LIVRO II

**Direito das cousas**

## I

## DA POSSE

(Projecto, arts. 561-601)

CONCEITO DA POSSE.—Não ha certamente assumpto, em todo o direito privado, que tenha mais irresistivelmente captivado a imaginação dos juristas do que o da posse, mas tambem difficilmente se encontrará outro que mais tenazmente haja resistido á penetração da analyse, ás elucidações da doutrina.

Si é um facto ou um direito, dissentem os auctores ; si conceitualmente differe da detenção, é objecto de interminaveis discussões ; quaes os seus elementos constitutivos, dizem por modo diverso os mais conspicuos tratadistas.

Dir-se-ia que nessa região, onde uma certa categoria de direito nos apparece ainda em via de formação, na obscura transição do chaos para o kosmos, a doutrina toma o aspecto do meio de onde emerge, e reflecte sobre os espiritos apenas uma luz dubia de crepusculos.

Nenhuma theoria, diz ENDEMANN, apresenta tão grande variedade de opiniões <sup>1</sup> ; mas é possivel reduzil-as a dous grupos :

---

<sup>1</sup> *Einführung*, II, § 26, nota 16.

a) *Theoria subjectiva* que se tornou dominante com a obra monumental de SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, segundo a qual é a vontade de possuir para si que origina a posse jurídica, e quem possui por outro é detentor. Assim, o representante não possui porque *non habet animum possidentis* (D. 41, 2, fr. 1 § 20); o locatário também não possui, pois que *conducenti non sit animus possessionem adspicendi*.

b) *Theoria objectiva* inteligentemente fundada por JHERING, principalmente com o seu *Besitzville* (1889), para a qual a vontade individual é de todo impotente e indiferente. É uma regra de direito objectivo, uma disposição de lei que decide si temos deante de nós a posse ou a detenção.

A theoria de JHERING foi adoptada por BARON, PFLEGER, ZOLL, APPLETON, VERMOND e outros.

A doutrina, um momento desorientada pela obra genial de JHERING, pensa DUQUESNE,<sup>1</sup> que vae recobrando animo e se recusa a seguir o sabio romanista pelas ultimas veredas que elle traçára. É certo que, na Allemanha sobre tudo, se travou um largo e profundo debate, do qual resultou, porém, o reconhecimento de que se havia dado um valor excessivo ao poder da vontade subjectiva, e si KARLOWA, KUNTZE, BEKKER, DERNBURG na Allemanha, SALEILLES, CUQ, ADIBERT, o proprio DUQUESNE na França, e ASCOLI, na Italia, não acceitam a doutrina de JHERING em sua integridade, estão mais approximados d'elle do que de SAVIGNY.

<sup>1</sup> *Distinction de la possession et de la détention*. Paris, 1898, p. 203.

O código civil allemão reflecte essa transacção da doutrina que procura conciliar duas opiniões extremadas, dois pontos de vista inteiramente diferentes. Assim é que, si abandonou a theoria do *animus possidendi*, dismantelada pela critica sagaz e erudita de JHERING, ateve-se ainda ao *corpus*. «O código concede a protecção possessoria, dizem os *Motivos*, afim de conservar a paz juridica sem distinguir si a posse repousa sobre uma relação juridica real ou obrigacional, nem si o possuidor o é como proprietario ou não, e nisto se conforma com o *Landrecht* prussiano e com o código saxonio.» Mas conviria tambem, proseguindo nesse bom caminho, pôr de lado o *corpus* da theoria savignyana. Foi o que tentou realizar o actual *Projecto* de código civil brasileiro.

«Será obra dos legisladores futuros, dizia MEULENAERE ao commentar esta parte do código civil allemão, collocar definitivamente o *corpus* da theoria savignyana entre as curiosidades historicas.» Será desta vez satisfeito o voto formulado pelo distincto traductor do preclaro jurista tudesco, a quem se deve a transformação da theoria da posse?

Como quer que seja, a noção de posse contida nos arts. 565 e 601 do *Projecto* é extrahida da doutrina de JHERING. <sup>1</sup>

POSSE DIRECTA E INDIRECTA — O usufructuario, o credor pignoratício, o locatario e outros que se acham

<sup>1</sup> Vejam-se: *Der Besitzville*, p. 470 e segs.; *Fondement des interdits possessoires*, trad. MEULENAERE, p. 159 e 197; *Questões de direito civil*, trad. ADHERBAL DE CARVALHO, p. 93 e 160.

em relação jurídica semelhante, são, de accôrdo com a noção estabelecida, considerados possuidores; mas conjuntamente com elles são também possuidores o nú proprietário, o dono da cousa empenhada, o do objecto alugado, e todos quantos se acham em condições analogas. Aquelles são possuidores directos, immediatos, mas restrictos e temporarios, estes são possuidores indirectos, mediatos, mas a titulo de proprietarios. Essas duas posses podem perfeitamente coexistir, porque diferente é o objecto da relação jurídica nas duas hypotheses.

Vê-se bem que essa doutrina se alonga da que nos haviam ensinado os interpretes do direito romano, que tinham SAVIGNY por chefe. Mas entre os modernos civilistas está ella definitivamente victoriosa, <sup>1</sup> já teve a consagração legislativa de codigos como o de Zurich, art. 66, e do allemão, art. 868, e foi acceita pelo *Projecto Coelho Rodrigues*.

Como casos mais importantes da posse directa, que não é a titulo de proprietario, podem ser apresentados, segundo ENDEMANN, <sup>2</sup> os seguintes:

«1. O *usufructuario* e o *credor pignoratício*, em virtude do direito real que lhes compete, têm a posse necessaria para o exercicio das faculdades inherentes a essa relação de direito;

«2. Como auctorisados por um direito obrigacional, gozam da protecção possessoria o *locatario*, o *arrendatario*,

<sup>1</sup> SCHNEIDER, *Priv. Gesetzbuch für den Kanton Zurich*, ao art. 66; ENDEMANN, *Einführung*, I, p. 115 e segs.; JHERING, obras citadas.

<sup>2</sup> ENDEMANN, op. cit., I, p. 122 e 123.

o *commodatario* e todo aquelle a quem compete o direito de retenção sobre uma cousa;

«3. Para o cumprimento de uma obrigação mantêm a posse o *depositario* e o *encarregado do transporte* de uma cousa;

«4. Aos directores de uma sociedade juridicamente capaz, ao administrador judicial, ao testamenteiro, attribue-se a posse para o fim restricto de exercerem a sua administração;

«5. No dominio do direito de familia são possuidores, por causa do direito de usufructo que lhes é concedido, o marido e o detentor do *patrio poder.*»

POSSE DOS DIREITOS — Além da posse das cousas, reconhece o *Projecto* a posse dos direitos, que consiste na possibilidade indubitavel do effectivo exercicio de um direito. <sup>1</sup> Do direito romano nos veio essa noção, que o canonico alargou, fazendo-a comprehender relações juridicas que pela doutrina romana deveriam ser excluidas. <sup>2</sup> Entre nós, a doutrina corrente admite a quasi posse dos direitos reaes, com as restricções de SAVIGNY. RIBAS não estende a noção de posse dos direitos sinão ás servidões e á superficie; LAFAYETTE não discrepa desse modo de ver. <sup>3</sup>

JHERING approva a tendencia do direito canonico e acha que nenhum direito, no futuro, poderá abandonar

<sup>1</sup> ROTH, *System*, II, § 224.

<sup>2</sup> Pelo direito romano sómente as servidões, a *emphyteuse* e a superficie eram susceptíveis de quasi-posse (ROTH, II, § 226).

<sup>3</sup> RIBAS, *Ações possessórias*, p. 92 e segs.; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, § 16.

a protecção concedida á quasi-posse, embora se use de outro nome, porque o jurisconsulto saberá o que deve decidir e que termos deve empregar quando a lei protege provisoriamente um estado de facto, cuja legitimidade ainda não está demonstrada, <sup>1</sup> mas reconhece que a exacta determinação dessa idéa é um problema a resolver.

Inteiramente diversa é a orientação do código civil allemão, que poz de lado a noção de posse dos direitos, pela consideração de o simples exercicio de um direito não ser base segura para determinar o estado de facto necessario á noção de posse, e de haver quebra do principio de que todo o direito sobre immoveis deve ser registrado, desde que se protegesse a posse de bens de raiz não registrados e se admittisse a usucapião a respeito delles. <sup>2</sup>

O actual *Projecto* seguiu uma linha intermediaria, comprehendendo no conceito da posse todos os direitos reaes, com exclusão, naturalmente, da *hypotheca*, pois que ella não se applica de modo continuado sobre a cousa, pois que ella não importa a detenção do bem vinculado á garantia do pagamento.

Embora a palavra posse seja empregada em referencia a outras relações juridicas (posse de estado, por

<sup>1</sup> *Questões de direito civil*, pag. 147 e segs.

<sup>2</sup> ENDEMANN, *Einführung*, III, p. 114. No systema do código civil allemão, o usuario e o que tem o direito real de habitação têm a posse da cousa, e por isso podem usar dos interdictos possessorios. A servidão real póde dar logar á mesma protecção, si estiver inscripta no registro predial e si o possuidor do predio dominante a tiver exercido dentro de um anno.

O *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 3.833, tambem não accêta a posse dos direitos.

exemplo), seu emprego não traduz sinão uma analogia a que não corresponde uma identidade jurídica, pois não se tem em vista nem a manifestação exterior da propriedade, nem os interdictos, mas uma relação de facto representando-se sob uma fôrma externamente apreciável. Assim o ensinam os mestres mais conceituados. <sup>1</sup>

Differentemente, porém, do código civil de Zurich, art. 105, e do *Projecto* COELHO RODRIGUES, deixou-se em silencio a explicação do que era a posse dos direitos, para a doutrina, afim de não se estorvar qualquer desenvolvimento possível dos institutos numa ou outra direcção. O ponto de vista, porém, é o mesmo, como também o é o do código civil portuguez, art. 479, e hespanhol, 437.

SI A POSSE É UM FACTO OU UM DIREITO.—Não pretendo discutir mais uma vez esta these. Sabe-se que SAVIGNY sustentava ser a posse *um facto e um direito*; que ZACHARIE, BELIME e DEMOLOMBE opinavam ser ella um direito real; que JHERING considerava a posse um direito, por ser um interesse legalmente protegido; que MOLITOR affirmava não se tractar de um direito real nem de um direito obrigacional, porém de uma relação jurídica, participando dos caracteres de um e de outro. Talvez querendo achar uma solução conciliadora dessas divergencias SALEILLES viu na posse uma noção antes economica do que jurídica.

---

<sup>1</sup> Nota add., 1905: Veja-se LUCTO DE MENDONÇA, *Paginas Juridicas*, p. 44.

Mas, para classificar a posse entre as materias do Direito Civil, é forçoso ter della uma idéa segura. Aceita a noção que JHERING nos dá, a posse é, por certo, direito; mas reconhecamos que um direito de natureza especial. Antes conviria dizer, é a manifestação de um direito real. O insigne romanista ensina <sup>1</sup> que a relação possessoria, como immediata entre a cousa e a pessoa, pertence ao direito das cousas, mas quer que seja classificada depois da propriedade, por ser, em rigor, uma instituição protectora do dominio. Porém, attendendo a que a posse é o caminho que conduz á propriedade, sendo um ponto de transição momentanea, um simples *acto* nos casos da occupação e da percepção dos fructos por parte de rendeiro, e constituindo um *estado* de duração consideravel no caso da usucapião, como doutrina o proprio JHERING, atrevo-me a discordar do jurista excelso, e seguir o methodo, hoje vulgar, de se tractar da posse antes da propriedade.

## II

## DO DIREITO AUCTORAL

(Projecto, arts. 757 e 774)

NATUREZA DO DIREITO AUCTORAL. — Sérias difficuldades ainda apresenta á mente do jurista o exame do direito auctoral. Para bem classificar-o entre as relações

---

<sup>1</sup> *Questões de direito civil*, p. 133.

juridicas, será necessario préviamente determinar-lhe a natureza; mas ahi começa o embaraço, pois não existe accôrdo sobre esse ponto fundamental para a doutrina e para o legislador.

Pensam uns que se tracta de um direito individual, que não se desprende da personalidade, porquanto a obra, no dizer de BLUNTSCHLI, «é uma expressão directa do espirito pessoal do auctor». LANGE, DAHN e TOBIAS BARRETO adoptaram a opinião do grande jurista suiso, que tem por si, incontestavelmente, razões valiosas. <sup>1</sup>

Pensam outros que não ha um direito perfeito a considerar, nesta materia, e sim um méro privilegio generosamente concedido para incremento das artes, das sciencias e das lettras. É o parecer de GERBER, <sup>2</sup> a quem parece que os interesses do auctor, estando resalvados por uma disposição do capitulo das obrigações oriundas dos actos illicitos, não ha mais que fazer. É tambem a idéa que resumbra de nossa lei actual, planeada por um distinctissimo homem de lettras, MEDEIROS E ALBUQUERQUE, e a que esposou o Dr. COELHO RODRIGUES, como se vê dos arts. 99 e 101 de seu *Projecto* e da *Exposição de motivos* que o justifica.

Parece-me que esta segunda opinião apanha o instituto em uma das phases de sua evolução, mas da qual já elle se afastou. Realmente as primeiras affirmações do

---

<sup>1</sup> Vejam-se TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito*; e a minha *Legislação comparada*, lição XVI.

<sup>2</sup> *System des deutschen Privatrechtes*, § 219, *Anmerkung*. Outros dizem *monopolio de exploração*.

direito auctoral se fazem sob a fôrma de *privilegios*,<sup>1</sup> outorgados, a principio, aos editores e, depois, aos escriptores. Hoje entende-se que não ha direito mais legitimo do que esse, que assegura a uma classe de operarios o producto de seu esforço; que, protegendo o trabalho intellectual, contribue para o incremento da cultura e facilita a expansão de uma das mais nobres saliencias da personalidade humana. Portanto, ou ha, na hypothese, um equivoco, ou não se tracta de um simples privilegio.

Uma terceira opinião inclina-se para ver no direito auctoral um aspecto particular da propriedade. Dahi os nomes de *propriedade artistica e litteraria*, *propriedade immaterial*, *propriedade intellectual*. Os codigos do Chile; de Portugal, da Venezuela, do Mexico e da Hespanha tractaram deste assumpto no titulo da propriedade. Ha neste modo de considerar o inconveniente de se deixar na sombra o lado intimo dessa relação juridica, que apresenta uma face dupla, a economica e real flanqueada pela intellectual. Além disso, faz suppôr que o objecto do direito auctoral é alguma cousa de tangivel, como o da propriedade material; quando é certo, segundo fazia ponderar a *Secção central* da Camara dos Deputados do Luxemburgo, a proposito de um projecto de lei sobre este assumpto,<sup>2</sup> que, «si o escriptor e o artista têm direitos sobre sua obra, é por ser ella o fructo de seu trabalho e a manifestação exterior de sua personalidade»,

<sup>1</sup> LYON CAEN et PAUL DELALAIN, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, 1889, *Introduction*; TOBIAS BARRETO, op. cit.; PLANIOL, *Droit civil*, I, p. 457; BEVILAQUA, *Legislação comparada*, loc. cit.

<sup>2</sup> *Apud* ROTHLSBERGER, in Clunet, 1899, p. 504.

e que a obra artistica, litteraria ou scientifica foi creada pelo auctor e, por isso, «lhe é pessoal, mais pessoal, mais certa e mais sagrada do que a propriedade material». É a doutrina de BLUNTSCHLI. Attendendo a essas e outras considerações similhantes, alguns escriptores, como STOBBE, procuraram reunir as relações juridicas creadas pela actividade mental sob a denominação, que tem o demerito de ser um pouco extensa, de — *Direitos sobre os bens immateriaes*.

Por occasião de ser discutida a lei belga sobre o direito de auctor, lei que POUILLET chama «a mais completa, a mais clara e a mais liberal de quantas existem», e a que DARRAS conscienciosamente applicou o epitheto de «feliz e fecunda», agitou-se a questão dos *Direitos intellectuaes*, que EDMOND PICARD desenvolveu em um curioso estudo sob o titulo de *Embryologia juridica*.<sup>1</sup> BORCHGRAEVE,<sup>2</sup> refutando a idéa de ser o direito auctoral um privilegio concedido pela lei positiva, procura mostrar que não é tambem um direito real, mas uma especie que deve ser incluída em uma nova classe, a classe dos *direitos intellectuaes* que, segundo PICARD, se destina a conter os privilégios dos inventores e o direito auctoral, devendo formar um quarto termo da divisão classica dos direitos em pessoas, reaes e obrigacionaes.

RUDOLF VON JHERING, entretanto, pondera que, si, didacticamente, ha que respingar contra a expressão *pro-*

<sup>1</sup> CLUNET, 1883, p. 565 e seguintes.

<sup>2</sup> *Apud* LYON CAEN et PAUL DELALAIN, *Propriété litt. et artistique*, I, p. 169.

*priedade*, applicada a esta categoria de direitos, ella tem a vantagem de ser concisa e exacta, pelo que vaticina o egregio pensador, que não tardarão a desaparecer os escrupulos dos juristas, adoptando, então, a sciencia a linguagem que hoje se lhe afigura impropria <sup>1</sup>.

Para o citado jurista allemão, as diversas fórmulas da *propriedade intellectual* são: o *direito de auctor*, a *patente do inventor*, a *propriedade intellectual das cartas*, a *das photographias privadas*, a *das amostras e modelos*, a *da firma commercial*, a *dos brazões*, mas não o *nome privado*.

Eis o estado actual da doutrina. Como se vê, não ha nas construcções architectadas a necessaria solidez. E essa circumstancia explica a escolha do terreno inteiramente neutro em que se collocaram muitos legisladores, como o belga e, recentemente, o allemão, relegando do Codigo Civil para as leis especiaes todo esse vasto assumpto dos direitos intellectuaes.

O ponto de vista adoptado no *Projecto* actual, approximando-se da doutrina de JHERING, della se alonga sob mais de uma relação. Abstendo-se de dar á criação juridica a denominação de propriedade, claramente deixa ver que a distingue do dominio; collocando-a entre os direitos reaes, quiz indicar que por algum modo havia similaridade entre essas manifestações juridicas e o direito auctoral. É um direito *sui generis* que, ou entraria na parte geral ou havia de ser intercalado no livro dedicado aos direitos das cousas, que aqui são tomadas numa

<sup>1</sup> *Actio injuriarum*. Paris, 1888, trad. MEULÈNÈRE, pp. 145 e 170.

accepção mais extensa do que si se dissesse: — *cousas corporeas*.

Dentre as fôrmas dos direitos sobre os bens intellectuaes só se destaca no *Projecto*, num titulo em separado, o direito auctoral. É possível que todos se reunam, mais tarde, para constituirem um corpo de leis á parte, o *codigo dos direitos intellectuaes*. Presentemente ainda não adquiriram o desenvolvimento, a clareza de fôrmas, a segurança de principios, a delimitação de orbitas necessarias para essa construcção legislativa independente. De modo que, ou as deixaremos fóra das codificações como satelites desses corpos mais vastos, ou havemos de as incluir onde melhor o aconselhem as predominancias características e os fins praticos. No codigo civil deve ter ingresso o direito auctoral. No codigo do commercio encontram posto natural as normas referentes ás firmas e marcas de fabricas. Outras fôrmas dispensarão uma exposição á parte. Quanto ao privilegio concedido aos inventores, como é um simples privilegio, submettido, além disso, a determinadas condições, parece mais conveniente regulal-o por lei especial.

Certo é que muitos juristas equiparam essas duas fôrmas de direito intellectual, a dos auctores e a dos inventores.<sup>1</sup> Mas é manifesto que, pelo menos, a evolução do primeiro se acha num estado superior, pois a quadra dos privilegios já se acha distanciada. Como observa JHERING,<sup>2</sup> o direito assume, nos dous casos, uma posição

<sup>1</sup> Entre outros, STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechtes*, III, p. 31; PLANIOL, *Droit Civil*, I, ns. 1281-1891.

<sup>2</sup> *Actio injuriarum*, p. 154-155.

diferente. Em um, reconhece a protecção *abstractamente*, no outro é por um acto *concreto da auctoridade administrativa* que a concede. Sob o ponto de vista da fôrma, a differença entre as duas hypotheses é irrecusavel, e a fôrma é um dos elementos constitutivos do Direito.

Estou, além disso, convencido de que o direito do inventor não poderá revestir outra fôrma. Os inventos surgem, ás vezes, simultaneamente em dous, tres e mais pontos do mundo, a mesma idéa feliz que determina um avanço industrial emerge no cerebro de differentes individuos, e essa circumstancia tornaria impossivel dar ao interesse do inventor fôrma juridica diversa da do monopolio temporario. Por outro lado, o invento nem sempre se traduz por um modo concreto preciso. O mesmo resultado pôde ser obtido por uma combinação differente, uma descoberta nova, uma simples alteração na industria pôde tornar imprestavel a criação do inventor. E tudo isso impede, a meu ver, a protecção abstracta por meio de uma regra de direito. E neste pensamento sinto-me apoiado pela auctoridade de SPENCER. <sup>1</sup>

PERPETUIDADE— Até hoje sómente o codigo civil do Mexico, art. 1.259, o direito de Guatemala (lei de 29 de outubro de 1879) e o venezuelano (lei de 12 de maio de 1887, art. 2) consagraram a perpetuidade do Direito auctoral. As legislações da Europa, inclusive a modernissima do Luxemburgo (10 de maio de 1898) fixam todas um prazo mais ou menos longo para o gozo do direito de auctor.

<sup>1</sup> *Justice*, Paris, 1893, trad. CASTELOT, p. 132-133.

Entretanto as razões contra a perpetuidade não me parecem irresistíveis. Dizer que a perpetuidade aproveitaria aos livreiros dinheirosos e não aos auctores é la-dear a questão, em vez de atacal-a de frente. Além disso, a pratica commercial, nos centros onde a industria do livro é mais remunerada, inclina-se a generalisar o sistema de pagamentos por adiantamento de certa parte nos lucros, em substituição ao pagamento de um preço fixo.

Allegar que o direito auctoral se dividiria infinitamente entre os herdeiros ou successores do auctor, impossibilitando as relações juridicas, é phantasiar uma situação que não se poderá encontrar na vida real, pois ha um termo para a divisão alludida, e é ferir com o mesmo golpe todo e qualquer direito perpetuo. Não se comprehende bem por que uma legua de terra possa ter nas partilhas successivas uma sorte diversa da que o destino reserva a um livro. No emtanto ainda não foi verificada a hypothese de uma divisão infinitesimal de lotes de terrenos entre herdeiros innumeraveis. É, portanto, povoar a imaginação de vãos receios suppôr que, em um futuro mais ou menos proximo, essa ha de ser a situação para os direitos de auctor.

Argumentar com o concurso que o auctor recebeu da humanidade para o preparo de sua obra, cujas idéas são applicações ou desenvolvimentos das idéas que formam o patrimonio commum da humanidade, é envedrar por um caminho equivoco, no extremo do qual está o communismo, a abolição de toda a propriedade. Pois se concebe que o proprietario de um objecto material prescinda desse concurso dos outros homens? Seria

preciso que elle não vivesse em sociedade; que pudesse dispensar a acção tutelar da justiça social; que a divisão do trabalho, dia a dia, mais aperfeiçoada pela industria, não concentrasse no mais insignificante utensilio o esforço teleologicamente combinado de centenaes de individuos; que a sociedade humana deixasse de ser justamente essa organização da vida em commum, na qual os homens se transformam, uns para com os outros, em instrumentos e meios para a consecução dos proprios fins, na qual a cooperação dos individuos, por ser muitas vezes ignorada, não é menos real. A este respeito escreveu HERBERT SPENCER as seguintes considerações, que collocam a questão nos seus verdadeiros termos, e a resolvem de accôrdo com os moldes superiores da justiça ideal: « Nenhuma razão recommenda para este genero de propriedade um regimen legal de uso e de transmissão hereditaria differente do que rege qualquer outra. A lingua, a sciencia, e os outros productos da civilização anterior de que se serviu o auctor pertencem, como se tem dicto, ao conjuncto da sociedade; mas esses productos intellectuaes da civilização são accessiveis a todos, e utilizando-os, o escriptor ou o artista não diminuiu a possibilidade de outros utilisarem-n'os. Sem subtrahir cousa alguma á riqueza commum, elle apenas combinou algumas partes della com os seus pensamentos, seus principios, seus sentimentos, seu talento technico, cousas essas que são exclusivamente suas, que lhe pertencem mais verdadeiramente do que os objectos visiveis e tangiveis encerrando a materia prima tirada ao uso potencial dos outros homens, pertencem aos seus proprietarios.

Um producto do trabalho mental é mais plenamente uma propriedade do que o producto do trabalho corporeo, porque o trabalhador foi o unico factor de sua riqueza. Por que, então, neste caso, a duração da posse haveria de ser menor do que nos outros? »

Não é sómente o philosopho, preocupado com a regularidade das linhas de sua construcção, com um idéal superior á turbida realidade onde alentam offegantes os homens vulgares, que pensa por esse modo. Tambem o jurista, habituado ao meneio das leis e ao conhecimento dos interesses que ellas procuram dirigir, não comprehende claramente por que repugne ao direito auctoral o predicado da perpetuidade. Assim reflexiona WALKER: <sup>1</sup>

« Parece que, segundo os principios da justiça natural, os productos do trabalho intellectual deviam ser objecto de propriedade perpetua, da mesma fórma que os de outro trabalho, e esta era a antiga doutrina do direito inglez em relação ao direito de auctor. »

Parece, pois, que não faltam boas e solidas razões para sustentaculo da opinião de que se fez echo o actual *Projecto*.

### III

#### DIREITOS REAES DE GARANTIAS

(Projecto, arts. 853-995)

Nesta parte do direito das cousas, muitas questões havia a discutir, sobresahindo, entre ellas, a redução

<sup>1</sup> *American law*, Boston, 1895, p. 166.

das hypothecas á classe unica das convencionaes, systema adoptado pelos codigos chileno, argentino e uruguayano, e em favor do qual se pronuncia DIDIMO DA VEIGA. Sem desconhecer a força dos argumentos produzidos em prol dessa doutrina, pareceu-me de melhor alvitre conciliar as tendencias dos abolicionistas com as convicções radicadas em nosso meio juridico, e manter ao lado das hypothecas convencionaes, as legaes, restabelecendo-se, para estas, o character de generalidade, mas facilitando-se a sua substituição por outra garantia igualmente satisfactoria. Foi systema proposto pelo *Projecto* Coelho Rodrigues, que nesta parte foi o modelo do actual, feitas algumas ligeiras modificações, e restaurado o instituto da antichrese, de accôrdo com o parecer interposto pela illustrada Commissão do Senado Federal.

## IV

## DO REGISTRO PREDIAL

(Projecto, arts. 996-1.007)

O pensamento que presidiu ao preparo deste capitulo foi estabelecer um systema mais cabal para a transmissão de bens immobiliarios por actos entre vivos.

Já se havia precedentemente declarado (art. 609) que todos os actos entre vivos translativos da propriedade immovel, estão sujeitos á inscripção,<sup>1</sup> e mais (art. 612),

<sup>1</sup> Com apoio em LAFAYETTE, *Direito das cousas*, §§ 50 e 51.

que todos os actos sujeitos á inscripção sómente depois della operam a translação do dominio. Agora, dando ao pensamento manifestado nessas disposições o seu natural complemento, se estatue que as averbações do registro predial fazem, até prova em contrario, presumir o dominio em favor de quem ellas o declaram. Feita judicialmente a prova de que as declarações do registro são erroneas, serão ellas rectificadas.

A lei actual diz: «a transcripção não induz a prova do dominio, que fica salvo a quem fôr.» (Dec. de 19 de janeiro de 1890, art. 8.º, § 4.º) Em justificação do systema actualmente em vigor, pondera o conselheiro LAFAYETTE<sup>1</sup> que a transcripção «não é sinão uma tradição solemne» e como tal «não póde transferir direito que não tem o alienante: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*» Sob o ponto de vista do systema francez, essa é certamente a verdade, mas a questão fundamental neste assumpto é a de saber si é sufficiente, para um bom systema de propriedade immobiliaria e de garantia hypothecaria fazer da transcripção um simples meio de publicidade dos actos de translação do dominio, sejam validos ou não. A maior parte dos modernos escriptores francezes, BESSON, RAOUL DE LA GRASSERIE, PLANIOL, entre outros, condemnam, por deficiente, o systema francez. DIDIMO DA VEIGA, entre nós, considera esse mecanismo, de effeito negativo, porque «apenas offerece aos terceiros uma indicação illusoria.»<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Direito das cousas*, § 49, nota 2.

<sup>2</sup> *Direito hypothecario*, n. 220.

Os receios formulados por alguns juristas patrios, sobre serem infundados, não teriam applicação cabal ao regimen acceito pelo Projecto, porque não se propõe uma dessas reformas radicaes que subvertem, nos seus fundamentos, um systema preexistente, mas um simples reforçamento, no intuito de obter-se mais firme consolidação da propriedade immovel, como aliás já o reconheciam alguns dos juristas brasileiros que estudaram o assumpto por occasião de se discutir a reforma hypothecaria, em 1864.

### LIVRO III

#### **Direito das obrigações**

##### I

##### OBSERVAÇÃO GERAL

A distribuição das materias deste livro obedeceu a um criterio que não se occulta, mesmo a quem examina apenas as inscrições geraes dos titulos e capitulos em que o livro se divide. As obrigações apresentam-se, primeiramente, como um grupo de relações juridicas que, tendo certos caracteres communs, offerecem, todavia, certas divergencias secundarias ou *modalidades*, de acôrdo com as quaes devem ser consideradas. Indicam-se, depois, os effeitos geraes das obrigações, e o modo de transferil-as. Apresentada assim a relação obrigacional como uma entidade juridica, a analyse se aprofunda e vae

descortinar-lhes as causas, algumas das quas procedem de outros grupos de relações juridicas de ordem privada, ou mesmo remontam á esphera do direito publico.

As causas das obrigações que se destacam neste livro são: os contractos, as figuras de causas que se approximam dos contractos valendo por convenções presumidas, e os actos illicitos. As outras são presuppostas. A discriminação das causas geradoras das obrigações offerece um principio seguro para a sua classificação porque, não constituindo ellas direitos absolutos, é sempre necessaria a prova do acto de onde o dever juridico procede. Mas a classificação romana, em obrigações *ex contractu vel quasi, ex delicto vel quasi*, sendo considerada incompleta, é forçoso recorrer a uma que seja mais satisfactoria. Foi o que pretendi fazer de accôrdo com o que já precedentemente sustentara no meu livro sobre o *Direito das obrigações*, adoptando, para exposição das differentes relações obrigaçionaes, o methodo da respectiva classificação.

Sendo assim, as fontes geradoras de obrigações, que, por sua natureza, não devessem ter entrado em outras secções do direito privado ou do direito publico, encontraram neste livro a sua natural localisação. Por isso foram aqui expostos os principios geraes sobre os contractos, que occupam o primeiro logar na ordem hierarchica, por constituirem a fonte mais abundante, a mais consideravel, por assim dizer, a origem normal dos vinculos obligatorios.

Como acabou de ser affirmado, ha obrigações produzidas por outros factores, assim como ha contractos que

não determinam relações obrigacionaes no sentido tecnico da expressão. Os direitos de família, por exemplo. Mas, como nas outras secções do direito civil a declaração contractual da vontade é um accidente, e, aqui, é um elemento fundamental, sendo um dos pilares mais solidos sobre que repousa a theoria das obrigações, parece que seria mutilal-a sem vantagem apresental-a despojada de um elemento tão importante.

Dir-se-á que na *Parte geral*, dedicada aos preceitos que se podem applicar a todo o dominio do direito civil, estaria melhor situada a materia relativa aos contractos, pois delles temos de nos servir logo no *Direito da familia* (contracto de casamento, pactos ante-nupciaes, etc.)

A interdependencia das diferentes relações juridicas, maxime das que formam o corpo do direito civil, é um facto incontestavel e inevitavel, porque se origina da propria natureza dos phenomenos juridicos. Portanto mais valiosa do que a objecção que assim fosse formulada é a consideração de que, sem a theoria dos contractos, a das obrigações seria falha e manca. Para a eurythmia logica do systema, para a integridade do organismo, é de necessidade collocar, no livro das obrigações, tudo quanto directa e immediatamente se relacionar com ellas, todos os elementos necessarios ao seu apparecimento como modalidade especial das relações juridicas. São exigencias conceituaes irresistiveis. Cumpre obedecer-lhes.

Tendo em consideração esses motivos de ordem logica, afastei-me do methodo seguido pelo codigo civil allemão e pelo *Projecto* COELHO RODRIGUES, que se occu-

pam dos contractos na *Parte geral*. É bom notar, entretanto, que o legislador allemão, coagido pela força das idéas, volta a considerar os contractos no livro consagrado ás relações obrigatorias, encontrando materia para cinco titulos: *formação e conteúdo dos contractos; contracto synallagmatico, promessa em favor de terceiro, arrhas e clausula penal, resilição*. A intenção que deu causa a scindir-se por esse modo a theoria dos contractos foi a de reservar para o direito das obrigações o que nas convenções lhe fosse especial, pondo-se na parte geral o que se poderia chamar materia *commum*. Render-me-ia, sem reluctancia, a esse modo de ver, si porventura não apresentasse visivel cunho de especialidade todo o assumpto dos contractos.

Quanto aos chamados *quasi contractos*, que em alguns codigos e no *Projecto COELHO RODRIGUES* se agrupam formando um titulo distincto do consagrado ás diversas modalidades de contractos, foram aqui dispersos por lugares differentes.

As razões desse procedimento são, em resumo, as seguintes:

1º Não é possível reunir, de um modo completo, as differentes figuras de quasi contractos em um titulo do direito das obrigações. A communhão incidente entra pela esphera do direito das cousas; a gestão da tutela e a da curatela fazem parte do direito da familia; a testamentaria e a acceitação da herança constituem actos e factos regulados pelo direito successorio. Não é sómente

isso, mesmo aquellas relações jurídicas que apresentam feições de obrigações, umas funcionam como causas efficientes de obrigação, á semelhança dos contractos, e desta especie é a gestão de negocios, ao passo que outras apparecem no momento em que a obrigação se deve extinguir pela solução, e deste feitiço é o pagamento do indevido. Si, portanto, essas manifestações jurídicas são entidades varias na fórma e no conteúdo, tendo entre si poucos pontos de contacto, só arbitrariamente as poderemos acantoar em titulo do direito das obrigações sob a etiqueta de quasi contractos.

2º A expressão é impropria, porque ora designa um acto, ora uma situação jurídica «gerando obrigações e direitos que nada têm de contractuaes.»<sup>1</sup>

Os romanos, tendo em vista a origem do vinculo jurídico, affirmavam que certas obrigações se formavam sem convenção, mas eram como si procedessem do contracto, pois que não se derivavam de actos delictuosos ou illicitos. Sob essa denominação insignificativa, agglomeravam factos e situações jurídicas diferentes, como uma especie de residuo da classificação. Os modernos, querendo corrigir a doutrina romana, destacam desse residuo sómente os actos voluntarios, isto é, a gestão de negocios e a repetição do indevidamente pago. Si ponderarmos que a repetição do indevido presuppõe um enriquecimento illicito, reconheceremos que uma das duas figuras restantes deve ser deslocada para a classe dos actos illicitos ou, como aqui se propõe, para a theoria do pagamento do

<sup>1</sup> LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 70.

qual o do indevido é uma phase possível. Resta a gestão de negócios, que visivelmente é uma fôrma especial que reveste o mandato, e por isso melhor fica ao lado de seu paradigma.

## II

DO MOMENTO EM QUE SE FÔRMA O VINCULO OBRIGATORIO  
NOS CONTRACTOS

(Projecto, arts. 1.216-1.222)

A doutrina seguida pelo *Projecto*, em relação á obrigatoriedade da proposta acompanhada de prazo, é a do código civil portuguez, art. 652, e do código federal suiso das obrigações, arts. 3 e seguintes, a cujo systema se alliam o código geral austriaco, art. 862, e o moderno código civil allemão, arts. 145 e seguintes.

Ha que considerar as convenções entre presentes e as realisadas entre ausentes. Nos accordos entre presentes, si a offerta não é immediatamente seguida da accettazione, em regra, nenhuma obrigação se pôde formar. Mas si a proposta é modificada por um prazo, entende-se que o proponente assumiu a obrigação preliminar de manter o seu offerecimento até a terminação do prazo.

Realmente, si o convite que faz uma pessoa a outra para entrarem ambas em ajuste sobre um negocio juridico tem valor e seriedade, deverá ser mantido durante o lapso de tempo marcado para a emissão da resposta.

Antes desta, o contracto ainda não se acha formado, o vinculo das duas vontades ainda não se forjou, mas atou-se provisoriamente um outro élo, egualmente respeitavel, porque envolve interesses consideraveis. <sup>1</sup> Consequente-mente, si o pollicitante retira a sua promessa, deve incorrer em perdas e damnos por ter deixado de cumprir a *obrigação de esperar*, que voluntariamente havia assumido perante o solicitado, obrigação que bem caracterisadamente pertence á categoria das negativas, *non faciendi*. É a solução dictada pelo bom senso e pela logica juridica, sendo este um caso evidente de obrigação contrahida por declaração unilateral da vontade.

Nos contractos entre ausentes, a idéa de prazo substancia-se com a da proposta, destinando-se elle a converter em circumstancia de tempo o postulado da distancia. Em relação a esse elemento da obrigação procedem os motivos antecedentemente expostos. O pollicitante deve manter a sua proposta até o exgottamento do prazo, e si, até então, não apparecer a acceitação, a offerta esvae-se *ipso facto*.

Mas abre-se para essa especie a tão debatida questão do momento em que se deve considerar formado o vinculo obrigacional, a respeito da qual as opiniões variam consideravelmente.

Segundo a theoria da *cognição* ou da *informação*, o contracto *inter absentes* se forma no momento em que o pollicitante toma conhecimento da acceitação enviada por

<sup>1</sup> BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, § 64; GABBA, *Questioni*, pag. 167 e seguintes.

aquelle a quem se dirigiu, porque só então ha concurso de vontades. Por esta opinião se declaram o codigo civil da Austria, art. 862, o argentino, art. 1.150 e o *Avant projet* de LAURENT, art. 1.051. É tambem a opinião de TROPLONG, MERLIN, TOULLIER, ARNTZ, WAECHTER, MAYNS, VAN WETTER, GABBA e LOMONACO. Contra ella, porém, o jurisconsulto CADRÈS levantou em 1844 uma objecção que lhe poz a descoberto inteiramente a inane especiosidade. Si o contracto deve esperar que a acceitação chegue ao conhecimento do proponente para formar-se, pela mesma razão deve esperar que chegue ao conhecimento do acceitante a permanencia da vontade do proponente, e, assim, nunca haveria concurso de vontades em negocios tractados por correspondencia, pois que se estaria procurando em vão o fim do circulo.

De accôrdo com a theoria da *agnição* ou *declaração*, o vinculo obrigacional nos contractos por correspondencia se constitue no momento em que a vontade do solicitante faz junção com a do solicitado, isto é, desde que este expedir a sua resposta de acceitação.

É a doutrina do codigo federal das obrigações, art. 8, do civil allemão, art. 151, do nosso codigo commercial, art. 127, da jurisprudencia ingleza, de COELHO DA ROCHA, DEMOLOMBE, AUBRY ET RAU, SAVIGNY, SERAFINI, BOISTEL, LYON-CAEN, GIRAULT e outros. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Consultem-se COELHO DA ROCHA. *Instituições*, § 733; GIRAULT, *Traité des contrats pour correspondance*; GLASSON, *Droit et institution, de l'Angleterre*, VI, pag. 372; *Clunet*, 1880, p. 597; GABBA, *Questioni*, onde vem apresentada uma extensa bibliographia sobre o curioso problema juridico, e o meu *Direito das obrigações*, § 65.

Ha sub-theorias particulares que se enquadram nos traços geraes deste systema: a da *declaração propriamente dita*, a da *expedição* e a do *recebimento*. Parece-me que a da *expedição* é que representa a mais pura e mais perfeita expressão da doutrina. Com ella se conforma o actual *Projecto*.

WINDSHEID propõe uma combinação das theorias adversas, distinguindo entre contractos unilateraes e bilateraes, e entre acceitação do devedor e do credor.

«Nos contractos bilateraes, diz LACERDA DE ALMEIDA <sup>1</sup> que adopta o pensar do grande romanista allemão, o proponente fica ligado, desde que se dá a acceitação da outra parte, ao passo que ao acceitante é livre retractar-se emquanto o proponente não tem sciencia da acceitação.»

«O poder do proponente retirar ou não a proposta durante o prazo, depende da intenção obrigatoria ou não obrigatoria com que é feita a proposta.»

Nos contractos unilateraes, «a declaração de acceite por parte do devedor não fecha a convenção emquanto não chega ao conhecimento do credor; o acceite do credor á proposta do devedor, ao contrario tem por effeito ligar desde logo este, embora ao credor seja licito retroceder do acceite emquanto não conhecido do devedor.»

Procurando ser conciliadora, julgo que a theoria exposta se tornou muito complicada, e contra ella se pôde oppôr a sentença latina: *simplex sigillum veri*.

<sup>1</sup> *Obrigações*, § 58.

ALBERTO KOEPPEN entende que, sendo a promessa a *declaração de uma obrigação sob a condição da aceitação*, e esta a realização da condição suspensiva a que estava subordinado o contracto, temos, na hypothese dos contractos entre ausentes, um caso de declaração unilateral da vontade geradora de obrigações, e, portanto, devem elles se reputar perfeitos desde o momento em que a proposta é feita.

A theoria da expedição julgada a mais razoavel e a mais juridica, tractando-se de missivas, continúa a sel-o tractando-se de correspondencia telegraphica.

Quanto, porém, ás declarações de vontade feitas por intermedio de telephonós, pois que lhes falta o *tractus temporis*, requisito essencial ás convenções *inter absentes*, serão tidas como realizadas entre presentes. <sup>1</sup>

### III

#### DA COMPRA E VENDA

(Projecto arts. 1.260—1.302)

Exposta a theoria geral das obrigações e a dos contractos, simplifica-se extraordinariamente o assumpto das differentes figuras especiaes de convenção, ao qual se vão

<sup>1</sup> Foi GABBA, *Questioni*, II, p. 156 e segs., o primeiro a defender esta these, encontrando logo o apoio franco de MEILL, UNGER e BIANCHI, para contrastar a opposição de VIDARI, NORSA e GIORGI. Hoje ha que considerar o voto valiosissimo do codigo civil allemão, art. 147, que foi emittido em favor da these de GABBA.

applicar os preceitos abstractos formulados pelas alludidas theorias.

Por esse motivo, o articulado referente ás diversas especies de contracto é geralmente reduzido no *Projecto*.

Estavam precedentemente lançados os principios superiores, aos quaes todas se submettem. Além disso, convinha fugir ás angusturas das definições doutrinarias e ao methodo infecundo da caspistica.

Assim é que, ao tractar do contracto de compra e venda, não houve necessidade de considerar as obrigações das partes que podiam ser determinadas facilmente pelos principios geraes, e apenas foram destacadas aquellas que, ou constituíam uma particularidade a notar ou a confirmação de uma regra, em hypothese menos evidente.

É costume tractar, por exemplo, da evicção e dos vícios redhibitorios, por occasião de se desenvolver a materia da compra e venda, por constituir esse contracto o typo dos contractos onerosos.

Mas, si as normas relativas á evicção e aos vícios redhibitorios são de applicação geral aos contractos onerosos, de melhor methodo parece, desagregal-as desse contracto particular, expondo-as sob uma fórmula abstracta, visando a generalidade dos contractos onerosos.

TEIXEIRA DE FREITAS rompeu com essa tradição, abrindo em seu *Esboço* um titulo especial para as *obrigações derivadas de factos que não são actos*. A designação não é feliz, e SANSFIELD não a reproduziu no código civil argentino, embora acceitasse a orientação do jurista brasileiro, e, como elle, destacasse a materia em questão,

depois de concluída a revista das figuras classicas dos contractos.

Pareceu-me, entretanto, que era necessario dar um passo além e collocar a materia da evicção e dos vicios redhibitorios na theoria geral dos contractos, pois ahí se acha a sua natural collocação, ainda que se haja de reservar para a compra e venda a elucidación de algum caso apparentemente obscuro ou duvidoso, como, por exemplo, o de venda de immoveis *ad corpus*, que foi entre nós objecto de uma renhida e brilhante discussão. <sup>1</sup>

A solução adoptada para o alludido caso da venda de um immovel em que o vendedor determina a sua extensão superficial, sem aliás calcular o preço sobre uma unidade de medida, foi a do código allemão, art. 468. Considerou-se, na hypothese, a quantidade garantida como uma das qualidades do immovel, e o bem a que faltam as qualidades que, affirmadas pelo alienante e procuradas pelo adquirente, foram causa determinante do contracto, é um bem inquinado por vicio redhibitorio. Claro é que si, em vez de deficiencia se encontrar excesso, nada tem o adquirente que repôr como indemnisação, salvo si a isso se obrigou, porque de sua parte não pôde ter havido má fé. Por outro lado, como observa VAN WETTER, o immovel, na hypothese, foi vendido em sua integridade, e a declaração da quantidade é garantia para o comprador, que

---

<sup>1</sup> Vejam-se, na *Gazeta Jurídica*, de São Paulo, annos de 1898 e 1899, os artigos e pareceres dos Drs. PEDRO LESSA, JOÃO MONTEIRO e CAMPOS TOLEDO, assim como MACEDO SOARES, *Medição e demarcação de terras*, 3.<sup>a</sup> edição, pag. 409 e segs.

não tem qualidade para conhecer o objecto comprado como o seu proprietario.

Essa tambem é a doutrina que se pôde colher dos textos romanos, da qual se afastaram, de certo modo, CORREIA TELLES e TEIXEIRA DE FREITAS; essa, a doutrina dos modernos civilistas.

## IV

## DAS SOCIEDADES

(Projecto, arts. 1.500-1.537)

Os principios classicos pelos quaes se formavam as sociedades civis, já não podem, na sua totalidade, dar satisfação ás associações dos tempos modernos. Concebidos e formulados para uma época em que outros eram os aspectos da organização da coexistencia humana, outros os desenvolvimentos da actividade individual, tornaram-se improprios para dar regulamentação aos interesses congregados no intuito de obter-se a realisação de um fim commum. Essa discrepância entre as regras juridicas e a realidade viva dos phenomenos economicos impressionou alguns juristas e fez-nos sentir a necessidade de urgentes reformas. A CIMBALI <sup>1</sup> parece achar-se deante de um organ atrophiado, ao contemplar o contracto de sociedade pelo modo constante do codigo civil italiano, em seus arts. 1.697 e seguintes, que são

<sup>1</sup> *La Nuova fase del diritto civile*, pags. 347 e 348.

uma reproducção fiel do francez, arts. 1.832 a 1.872. E Huc, <sup>1</sup> depois de outros, faz observar que as sociedades civis de alguma importancia tomam quasi sempre a fórma commercial, tornando-se de mais em mais raras as sociedades puramente civis. «É, pois, impossivel, conclue, estudar seriamente o funcionamento das sociedades civis, tal como se póde observar na pratica, si não se leva em conta o novo character que lhe imprimiram os ultimos documentos legislativos.»

Attendendo ás criticas desses e de outros civilistas, o *Projecto* abandonou aquellas antigas formulas, que não correspondiam mais a uma exigencia do tempo, embora não lhe fosse extranha a tentativa realisada pelo codigo civil hespanhol, de insufflar sangue novo nesse organismo gasto. Além disso, cumpria ter tambem em vista que as bases propostas para o contracto de sociedade podiam ser as de uma pessoa juridica, isto é, de uma entidade distincta dos socios, e as regras do codigo civil francez e de todos os que o imitaram, foram creadas para meros contractos, imperando exclusivamente entre os pactuantes. As fórmas commerciaes continuaram a ser utilizadas pelas sociedades civis, porém o codigo civil não estava, por isso, dispensado de firmar os principios geraes applicaveis á generalidade e ás figuras que se não modelassem pelas leis mercantis.

Algumas exemplificações tornarão meu pensamento mais claro, e mostrarão, de um modo concreto, a necessidade de ser retocado o quadro que nos deixou a sabe-

---

<sup>1</sup> *Commentaire*, XI, n. 37.

doria de nossos antepassados. Estatue o código civil italiano, art. 1.712, repetindo o francez, art. 1.848: « Si um dos socios é credor, por sua conta particular, de uma somma exigivel de uma pessoa que é tambem devedora á sociedade de uma somma egualmente exigivel, deve imputar o que receber do devedor no credito da sociedade e no proprio, na proporção dos dois creditos, ainda que, na quitação, tenha feito inteira imputação no seu credito particular. Mas, si declarar, na quitação, que a imputação é feita inteiramente no credito da sociedade, essa declaração produzirá effeito.»

Ora, si a sociedade adquirir a personalidade juridica, é patente que similhante regra não se lhe pôde applicar, pois que, nesta, a individualidade da sociedade é distincta da de seus membros, gyra em outra orbita. Seria, pois, de necessidade ou prever a hypothese ou eliminar a regra. O *Projecto* preferin eliminá-la, pela razão de que, si alguma cousa ella significa juridicamente é como applicação dos principios do mandato, <sup>1</sup> e o caso não offerece peculiaridade que torne duvidosa essa applicação.

Por outro lado, mesmo tractando-se de sociedade não personalisada, não é a qualquer associado que visa o dispositivo agora examinado, mas sómente áquelles que têm a faculdade de administrar, geral ou especial. Por isso, o código civil hespanhol diz mais correctamente: *Quando um associado, incumbido de administrar a sociedade se faz pagar uma somma que lhe é devida, em seu nome pessoal, etc.* Porém, ainda sob essa feição aperfei-

---

<sup>1</sup> Huc, *Commentaire*, XI, n. 68.

coada é ociosa a formula, pelo que ficou anteriormente allegado.

Argumentação analoga seria applicavel ao edicto contido no art. 1.849 do codigo civil francez, 1.713 do italiano e 1.685 do hespanhol.

O art. 1.854 do codigo civil francez estatue que, si os socios convencionam confiar a um dentre elles ou a terceiro a designação das respectivas partes nos lucros e nas perdas, essa designação só poderá ser impugnada no caso de evidente iniquidade. Os codigos civis italiano, art. 1.718, e hespanhol, 1.690, reproduzem o mesmo pensamento, com a correcção introduzida sómente pelo legislador hespanhol para o fim de excluir a possibilidade do arbitramento ser confiado a um dos socios.

Esse dispositivo presuppõe uma hypothese que, no dizer de HUC, nunca se apresenta, e admite uma iniquidade, evidente para o juiz que não o foi para aquelle que a commetteu em virtude da confiança nelle depositada pelos interessados. <sup>1</sup> É um caso singular de juizo arbitral que não merece ser perpetuado nas inscrições legislativas.

São, me parece, justificações sufficientes das alterações propostas.

## V

### DECLARAÇÕES UNILATERAES DA VONTADE

Vae conquistando adhesões por toda a parte a doutrina defendida na Allemanha por KEPPEN, SIEGEL,

*Commentaire* XI, n. 80.

UNGER e KUNTZE, na França por WORMS, HUC e TARDE, na Italia por GABBA,<sup>1</sup> segundo a qual a vontade substanciada na emissão de uma promessa, tem valor intrinseco para assumção de um vinculo obrigacional, e subsiste por si como fonte geradora de obrigações.

Não é a vontade individual que determina por sua confluencia a irrevogabilidade dos contractos, porém um principio de ordem mais elevada que dirige as actividades individuaes a um alvo distante, por ellas desconhecido muitas vezes. Esse principio é o interesse social, que se traduz por fórmãs diversas, mais ou menos translatas, e é secundado por essas forças directoras da conducta humana, entre as quaes avultam a lei, a opinião, o senso moral, a crença religiosa. Essa mesma energia de ordem superior exige tambem a seriedade nas promessas antes de conjugadas com a acceitação, porque, então, já se suscitaram interesses valiosos que não podem ser desattendidos pela sociedade organizada.

Assim, cumpre reconhecer que a promessa unilateral se offerece com força obrigatoria na formação dos contractos, quando intervêm as circumstancias de prazo e de correspondencia; nas promessas de recompensa e de fundação; nos titulos ao portador. Outras figuras de re-

<sup>1</sup> KUNTZE, *Die Lehre der Inhaberpapieren*; SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*; RENÉ WORMS, *La volonté unilatérale comme source d'obligations*; TARDE, *Les transformations du droit*; HUC, *Commentaire*, VII, ns. 10 e segs.; GABBA, *Questioni*, II, pags. 136 e segs. e pags. 165 e seguintes.

Vejam-se tambem: ENDEMANN, *Einführung*, I, § 97, nota 5; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 49, e o meu *Direito das Obrigações*, §§ 80 e 84.

lações são apresentadas como emanações directas da declaração unilateral da vontade, como a estipulação em favor de terceiro e os títulos á ordem, mas não offerecem ellas as características genuinas da especie. Por isso o *Projecto* limitou-se a reconhecer as fórmas acima indicadas, reservando para esta parte do livro que se occupa das relações obrigatorias sómente as promessas ao portador e as de recompensa feitas publicamente.

Sobre este assumpto THEOPHILO HUC formulou uma regra de direito, que não póde razoavelmente ser recusada, e cuja applicação é sufficiente para a resolução das difficuldades emergentes. São suas palavras : « Toda declaração de vontade dirigida a um terceiro deve produzir effeito em relação a elle a partir do momento em que chega ao seu conhecimento. » « Podem ser feitas verbalmente, por telephono, por escripto, podem resultar de cartazes, circulars, prospectos ou telegrammas. Podem mesmo resultar de um simples facto. »

Eis a theoria em toda a sua simplicidade e pureza, e tambem em toda a sua extensão e profundez. É a promessa que origina o vinculo obrigatorio; este se torna firme, definido, irrevocavel desde que alcança a pessoa a que é dirigido, porque actuando então, como um estimulo psychico, vae despertar uma correspondente manifestação da vontade. Si a declaração unilateral da vontade não possuisse a virtude de obrigar aquelle que a emite, não se comprehende porque haveria de adquiril-a quando unida a outra vontade da mesma natureza e de força equal. A acceitação tambem é uma promessa, é a

promessa de cumprir a prestação indicada pelo pollicitante. Deve ter, portanto, o mesmo valor ethico, e juridicamente não pôde operar com efficacia maior para a submissão das vontades.

A impotencia dessa conjuncção de vontades para explicar por si sómente a irrevogabilidade dos actos juridicos, evidencia-se na theoria legal das doações. Estas se podem revogar apezar de ter existido o concurso das vontades em um dado momento, e apezar de subsistir, inalterada para a conservação dos bens doados, a vontade do donatario.

Mas, os factos não offerecem menor clareza quando se examinam os contractos bilateraes. Porque é que o vendedor responde pela evicção e pelos defeitos que tornam a coisa vendida impropria para o uso a que se destina? Porque a sua promessa foi transferir um bem pertencente ao seu patrimonio, no primeiro caso; e no segundo, uma coisa contendo certas qualidades determinadas.

Cada parte contractante assume as responsabilidades contidas na sua promessa, e tanto é promessa a declaração feita pelo comprador de pagar o preço, quanto a do vendedor de entregar-lhe o objecto comprado.

Para explicar, pois, a irrevogabilidade dos contractos e efficacia da declaração unilateral da vontade, a razão é a mesma:—as funestas consequencias da falta de fé e da ausencia de confiança mutua entre os homens, como dizia STUART MILL; o interesse social, para tudo resumir em duas palavras.

A doutrina da efficacia da vontade unilateralmente manifestada, embora se duvide que tenha raizes no direito romano, onde dominava o principio: — *ex pollicitatione nulla actio nascitur*, não era extranha ao nosso direito em hypotheses especialissimas.<sup>1</sup> Portanto, não é um phenomeno de recepção que tenta realizar o *Projecto*, mas, em parte um desenvolvimento de principios já immanentes em nossos documentos legislativos.

## VI

## DOS TITULOS AO PORTADOR

(Projecto, arts. 1.626—1.637)

Para explicar o mecanismo juridico do titulo ao portador, têm sido imaginadas tantas theorias<sup>2</sup> que JACHINO acha que ellas correspondem mais ao instincto de acrobatismo mental, á paixão das logomachias do que a uma necessidade logica. É um contracto celebrado com o publico, dizem ERNST e STAHL; com os portadores successivos, affirma GOLDSHMIDT; com o primeiro to-

<sup>1</sup> Ords. 4, 37, 2 e 63 pr.; CORRÊA TELLES, *Doutrinas das acções*, pag. 268 da ed. T. de Freitas; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 293.

<sup>2</sup> Vejam-se: JACHINO, *Titulo al portatore*, Torino, 1897; GABBA, *Questioni II*, pag. 129 e segs.; WAHL, *Traité des titres au porteur*, Paris, 1891; WORMS, *La volonté unilatérale*; ALBERTO DOS REIS, *Dos titulos ao portador*, Coimbra, 1899; INGLEZ DE SOUZA, *Titulos ao portador*, Rio de Janeiro, 1898; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 15; e o meu *Direito das obrigações*, § 83.

mador, pretende WAHL; com uma *cessão incerta*, propõe SAVIGNY; com o ultimo portador, corrige JHERING. VIVANTI recorre a uma combinação do contracto com a lei, outros não trepidam em personalisar o escripto da obrigação, tam extranha lhes parece a situação juridica por elle creada. Nenhuma theoria, porém, melhor satisfaz a todas as intelligencias, nenhuma explica melhor as apparentes anomalias desta figura obrigacional do que aquella que attribue á promessa unilateral força creadora de obrigação. Com ella se conformam GABBA, BONELLI, WORMS, ALBERTO DOS REIS, além dos creadores da doutrina na Allemanha. Enrresta contra ella INGLEZ DE SOUZA; mas ha de convir o douto jurista que a doutrina contractual vae dia a dia perdendo terreno, na difficultosa explicação deste caso, entre todos interessante, de relações juridicas engendradas fóra dos moldes romanos. Si houve um contracto com o primeiro tomador do titulo, os ulteriores hão de, necessariamente, ter um direito derivado, não podendo fazel-o funcionar sinão em virtude de uma transmissão, de uma cessão. Mas cessionario como, si a posição de cada portador é independente da de seu antecessor, si nenhum tem que justificar a sua aquisição? Cessionario de quem, si o portador precedente não figura na obrigação, si entre os portadores successivos não ha relação juridica que deixe vestigios de sua existencia? É, pois, uma resultante da experiencia a proposição de JACHINO: <sup>1</sup> « Sobre o conceito da cessão é de todo impossivel construir a theoria

---

<sup>1</sup> Op. cit. pag. 91.

do titulo ao portador. » E já SAVIGNY <sup>1</sup> advertira que a criação dos titulos ao portador visára fugir a duas difficuldades da cessão, a relação permanente do credor para com o devedor originario e a necessidade de provar as cessões precedentes.

Egualmente infructiferas são as tentativas da theoria contractual, recorrendo á *novação*, á *successão a titulo singular*, á *subrogação* e á *correalidade activa*. Não resta outro caminho sinão o da obrigação fundada na vontade unilateral. Já em GERBER <sup>2</sup> estão os germens dessa doutrina, quando nos affirma elle que o titulo contém a obrigação de cumprir a prestação, de tal modo que o possuidor do titulo tem, por assim dizer, entre as mãos, a promessa do devedor, a qual se acha incorporada no titulo.

Só pela doutrina da unilateralidade da obrigação se explica a relação directa entre o devedor e o portador do titulo, fazendo-se *tabula rasa* de todos os precedentes possuidores, de modo a poder-se dizer que o direito de todos os portadores do mesmo titulo é igual e simultaneo, para significar que a obrigação da parte do emissor permanece integra a todo o momento, perante quem quer que apresente o documento onde ella se incorpora; para exprimir que a vontade do subscriptor, depois de assumir a obrigação, se conserva em passividade respectiva á espera de quem se lhe apresente a exigir-lhe o cumprimento da promessa; para dar a entender que entre o

<sup>1</sup> *Droit des obligations*, I, §§ 61 e 64.

<sup>2</sup> *System*, § 160.

obrigado e o primeiro detentor do titulo não ha uma relação obrigatoria pessoal nem tamponco entre este e os successivos portadores, e tambem que o credor, na hypothese, é uma pessoa incerta que se determina pela apresentação do titulo.

Afastada essa difficuldade preliminar, que interessava, sobretudo, para a classificação, uma outra havia que resolver, e era a conveniencia de introduzir a especie no corpo do direito civil. O principio da liberdade das convenções o exigia, a doutrina dos escriptores e o exemplo das mais elevadas expressões da sabedoria legislativa o auctorisavam. Não havia, portanto, justa escusa para a lacuna. Cumpria, entretanto, attendendo ás conveniencias sociaes e á licção da pratica já existente entre nós, conter a liberdade de emissão dentro de certos limites, como, aliás, têm feito outras legislações.

## VII

### DA INSOLVENCIA CIVIL

(Projecto, arts. 181-1.714)

Em relação á insolvencia ou fallencia dos não commerciantes havia quatro problemas a resolver.

1º Seria conveniente estender aos não commerciantes a instituição da fallencia ?

2º Decidido que sim, seria necessario unificar o direito privado neste dominio ou manter o parallelismo existente para as relações civis e commerciaes ?

3º É um código civil o lugar adequado para regulamentação desta materia ou o do processo, este ou uma lei especial ?

4º Sendo o código civil o regulador do instituto, onde abrir espaço para a sua inclusão ?

Os documentos legislativos e os livros de doutrina favoreciam qualquer solução adoptada, excepto em relação á ultima interrogativa, para a qual não têm sido talvez tam diferentes as respostas.

Ponderando as razões divergentes e collimando apanhar a tendencia revelada no ultimo estadio da evolução jurídica, pareceu-me que era bem fundada a observação já citada, de JOSEPHUS JITTA, affirmando que essa tendencia é no sentido de afastar a fallencia do direito penal e do commercial, reconduzindo-a para o direito civil geral. <sup>1</sup>

Seria realmente injusto continuar a tractar por modo tam diverso os devedores commerciaes e os civis, quando é principio definitivamente assentado na jurisprudencia occidental que os bens do devedor constituem garantia commum dos seus credores <sup>2</sup>

Não hesitei, portanto, em accetar a insolvencia estabelecida no *Projecto COELHO RODRIGUES*, como fecho natural do direito das obrigações. Nem é outro o lugar que têm assignado os códigos civis modernos ao concurso dos credits.

<sup>1</sup> Vejam-se tambem: RAOUL DE LA GRASSERIE, *Classification scientifique du droit*, pag. 151; CARVALHO DE MENDONÇA, *Das fallencias*, ns. 8-24.

<sup>2</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.* pag. n. 20

Mas, em um ponto, tive de afastar-me do illustre jurista piauihyense; foi em relação á incapacidade com que o seu *Projecto* fere o insolvente. A evolução do instituto revela que, de um exaggerado rigorismo contra os que malbaratam a sua fortuna prejudicando os credores, se tem chegado a um tratamento mais brando, á proporção que a convicção se fórma de que neste assumpto mais importa garantir do que punir. Uma expressão notavel desta fórma de pensamento juridico é a lei federal norte-americana de 1 de Julho de 1898: « O elemento característico predominante desta lei, diz STOCQUART, <sup>1</sup> é uma indulgencia extrema para com os devedores insolventes. De agora por deante a fallencia deixa de macular a honra ou a probidade. »

É um sentimento que hoje compartilhem todos os juristas liberaes e que, afinal, se ha de traduzir em normas juridicas por toda parte. <sup>2</sup>

## LIVRO IV

### Direito das successões

#### ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITARIA

(*Projecto*, arts. 1.773-1.790)

O actual systema successorio do direito patrio é de uma grande simplicidade; porém, como não corresponde

<sup>1</sup> CLUNET, 1889, pag. 498.

<sup>2</sup> Nota add. 1905. Estas idéas não foram accéptas pela Comissão especial da Camara, mas encontraram em FRANCISCO DE CASTRO JUNIOR um defensor devotado e competente (*Da insolvencia civil*, S. Paulo e Rio, 1903).

mais ás idéas de justiça dominantes na materia, forçoso foi alterar-lhe a construcção, pois, si a simplicidade é uma das excellencias da lei, a justiça deve ser a sua substancia.

Quatro alterações contém o *Projecto* em relação ao direito imperante, nesta parte:

a) Eliminam-se quaesquer distincções entre os descendentes legitimos e os naturaes reconhecidos. E, como a reciprocidade é principio basilar em materia de successão hereditaria, com a mesma egualdade são tractados os ascendentes naturaes, sendo desconhecidas para o *Projecto* as relações de filiação espuria.

b) O conjuge superstite foi deslocado da cauda da serie hereditaria, para se lhe dar uma situação mais adequada á sua posição na familia.

c) A vocação hereditaria não vae além do sexto gráo.

d) Regula-se a successão do adoptivo, ponto obscuro no direito patrio.

Examinarei perfunctoriamente as alterações alludidas.

SUCCESSÃO DOS FILHOS NATURAES. — No Brazil, a consciencia média não reconhece distincção entre os deveres do pae natural e os do pae legitimo. Todos os litigios travados nesta arena devemol-os á lei de 2 de setembro de 1847, cujos rigores a jurisprudencia tem procurado attenuar, embora suffragando uma doutrina que claramente contrasta com a letra expressa da lei.

Desapparecendo essa fonte de dissídios, ficam os filhos naturaes reconhecidos, equiparados aos legitimos. O disposto no projecto, não é, portanto, mais do que o resultado da revogação da citada lei, nestes ultimos tempos, tão golpeada pela critica.

As legislações modernas <sup>1</sup> têm-se esforçado, por processos diversos, para dar aos filhos illegitimos um tratamento melhor do que o injusto repudio com que, em certo tempo, se tentou impedir o desregramento dos paes. Atravez da variedade desse processo, o espirito dos que reflectem sobre as fórmulas vivas do direito, procurando extrahir dellas a licção da experiencia, sente-se perturbado e perplexo, já o declarei em outra parte; mas, si conseguir afastar de si as solicitações importunas dos preconceitos, saberá encontrar o caminho atravez do matagal das opiniões collidentes, reconhecendo que a justiça está com aquelles que equiparam a prole natural reconhecida á prole que provém de um matrimonio valido, e que não distinguem, perante a successão materna, aquelles que, nascendo das mesmas entranhas, não podem ser differenciados perante os deveres e perante o amor das mães.

SUCCESSÃO DO CONJUGE SUPERSTITE.—Os legisladores modernos se têm todos preocupado com a successão legitima do esposo sobrevivente, desde o codigo d'Austria, de 1811, até o allemão, que entrou em vigor no dia 1 de

---

<sup>1</sup> A legislação comparada sobre este assumpto está indicada no meu *Direito das Successões*, § 43.

janeiro fluente. <sup>1</sup> Mesmo no direito francez, onde vigorava um systema de afastamento, houve ultimamente uma reforma (lei de 9 de março de 1891) no sentido da alludida corrente da opinião.

Não era possível, deante dessa eloquente manifestação da consciencia juridica da actualidade, manter o conjuge em posição inferior, no direito hereditario, á de um ignorado parente do decimo gráo. E nem é argumento procedente recordar que o regimen matrimonial commum, entre nós, é o da comunicação universal dos bens, porque o conjuge sobrevivo pôde ser justamente quem trouxe fortuna para o casal, e com o mesmo golpe da adversidade perde o companheiro que escolhera para a difficil jornada da vida, e a metade da fortuna que herdara de seus progenitores ou adquirira com o seu trabalho.

A difficuldade estava em achar uma solução que, satisfazendo os reclamos da justiça, não trouxesse um elemento de obscuridade ou de complicação, que mais notavel se tornaria deante da simplicidade da construcção existente. Cumpria, portanto, evitar os systemas que concedem um direito de extensão muito variavel, e preferir o direito de propriedade ás quotas de usufructo. Por outro lado, não era justo equiparar para os effeitos da successão hereditaria, o conjuge que tem filhos do premorto aos que os não tem, o que tem direito á meação dos bens ao que o não tem. Dessas considerações resultou o systema do Projecto:

---

<sup>1</sup> 1900. Para não alongar esta exposição, deixo de indicar a legislação comparada, que se acha no § 48 do meu *Direito das successões*.

Si o esposo sobrevivo não tem prole commum com o premorto, partilhará o espolio com os ascendentes do hereditando, ou o recolherá em sua totalidade, não existindo os alludidos ascendentes. Si ha prole commum, o conjuge sobrevivo, casado pelo regimen da communhão universal ou limitada, terá a sua meação, e, como titular do patrio poder, o usufructo dos bens dos filhos menores. Si os filhos já forem todos maiores, serão natural amparo ao progenitor envelhecido, que, aliás, tendo a sua meação, não está inteiramente dependente dos bons sentimentos daquelles a quem deu o ser. Na hypothese de ter sido o regimen matrimonial o da separação absoluta ou com a clausula da dotalisação, concede-se ao conjuge uma porção hereditaria igual á de um filho.

SUCCESSÃO DOS COLLATERAES. — A successão dos collateraes tem por *substratum* as relações de familia, tomada esta expressão no sentido de conjuncto de parentes, de pessoas oriundas do mesmo tronco. Porém o círculo da familia, para ter hoje um valor apreciavel em direito, deve ter um raio determinado, e não ha de extender-se além do plano onde se encontra a consciencia da unidade do grupo familiar, onde se depara essa attracção sympathica dos parentes, que é uma traducção inconsciente, mas verdadeira, da solidariedade existente no aggregado de individuos por cujas veias correm as ondas do mesmo sangue. Póde-se affirmar que, além do sexto gráo já têm desaparecido essas condições, já não se distingue o parente do conferraneo.

A preferencia pelo sexto gráo, além de ser uma reminiscencia do direito romano (D. 38, 8, fr. 1, § 3), é

suffragada por juristas que estudaram criteriosamente a materia <sup>1</sup> e por grande numero de legislações, taes como o codigo civil hespanhol, art. 955; o argentino, 3.585; o chileno, 992, e o peruano, 881. No mesmo sentido tambem se pronunciou o *Avant projet* de E. LAURENT, art. 775.

Em relação ao vinculo fraterno bilateral e unilateral para os effeitos successorios, foi adoptado o systema incontestavelmente mais racional e justo, que concede aos irmãos germanos uma parte dupla da que recolhem os uterinos e os consanguineos. É o systema do codigo civil francez, art. 752; italiano, 741, 2.<sup>a</sup> parte; portuguez, 2.001; hespanhol, 949; mexicano, 7.620, e genebrez, 792. O *Projecto* Felicio dos Santos, art. 1.425, e o do Dr. COELHO RODRIGUES, art. 2.412, tambem se inscreveram na mesma fileira.

O direito vigente é lacunoso a respeito, sendo subsidiado pelo direito romano, que estabelece um privilegio odioso em beneficio do vinculo fraterno duplicado (Nov. 118, c. 3). Eguualmente inaceitaveis são o systema que distingue a origem dos bens, adoptado na Allemanha, na Russia e no Perú e o da completa egualdade seguido pelo codigo civil chileno, pelo uruguayano e pelo direito inglez. <sup>2</sup>

SUCCESSÃO DO FILHO ADOPTIVO.— Ainda a respeito da successão do filho adoptivo, guardando as leis patrias completo silencio, recorrem os interpretes ao direito ro-

<sup>1</sup> GIMBALI, *Nuova fase*, pag. 228.

<sup>2</sup> Veja-se o meu *Direito das successões*, § 47.

mano, que, aliás, não solvia todas as duvidas. O *Projecto*, accitando a doutrina romana accommodada aos usos modernos, expressos nas legislações dos povos cultos, manteve o instituto da adopção, e, consequentemente, ligou, ao vinculo de parentesco civil, effeitos hereditarios, que ladeiam, mas não apagam os que defluem dos laços de sangue. É, aliás, a doutrina do *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, com pequena alteração.

Do estudo da legislação comparada, sómente uma lição se colhe nesta materia: o reconhecimento de direitos hereditarios aos filhos adoptivos. A extensão desses direitos e o modo de conformal-os são varios, porém. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Idem cit., § 40.

## O PROJECTO DE CODIGO CIVIL

perante a Faculdade Livre de Direito de  
Minas Geraes

---

Parece-me que se deve considerar como auspicioso o interesse que entre os doutos vae despertando o *Projecto de Codigo Civil*, offerecido pelo governo da União ao corpo legislativo nacional. Mais intensa fosse a nossa cultura juridica, maior tranquillidade mental nos permitissem as obsidentes preoccupações politicas, e certamente esse interesse haveria de ter uma repercussão intellectual mais larga e mais fecunda.

Na Allemanha, diz-nos SALEILLES, que «difficilmente se poderia imaginar o numero consideravel de estudos, emanando de todos os dominios da cultura juridica, que foram consagrados ao estudo e á apreciação, as mais das vezes bem pouco benevola, do projecto.»<sup>1</sup>

Por certo não faremostanto, mas não se poderá dizer que os juristas brasileiros se mostram indifferentes a um acontecimento que tam de perto lhes toca.

---

<sup>1</sup> *Annuaire de législation étrangère*, 1897, pag.150.

Alguns estudos já appareceram, outros se annunciam, e, deste embate de opiniões ha de resultar o esclarecimento das idéas e a lapidação da obra nacional que se pretende produzir.

Dentre esses estudos, devem merecer particular attenção os que procedem das faculdades de direito, que têm sido entre nós, como por toda a parte, poderosos factores da evolução juridica. Porisso foi com verdadeira anxiedade, cujos estos não tentei siquer reprimir, que me entreguei á leitura das observações feitas pela douta commissão da faculdade juridica mineira ao *Projecto* de *Codigo Civil*. Infelizmente ao meu conhecimento chegou apenas o frio resumo, o extracto talvez mal apurado da discussão scientifica ali travada. Em todo o caso fornece esse resumo informações sufficientes para que se conheçam as opiniões vencedoras perante os illustres professores da Faculdade Mineira:

Logo o *primeiro artigo* da parte geral do *Projecto* provocou um reparo do dr. Levindo, que taxou de incorrecto o emprego da palavra—*deveres*. A defeza do *Projecto* foi cabalmente desenvolvida pelo Dr João Luiz, observando que o *Codigo Civil* reconhece e regula os deveres entre paes e filhos e entre marido e mulher que não constituem obrigações juridicas. Como, porém, a maioria não se inclinou deante da verdade contida nas suas judiciosas ponderações, retome o assumpto, embora o reconheça de valor somenos, para editar alguma coisa em prol da expressão censurada.

A exacção dos termos é por certo excellencia para qualquer composição litteraria, e necessidade para as

leis, salvo, todavia, nos casos semelhantes aos do artigo primeiro do código civil, pois que este dispositivo seria innocuo sobre o ponto de vista das liberdades a vincular ou das faculdades a garantir, si, mantida a formula do *Projecto*, declarasse o seu objecto *regular direitos e deveres* em alguns casos e direitos e obrigações em outros, em vez de dizer que, em qualquer hypothese, eram sempre obrigações que mirava regular.

Mas fosse ou não de rigor a exacção neste caso, o certo é que não peccou contra ella o *Projecto*, que não poderia ter sido preparado com desprezo do salutar aviso do Fausto angustiado para bem interpretar o primeiro versiculo do evangelho de S. João:

Bedenke wohl die erste Zeile,  
Dass deine Feder sich nicht übereile.

Diz o projecto: Art. 1.º Este Código reconhece e regula:

1.º Os *direitos e deveres* das pessoas naturaes e juridicas entre si.

2.º Os *direitos e obrigações* das mesmas pessoas em relação aos bens.

Seria de todo inutil o segundo membro deste artigo, si no primeiro fosse empregada a palavra obrigações. Bastaria, então, dizer: Este código reconhece e regula os direitos e deveres das pessoas naturaes e juridicas entre si, e em relação aos bens.

Si assim não fez, é manifesto que houve intenção de accentuar duas ordens diferentes de idéas, a que se tra-

duz pela palavra *dever* e a que se especialisa pelo vocabulo—*obrigação*.

Mais em relevo se accentua esta intenção no projecto primitivo, dizendo o 1.º numero: *direitos e deveres* das pessoas naturaes entre si, como membros de uma familia; e o segundo: *direitos e obrigações* das pessoas naturaes e juridicas em relação aos bens. Porém, parecendo á commissão revisora que ha deveres que transcendem o circulo das relações de familia, foi o artigo modificado.

Não cabe aqui examinar essa asserção, mas simplesmente, si a palavra *dever* foi ali convenientemente empregada.

A moral, a religião e o direito estabelecem normas directoras da conducta humana. Deante das injunções em que se traduzem essas normas, emerge, na consciencia do homem, — *a necessidade moral de agir de accôrdo com o preceito que lhe é imposto*. Essa necessidade moral é o dever (ethico, religioso ou juridico).

É assim que LEIBNITZ dizia que o *direito* é um *dever*, uma necessidade moral; é assim que em todos os compendios de philosophia do direito ou de encyclopedia juridica se ensina que as idéas de direito e de dever são correlativas; é assim que se diz que o *dever ethico* é imperfeito por não ser garantido por coacção externa, e o *dever juridico* é perfeito por ser provido dessa garantia. <sup>1</sup>

Todavia em vez da expressão *dever* empregam muitas vezes os escriptores a sua synonyma *obrigação*. «Esta lei

<sup>1</sup> ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, 2<sup>e</sup> edit. pag. 19-21.

universal do *dever*, diz KANT,<sup>1</sup> me impõe sem duvida uma *obrigação*.»

Refere-se o philosopho maximo ao seu celebre principio «age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbitrio possa harmonisar-se com a liberdade de cada um, segundo uma lei geral. Em HERBERT SPENCER,<sup>2</sup> leio as palavras que se seguem:

«Esta observação implica a conclusão tacita que não deixará de produzir surpresa: o sentimento do *dever* ou da *obrigação moral* é transitório e deve diminuir á proporção que a moralisação augmentar.» FONSEGRIVE,<sup>3</sup> dissertando sobre o *dever* que, para elle, surge da lei da propria existencia, escreve: «é licito affirmar que a idéa do *dever* e o sentimento da *obrigação* que d'elle resulta, são innatos no homem.»

Não são sómente os philosophos que estabelecem a indicada synonymia, usando da palavra *obrigação* para traduzir uma idéa puramente *ethnica*. São de JHERING, no *Espirito do direito romano*<sup>4</sup> as expressões que passo a transcrever: «Nunca os romanos pretenderam introduzir uma acção para fazer valida uma *obrigação moral*, nem

<sup>1</sup> *Éléments metaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Barni, Paris, 1853, p. 43.

<sup>2</sup> *La morale*, trad. franceza, p. 110.

<sup>3</sup> *Grande encyclopédie* verbo *devoir*.

<sup>4</sup> Vol. II da edic. hesp. p. 63.

se contentaram com esta onde quizeram crear um vinculo juridico.»<sup>1</sup>

É natural concluir do exposto que nem o vocabulo *dever* é exclusiva propriedade da moral, nem tampouco a palavra *obrigação* está inhibida de transpôr as fronteiras do direito.

Porém, ha no direito uma especialisação do termo *obrigação* que não pôde ser traduzida pela palavra *dever*. É quando obrigação significa, no dizer do jurista romano, *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei*<sup>2</sup>, vinculo de direito que nos constringe a dar, a fazer ou não fazer alguma cousa, em proveito de alguém que tem o direito de nol-o exigir. É ainda aqui a obrigação uma necessidade moral de agir, mas de natureza especial, restricta.

Si, portanto, o *Projecto* empregasse exclusivamente a palavra *obrigações* nos dois membros da phrase destinada a determinar o objecto do codigo civil, incorreria

<sup>1</sup> Tolerem-se, todavia, em nota, mais estas citações. STOURZA, *Les lois fondamentales de l'univers*, 1891, p. 425: de la liberté décourent tous les droits de l'homme, et de la justice tous les devoirs.

SCHIATARELLA, *I presupposti del diritto scientifico* (p. 145). L'individuo revestito de attitudine a diritto e a doveri riappa ricca uno *subjectum juris*.

COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 228): Estando os conjuges ligados por um laço intimo... necessariamente se hão de dar, entre elles, *direitos e deveres*. (§ 228) «A verificação deste estado, ou paternidade, e os *direitos e deveres reciprocos* que delle resultam.» (318) «Este *dever* de alimentar nasce da *obrigação* que lhes impoz a natureza.»

<sup>2</sup> Inst. 3, 13, pr. Isto em portuguez e nas linguas latinas, pois em allemão existem, entre outras, as expressões *Vertragspflicht* e *Alimentationspflicht* como se pôde ver em ENDEMANN, *Einführung*, vol. I, § 24, II, 2, § 27. O cod. civil allemão, arts. 1.601—1.615, tracta do *Unterhaltungspflicht* (dever de alimentar).

certamente na censura de ter restringido o campo do direito civil a uma só de suas partes, a que se occupa dos direitos de credito. Usando, porém, da palavra *deveres* na primeira e da palavra *obrigações* na segunda, claramente indicou que, além das obrigações de ordem economica, outras seriam reguladas que se não prestariam normalmente a uma estimação pecuniaria.

Si das considerações abstractas passarmos á consulta dos mais auctorizados monumentos legislativos, verificaremos que a palavra *deveres* tem sido empregada pelos legisladores para significar uma certa ordem de impulsões determinadas pelo imperativo legal.

Fale em primeiro logar a Constituição federal brasileira, art. 82, paragrapho unico:

« O funcionario publico obrigar-se-á, por compromisso formal, no acto da posse, ao desempenho dos seus *deveres legais*. »

Deponha o codigo civil portuguez, que, em seus arts. 3 e 16, fala sómente de direitos e obrigações, como sómente direitos e obrigações vê nas relações entre marido e mulher. No art. 1.192 n. 4 diz esse codigo: « Nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos ou naturaes que tivesse de outrem, os *direitos e deveres* inherentes ao poder parental. »

O codigo civil francez, parte primeira, titulo V, cap. VI, occupa-se *des droits et devoirs respectifs des époux*, segundo diz a inscripção. O italiano não emprega expressões differentes. *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, dei conjugii fra loro, *dei diritti e dei doveri*

dei conjugi risguardo a la prole ; são as inscripções que se encontram no cap. IX do tit. IV do liv. I.

Creio que não devo mais insistir sobre este assumpto. O *Projecto* quiz dar clareza ao pensamento empregando as duas palavras — deveres e obrigações, e parece-me que b conseguiu sem resvalar em vicio de elocução. É possível que tambem quizesse resolver a questão de saber si a capacidade das pessoas juridicas se deve considerar restricta aos bens como ensinava SAVIGNY ou se tem uma extensão maior.

Sabe-se que esse ponto foi largamente debatido por occasião de se elaborar o codigo civil allemão.

Tendo dito o primeiro projecto que essa capacidade era sómente patrimonial (*selbständige Vermögens rechten und Vermögenspflichtens zu haben*), predominou a idéa contraria, por pensarem os juristas que algumas questões havia que tractar em relação ás pessoas juridicas, questões que não eram propriamente de interesse patrimonial, como, por exemplo, o direito ao nome, a constituição, e a propria existencia desta categoria de sujeitos do direito e outras ainda. <sup>1</sup> Mas não convém alargar excessivamente estas glosas que devem ser ligeiras para não perderem a sua natureza de glosas, e para não suporem os malevolos que a discussão do actual Projecto do Codigo Civil ha de gyrar sempre em torno de questões de *lana caprina*.

Em relação ao art. 4, foi aconselhado o accrescimento das palavras *com vida*, que estão no Projecto revisto

---

<sup>1</sup> Consulte-se ENDEMANN, *Einführung in das Studium des Gesetzbuch*, vol. I, § 43.

como estavam no primitivo. Houve, talvez, algum equívoco na condensação da discussão havida sobre esta parte.

\*  
\* \*

Outro accrescimo foi inequivocamente proposto: o de definir-se o nascimento com vida de accôrdo com o Projecto Coelho Rodrigues.

Essa definição parece-me satisfactoria, mas perfeitamente inutil num codigo civil: « Considera-se nascido vivo todo aquelle que foi expulso ou extrahido do ventre materno e respirou o ar atmosferico » (citado projecto, art. 4).

Perante a physiologia, o novo ser humano se deve considerar como tendo vida independente daquella que até então o trouxe nas entranhas, quando, penetrando-lhe o ar nos pulmões, se estabelece uma circulação independente do sangue, dentro do novo organismo. Nada ha que objectar contra este ponto de vista physiologico, penso eu. Mas, transportando-o para a lei, tiraremos todas as duvidas dos casos em que ellas se puderem accumular?

Evidentemente não, porque será uma questão de facto a provar, si, realmente, houve a entrada do ar atmosferico nos pulmões do recém-nascido. Nas cidades onde houver peritos, afinal a verdade poderá ser scientificamente revelada.

Mas, no interior do paiz, os embaraços serão insuperaveis.

Supponha-se uma criança que, desprendida das entranhas maternas, já respirou o ar atmospherico, mas que, ao cortar-se-lhe o cordão umbilical, por impericia ou imprudencia da assistente, ou por um caso imprevisto, succumbe poucos instantes depois de ter vindo ao mundo. Physiologicamente foi um ser vivo ; perante o dispositivo legal em questão, é um sujeito que adquiriu direitos e que os transmite a outros com a sua morte.

Mas, como se provará que se preencheu a condição estabelecida pela lei? Pelo exame cadaverico, dir-se-á. Perguntarei, porém, ainda: e tal exame poder-se-á fazer onde não existirem peritos?

Supponha-se que houve respiração, mas que antes da separação completa, a criança morreu. Dever-se-á considerar nascida viva para os effeitos civis?

Melhor é, me parece, deixar essas questões de facto, como fez o codigo civil allemão, para serem apreciadas em cada caso emergente, segundo o modo particular por que se apresentarem. Esta é a solução mais prudente, e tem ainda o merito de não emprestar a obrigatoriedade de um dispositivo legal a um principio de physiologia que póde amanhã ser modificado ou substituido.

## II

Acha a commissão da Faculdade Juridica de Minas Geraes que o numero dos incapazes foi muito reduzido pelo *Projecto*, e pede que entre elles se mencionem o fallido, o insolvente civil e o prodigo.

A incapacidade do fallido é restricta exclusivamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida (dec. 917, de 24 de outubro de 1890, art. 17, § 3º). O fallido exerce o patrio poder e o poder marital com toda a responsabilidade e auctoridade inherentes a essas funcções privativas do director da sociedade domestica: pôde casar-se, divorciar-se, estar em juizo tractando de questões que não disserem respeito a interesses da massa<sup>1</sup> etc. Portanto, em primeiro lugar, a restricção de sua capacidade só apparece no direito commercial, e exclusivamente por este deve ser regulada; em segundo lugar, é assás restricta para que a salientemos na parte geral do codigo civil.

A este respeito, escreveu FELICIO DOS SANTOS umas observações sobre as quaes chamo a attenção de seus illustres conterraneos. «O fallido, diz elle, não é nem deve ser considerado incapaz dos actos da vida civil; só lhe é interdicta a administração dos bens que possuia ao tempo da abertura da fallencia, emquanto não forem integralmente pagos os credores. Ninguem dirá que o executado por divida civil e que não é commerciante, cujos bens todos são penhorados, torna se incapaz por esse facto.

Com a abertura da fallencia, verifica-se uma especie de penhora dos bens do fallido. A funcção dos administradores da massa é liquidal-a para pagamento dos credores.»<sup>2</sup> Collocou-se nesse mesmo ponto de vista o co-

<sup>1</sup> Veja-se MENDONÇA: *Das fallencias*, ns. 231 e segs.

<sup>2</sup> *Commentario ao Projecto de Cod. civil*, vol. I, p. 83.

digo commercial chileno, dizendo no art. 130: *A declaração de quebra não priva o fallido do exercicio dos direitos civis, salvo nos casos expressamente determinados pela lei.*

Em taes condições não era licito incluir o fallido, siquer entre os relativamente incapazes de facto, na parte geral do codigo, onde não se tracta de indicar todos os que soffrem uma restricção de sua capacidade, temporaria e especialmente limitada a certa classe de bens, mas, sómente, de declarar as incapacidades que se generalisam, abrangendo os actos mais importantes da vida civil, e exigindo a intervenção de um representante legal.

Si fossemos apurar tal rigorismo, e quizessemos timbrar de logicos, deveriamos incluir entre os incapazes tambem: 1º, o marido, porque não pôde alienar bens de raiz sem a outorga uxoriana; 2º, o pae, porque não pôde vender bens ao filho, sem annuencia dos irmãos deste; 3º, a mulher, mesmo não casada, porque no systema do codigo revisto, como no do direito actual, não pôde ser testemunha testamentaria. E assim outros, de tal modo que maior seria o numero dos incapazes do que o dos capazes.

As observações que acabam de ser feitas em referencia ao fallido, applicam-se, com mais propriedade ainda, ao insolvente civil, pois que a declaração de insolvencia é um modo de liquidacão de effeitos mais restrictos ainda do que a fallencia.

Que proveito teriamos nós de os declarar incapazes na parte geral do codigo? Não descubro.

Quanto á prodigalidade como causa efficiente de interdicção civil, não escondi, nas *Observações* que acompanham o meu *Projecto*, que as legislações contemporaneas formavam dous grupos, umas acceitando e outras rejeitando essa causa de incapacidade.

Parece-me que estas ultimas traduzem melhor as aspirações do direito moderno: 1º, porque se afeiçoam melhor ás noções de propriedade individual e da autonomia pessoal; 2º, porque a liberdade pessoal só deve ser limitada na medida do interesse publico, e, na hypothese do prodigo, esse interesse está longe de reclamar tão violenta medida; 3º, porque a exaggerada interferencia do poder social nos negocios de ordem privada é um jugo de que a humanidade se tem libertado á custa de muitos e demorados esforços cujos resultados não devem ser imprevidentemente contrariados pelo legislador moderno; 4º, porque não se póde prefixar o maximo das despesas de um homem em proporção com os seus haveres, segundo as exigencias das circumstancias, e, si fosse possivel, seria inconveniente essa fixação.

Um homem que sacrifica os seus bens na prosecução de uma idéa cuja aquisição augmenta o patrimonio intellectual da humanidade, ou alcança um melhoramento industrial de grande importancia, será um prodigo?

Dirão talvez que *sim* no caso de seus esforços não conseguirem mais do que preabrir o caminho por onde passarão outros mais tarde triumphalmente; no caso de ser elle, como *Cyrano de Bergerac*, *celui qui souffle et qu'on oublie*. Si, porém, o seu labor persistente aplainou todas

as difficuldades até colher o fructo dourado da victoria, o caso é de benemerencia e não de prodigalidade.

E porque não havemos de dar um passo mais nessa estrada do antiliberalismo? Ha homens que não tendo outros cabedaes possuem uma intelligencia que, bem applicada, pôde ser fonte de riquezas mais ou menos consideraveis, segundo as circumstancias, ou, pelo menos, têm robustos braços com que manejar 'os instrumentos do trabalho manual. No emtanto, esses individuos fazem-se philosophos, sabios, artistas, apóstolos, prégadores de idéas humanitarias, propulsores da caridade.

Dessa direcção dada á sua actividade não auferem vantagens economicas, salvo algumas excepções para os artistas em meios propicios.

Si esses homens não tinham, podiam alcançar riqueza ; portanto, estão a reclamar um curador que os obrigue a exercer profissão mais lucrativa, ainda que menos brilhante, mas conforme aos pequenos interesses de seus parentes, embora menos favoravel aos summos interesses humanos.

Devemos recuar deante dessas consequencias? Melhor, então, será não enveredarmos pela trilha que a ellas conduz.

Si, porém, a prodigalidade é manifestação de um accentuado desarranjo morbido do espirito, então a interdicção se justifica, não pela prodigalidade que é effeito, e sim pela alienação mental que é causa.

A discussão havida a proposito do art. 9º do projecto, mostra que os illustres professores da Faculdade mineira

queriam que se mantivesse a *emancipação* do nosso direito e do francez, apesar de suas conhecidas incongruências, em vez da *declaração de maioridade* do direito germanico.

O filho familias emancipado e o orpham supplementado, não podem alienar os seus bens de raiz; mas, si forem commerciantes, podem, no exercicio de sua profissão, onerar e alienar esses mesmos bens. Essa antinomia entre o direito civil e o commercial desaparece com o disposto no art. 9º do projecto.

Não é, porém, esta a sua principal justificativa. A inconsequencia, por assim dizer, organica, a ausencia de homogeneidade do proprio instituto é que exige a sua reforma. Os orphams emancipados por effeito do casamento com assentimento do juiz, são immittidos na posse de seus bens de raiz, podendo delles dispôr livremente aos 18 annos (ord. 188 § 27); os supplementados, porém, antes dos 21 annos completos não gozam desse direito, no que são equiparados aos que se casam sem auctorisação do juiz. O orpham emancipado pelo casamento não dispõe de seus immoveis antes dos dezoito ou vinte annos, como acabamos de ver, mas do filho familias diz a ord. 188 § 6 que os paes são obrigados a entregar-lhes todos os bens «porque, segundo o estylo de nosso reino, sempre que o filho é casado, é havido por emancipado e fóra do poder de seu pae.»

O filho demittido do patrio poder e, portanto, emancipado, si antes dos vinte e um annos perder o seu progenitor, recahirá sob a jurisdicção do juiz de orphans «que deve fazer o competente inventario e partilha sem

embargo da carta de emancipação. (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 205).

Bem se vê que semelhante instituto está desprovido da coordenação harmonica que caracteriza os productos sazoados da razão jurídica.

Por outro lado, essa preocupação pela propriedade immovel, em uma época em que existem riquezas avultadissimas, nas quaes não entra uma legua de terra ou um predio urbano, não tem a justificação que, em outros casos, facilmente se apresenta aos olhos do estudioso.

Todavia, o art. 9º do Projecto não é uma innovação introduzida arbitrariamente. Não sómente responde a necessidades sentidas na pratica diaria, como é uma evolução natural, organicamente realisada, de principios latentes ou expressos em nosso direito civil. Para proval-o, bastará lembrar que a idade de 18 annos foi a escolhida por nosso legislador em diversas épocas: 1º, para entregar ao orpham casado os seus bens immobiliarios; 2º, para ser concedida á mulher o supplemento de idade; 3º, para o filho familias poder exercer o commercio. A declaração de maioridade do Projecto, não fez mais do que acceitando essa mesma idade como poncto de partida, tornar o instituto da emancipação mais coherente comsigo mesmo, simplificando-o, desenvolvendo-o mais liberalmente, e dando-lhe uma feição mais consentanea com as exigencias da actualidade.

\*  
\* \*

Não vale a pena demorar-me sobre a alteração proposta para o art. 11. Diz o artigo: Si duas ou mais pes-

soas fallecerem na mesma occasião *sem que se saiba* qual dellas morreu primeiro, etc.

Houve um voto para a substituição desse artigo pelo art. 6º do Projecto Coelho Rodrigues, julgado mais correcto, apesar de ter sido redigido em vista exclusivamente do direito successorio, o que só por si deveria determinar a deslocação do dicto principio para a parte especial.

Mas, afinal venceu a opinião dos que acceitaram o artigo com a simples substituição das palavras — *sem que se saiba*, por estas outras — *sem que se possa provar*.

Direi sómente, sobre essa emenda, que o *conhecimento*, o *saber* é o resultado da *prova*, que é pura e simplesmente um meio de alcançar a certeza, isto é, o conhecimento exacto.

\*  
\* \*

Passo em silencio pelas alterações propostas para os arts. 16 e 19 por serem sómente de palavras. Guardo o mesmo silencio deante do que se disse em referencia ao art 20, porque a commissão resolveu-se a acceitar, *na integra*, o art. 20 do projecto primitivo «mais *prolixo*, porém mais claro.» Por motivo semelhante, devo calar as ponderações que poderia fazer em relação ao art. 24. Cabe melhor respondel-as aos illustres membros da commissão revisora.

Em relação ao art. 24 foram indicadas tres emendas, uma additiva e duas suppressivas.

A commissão da Faculdade Juridica Mineira quer que se accrescente, aos casos de extincção da personali-

dade jurídica da sociedade, mais o seguinte: « quando não puder realizar o fim para que foi organizada. »

Este caso, para merecer consignação á parte, deve não se confundir com o da insolvencia. Mas occorre, desde logo, perguntar quem é o juiz dessa impotencia da sociedade, que deve resultar da falta de meios ou da incapacidade administrativa dos socios? Parece que só estes mesmos podem sel-o, e, então, o caso apontado inclue-se na generalidade do primeiro numero do art. 26: « Quando a maioria dos socios tiver resolvido sua dissolução. »

Realmente não ha na hypothese mais do que um motivo para o socio pedir a dissolução da sociedade, razão porque a idéa apparece no art. 1.624 e não no art. 26.

As suppressões se referem ao n. 5 (decretação da dissolução pela auctoridade competente) e á ultima parte do n. 6 (reducção do numero dos socios a menos de tres).

A primeira suppressão final reduz-se a uma economia de palavras, porque a commissão mineira propõe que o art. 27 do projecto revisto seja substituido pelo art. 28 do projecto primitivo.

A segunda deixou-me uma certa perplexidade no espirito, pois não sei si houve intenção de fazer perdurar a sociedade apezar do desaparecimento de todos os socios, o que importa uma evidente *contraditio in adjecto*, apezar do que se possa allegar com apoio no direito romano; ou si de outra idéa era a emenda portadora.

Esta situação, de espirito me impede de adduzir quaesquer ponderações em favor do projecto, pois correria o risco de estar esgrimindo contra uma sombra. E,

como o pensamento dos meus sabios collegas se ha de naturalmente aclarar no decurso do exame do Projecto, não ha inconveniente em adiarmos a discussão deste ponto.

Ao terminar devo expressar meus sentimentos pessoais de reconhecimento por ter a commissão da Faculdade de Direito de Minas proposto o restabelecimento de alguns artigos do Projecto primitivo, mostrando assim não suffragar a opinião daquelles para quem, *nescio an audeam dicere*, a commissão revisora não emendou bastante por deficiencia de tempo ou por outra razão menos acceitavel.

---



## O PROJECTO DE CODIGO CIVIL

e o Sr. Dr. Coelho Rodrigues

---

A *Revista de Jurisprudencia* constituiu-se o escoadouro por onde se vão canalizando as hostilidades que o novo *Projecto do Código Civil Brasileiro* teve a desventura de suscitar. Mal se recolheu o Sr. Torres Netto, veio pressuroso occupar-lhe o logar o preclaro Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, cujas investidas são muito mais perigosas, porque a sua competencia em materia de direito civil está solidamente firmada em documentos valiosos. No futuro, quando os curiosos da historia do direito patrio procurarem estudar o conflicto que as idéas e, mais talvez do que ellas, os sentimentos, travaram em torno da tentativa de codificação realisada sob os auspicios do Governo do illustre Sr. Dr. Campos Salles, é na *Revista de Jurisprudencia* que hão de deparar o reducto das animosidades.

No artigo agora editado, proemio de uma serie que promete ser longa, ainda o estudo do *Projecto* não apparece, mas sim o lado pessoal, o aspecto anecdotico

que têm todas as produções do engenho humano, todos os acontecimentos da vida social. Não é de extranhar o tom em que foi redigido este artigo introductorio, pois é conhecida a irresistivel tendencia do douto jurisperito para polvilhar os assumptos de que se occupa, por mais abstractos que sejam, com esse condimento aneddotico que constitue o mais picante attractivo de seus escriptos, aliás apreciaveis por muitos outros titulos.

Não acompanharei o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES neste esmiuçar de *varias*, artiguetes ineditoriaes, visitas e conversas particulares. Os que leram as minhas *Observações ao Projecto de Codigo Civil* bem podem avaliar o constrangimento com que entro neste debate, tendo de enristar com um homem, cujos meritos de jurista alli enalteci e ainda aqui desassombradamente reconheço, de cujo *Projecto* muito aproveitei, segundo lisamente declarei, e a quem devo a distincção de referencias em excesso honrosas. Iria augmentar o meu constrangimento se me fosse enredar por esses meandros em que se compraz a veia sarcastica de meu douto censor.

Todavia, ha um facto não exposto claramente, mas que se deixa vislumbrar por entre as linhas, em relação ao qual sou forçado a quebrar o meu proposito. É o que se refere á minha escolha para a empreza, entre todas escabrosa, de preparar um projecto de codigo civil para o meu paiz, escabrosa não tanto peias difficuldades de elaboração, que são immensas, quanto pelas contrariedades que lhe fazem sequito. Destaco, porém, o que o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES insinua, sómente para dar-lhe tes-

temunho publico de meu reconhecimento, uma vez que o não pude dar de viva voz, por ignorar a parte que S. Ex. diz ter tido em minha nomeação, reconhecimento tanto mais rigorosamente devido quanto entre nós não existiam, a esse tempo, senão essas relações puramente intellectuaes que se estabelecem através da leitura de livros e outros escriptos, sem o conhecimento pessoal dos respectivos auctores.

Cumprido este dever, entrarei no capitulo das increpações. A mais forte é a de incorrecção de linguagem, de estylo arrevezado. Depois que o conselheiro RUY BARBOSA, com a alta capacidade que todos lhe reconhecem, affirmou em um artigo da *Imprensa* que me faltava a *sciencia da lingua, a vernaculidade, a casta correccão do escrever*, não ha quem se não julgue auctorizado a castigar-me, sem misericordia, pela profunda e invencivel ignorancia, que revelo, dos mysterios da linguagem.

O grande estylista e castiço escriptor das *Cartas de Inglaterra*, que soube arrancar do portuguez vibrações novas, de exquisito sabor e extraordinaria energia, cujo talento de expressão tem surtos geniaes que mais ressaltam ainda pela aprimorada correccão da phrase, podia sentenciar como juiz, e a mim não me restava mais do que esforçar-me por obter depois mais benigna sentença. Aliás muito benigno commigo foi o eminente escriptor, emittindo, sobre minhas aptidões, conceitos que me poderiam ensoberbecer, si eu não conhecesse melhor do que elle a pequenez de meu valor mental. Foi-o nesse mesmo artigo da *Imprensa* que vae servindo a outros de clava

para abater-me ; foi-o mais tarde apreciando a mensagem do illustre Presidente da Republica ; e o foi por fim, invocando a minha desauctorisada opinião em apoio da sua, em um parecer juridico que por ali corre impresso.

Mas os que não dispõem dos dotes que abrilhantam a individualidade literaria do conselheiro RUY BARBOSA, os que escrevem com tibieza igual á minha, os que, como eu, manejam desageitadamente a lingua de LATINO, e não tiveram tempo para se saturarem sufficientemente das rigidas normas formuladas pela ruvinhosa casta dos grammaticos, esses deviam ter para commigo, ao menos, as complacencias do colleguismo.

E não estariam em má companhia, podem crêr. MONTESQUIEU não primava por sua submissão aos preceitos do vernaculismo e sómente a supereminencia de seu espirito o desculpava desse defeito aos olhos sagazes de VOLTAIRE.

LAMARTINE, ALENCAR e EÇA DE QUEIROZ foram accusados, pelos Aristharchos do tempo, de se terem mais de uma vez desviado do formalismo grammatical. Identica censura fizeram a THEOPHILO BRAGA e não sei a mais quantos distinctos homens de letras.

E, si merece excusa uma ignorancia que não recal-citra, quando a desvelam, lembrarei, como attenuante em meu proveito, que não é extraordinario claudicar-se não escrever a forte e harmoniosa lingua que nos herdaram os portuguezes, quando se vê que o proprio CAMILLO, « cujo exemplo faz canon em assumptos de linguagem », no dizer de MANOEL DE MELLO, foi certa vez criticado

por ignorancias linguisticas; <sup>1</sup> quando a erudita Academia de Lisboa anda em apuros para uniformisar a tão vacillante orthographia portugueza, e ainda não sabe se deva mandar escrever *mulher* ou *molher*, á moda antiga; quando o proprio nome de nossa patria—Brazil—offerece delicioso pabulo ás sapientissimas discussões dos orthographistas; quando os lexicons são tão mal reputados. A crermos no que dizem os entendidos, ROQUETTE dormita a miudo, DOMINGOS VIEIRA foi deturpado pela intervenção de extranhos, LACERDA e MORAES não apresentam a necessaria exacção nos termos. AULETTE dá cincadas, e assim os mais.

Do proprio ANTONIO VIEIRA, o indefectivel, diz-nos LATINO COELHO que enriqueceu a lingua de palavras e modismos que JOÃO DE BARROS houvera taxado de contrarios á vernaculidade, como elle a entendia e praticava.

Bem se vê que não necessitamos de pedir consolo ao cruel diagnostico que contra o grammaticalismo proferiu POMPEYO GENER, <sup>2</sup> com quem não parece estar longe de concordar o excelso JHERING, <sup>3</sup> um admiravel mestre da palavra escripta, este ultimo. Estamos em boa sombra.

Felizmente, os peccados que agora se me attribuem

<sup>1</sup> *Bohemia do espirito*, Porto, 1886, pag. 330.

<sup>2</sup> *Litteraturas malsanas*, Madrid, 1894, C. I. Começa o citado capitulo por estas palavras: Existe entre los literatos españoles un estado de miopia intelectual muy grave, y es el que consiste en no ver en las obras más que el language. Tal es el que podremos llamar *Gramaticalismo*.

<sup>3</sup> *Espiritu del derecho romano*, III. n. 45, pag. 147.

talvez o não sejam, em um livro de doutrina, como é o *Direito da familia*, onde os foi restolhar o illustre censor.

1º A primeira expressão que recebe a nota de incorrecção não comprehendo como tivesse jamais sahido da minha penna:—*vedação prohibitiva*. Reli o capitulo do *Direito da familia* referente a impedimentos, e lá encontrei a palavra *prohibitiva* ligada a *vedação* em relação attributiva. Não me accusa, porém, a consciencia desse pleonasmão escusado e feio, só imaginavel para substituir-se a expressão classica — *impedimento impediente*.

2º *Eurhythmia do direito*. Esta expressão, tomada por empréstimo á architectura, para indicar a harmonia do conjuncto, o feliz accôrdo das proporções de uma construcção, é hoje corriqueira em livros que andam pelas mãos dos estudantes de logica e de philosophia do direito, como se póde ver em COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, pag. 135 da ed. Barbera.

3º *Italiota* é palavra que ANTONIO ENNES não achou indigna de sua penna elegante, acostumada a meneiar com mestria a lingua de seus avós,<sup>1</sup> e cujo emprego ADOLPHO COELHO auctorisa (*A lingua portugueza*, Porto, s. d., pag. 54).

4º *Tronco ancestral*. A palavra *ancestral* foi empregada por CAMILLO, um purista que de si mesmo dizia ser «um formalista, um grammatico com pruridos de rhetorico.»<sup>2</sup> Não tem, pois, procedencia o reparo.

<sup>1</sup> Ver *Historia Universal* de Cesar Cantu, reformada e accrescentada por A. Ennes, vol. II, pags. 534, 536, etc.

<sup>2</sup> Ver *Bohemia do espirito*, ed. cit., pag. 216.

5º *Consociar-se* é casar-se, pela ineluctavel razão de que consorcio é casamento, segundo a lição dos dictionarios mais vulgares. E, se dizemos *divorciar-se*, para significar que se rompe a união conjugal, não é demais dizer *consociar-se*, para significar que essa união se firma.

6º *Pojar*, *dissimil*, *teleologia*, *maquia* são termos correntes nos lexicons, como acabo de verificar no AULETTE e no *Vocabulario* de ALVARES MARQUES.

7º *Dotalicio*, como substantivo, está em LOUREIRO, no conhecidíssimo LOUREIRO (*Direito Civil*, § 173) e no *Diccionario etymologico* de ADOLPHO COELHO.

8º *Morbose e cenogenese* não são palavras extranhas a quem haja compulsado livros de biologia.

9º *Licença*, por dispensa de impedimento, empreguei, que me recorde, uma vez pelo modo seguinte (*Direito da familia*, pag. 71): « Não podem contrahir casamento entre si os parentes em segundo gráu civil da linha collateral; os que se acham no terceiro gráu podem obter *licença*. » Referia-me ao codigo civil portuguez, onde estava com todas as letras a palavra *dispensa*. Si no meu resumo a substitui por *licença*, foi porque esta segunda palavra significa—*permissão concedida a alguém para fazer alguma cousa*, e não me capacitei de que a dispensa do impedimento fosse cousa diversa da *permissão concedida* ao impedido para que pudesse casar.

10º *Flexionar*—posso asseverar que não é neologismo de minha criação. Na *Grammatica* dos Srs. PACHECO JUNIOR e LAMEIRA de ANDRADE (ed. de 1887, p. 143)

poderá ser encontrado esse verbo em sua fôrma nominal de participio. Os livros de HOVELACQUE (*La linguistique*), LEFÈVRE (*Études de linguistique et de philologie*), ZABOROWSKI (*L'origine du langage*) e SCHLEICHER (*Deutsche Sprache*) vulgarisaram entre nós a applicação do incriminado vocabulo.

11º *Remaridar-se* está no *Codigo philippino*. CALDAS AULETTE e até o pequeno Diccionario do Povo trazem o verbo *maridar*, que tambem se encontra em LAMEIRA DE ANDRADE, cit. pag. 308.

12º *Idionomia* é uma palavra derivada do grego, que significa aquillo que é governado por leis particulares ou por suas leis proprias. Meu crime, neste caso, foi simplesmente o de trasladal-a do grego para o portuguez, com o mesmo direito com que outros transportaram *idiopathia*, *idiosyncrasia*, *idiolatria*, etc. Aliás, não estou certo de ter sido o primeiro a usar do termo em portuguez. Bem natural é que a necessidade que senti delle para entrar uma idéa inexprimivel por outro modo, fosse sentida e satisfeita por outro escriptor muito antes de mim.

13º «A primeira palavra do art. 6º da lei preliminar—*salvo*, em vez de ser reduzida á fôrma feminina para concordar com *disposição*, como cumpria e foi feito pela Commissão (ha engano nesta affirmação), foi substituida pela dicção *salvante*, naturalmente porque o revisor confundiu um adverbio (?) com um adjectivo.» Isto diz o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES.

Respondo-lhe, dizendo que me soou mal a redacção do alludido artigo—*Salvo a disposição do artigo antece-*

dente, e substituí a palavra *salvo* por sua equivalente—*salvante*. AFFONSO CELSO, em seu recente livro—*Porque me ufano de meu paiz*, pag. 6, escreve: «Pará, Goyaz, Matto Grosso, ultrapassam qualquer nação européa, *salvante* a Russia.»

Os pretendidos defeitos de que agora me accusa o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES foram collidos em um livro a que S. Ex. dispensou elogios de subido valor para mim. O livro traz a data de 1896 e não foi parte para que S. Ex. não recommendasse o meu nome ao Sr. Dr. Epitacio Pessoa, meu collega de congregação, quando este cogitava de obter um projecto deCodigo Civil.

Sómente hoje, depois de verificar que o meu *Projecto*, embora tomando o seu por base, abeberou em outras fontes, é que S. Ex. repara em meu estylo arrevezado e improprio para traduzir a lucidez dos preceitos legaes. Si esse estylo podia marear a transparencia dos dispositivos do codigo, si as minhas incorrecções de linguagem ameaçavam comprometter a factura desse corpo de leis, não andou bem S. Ex. apresentando ao Governo o meu nome, nem merece escusa o seu tardio arrependimento agora revelado.

Esses defeitos não existiriam si eu me tivesse limitado a executar o plano que indicara a Comissão Especial do Senado em 1893. Mas S. Ex. nem sequer me revelou que eram esses os seus desejos, ninguem m'os fez conhecidos em seu nome; como queria que os adivinhasse e porque se irrita contra mim por não os ter realisado?

Collocando-me na attitude em que me colloquei, tudo quanto extrahi de seu projecto importa homenagem

prestada a seu merito. E pôde crer o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES que, affirmando eu em minhas *Observações* que o seu projecto fôra mais feliz na escolha de seus guias e revelava melhor conhecimento da legislação comparada e da doutrina do que o do Dr. FELICIO DOS SANTOS, e declarando mais que me tinha elle fornecido copiosos elementos para a construcção do meu, quiz dar testemunho de que não estava de accôrdo com o julgamento da Commissão Revisora, que o condemnara. Em consciencia não me sentia obrigado a mais.

Passemos a outro ponto.

## II

Affirma o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES que um impenetravel mysterio envolveu meu trabalho sobre o Código Civil, ficando por isso ignorados os pareceres dos juriconsultos primeiro ouvidos sobre elle.

Tal mysterio não houve. Como simples funcionario publico fui chamado a preparar um projecto de código civil e procurei cumprir o meu dever como as minhas forças o permittiam.

Publicado o *Projecto*, antes mesmo de soffrer a ultima revisão typographica, foi remettido a S. Ex., pedindo-se-lhe que sobre elle expuzesse a sua valiosa opinião. Por esse mesmo tempo, ou logo depois, foram os exemplares impressos distribuidos por alguns cultores das letras juridicas, para que apresentassem pareceres. Mas, vingando a idéa de que esses juriconsultos se con-

stituissem em Comissão Revisora, sómente o Dr. DUARTE DE AZEVEDO, que allegou motivos para não vir tomar parte nos trabalhos da Comissão, teve occasião de se manifestar em documento escripto. Eis por que o illustre Ministro da Justiça sómente se referiu a um parecer.

Creio que não poderia haver razão mais forte.

O venerando presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. AQUINO e CASTRO tinha já redigido o seu parecer, quando começaram os trabalhos de revisão. Leu-o perante os seus collegas na primeira sessão, entregando-o para ser inserto na acta, onde ficou valendo como uma vista geral, de conjuncto, sobre o *Projecto* que ia ser revisto. Nesse parecer, o meritissimo magistrado externa-se pelo modo seguinte: «Sem demorar-me no exame das questões de ordem, methodo ou systema, classificação ou divisão de materias, e outras que tanto teem preocupado a attenção dos juriconsultos, *estando de accôrdo, em grande parte, com os pontos capitaes do Projecto*, submettido a exame da Comissão, e porque se conforma, em geral, com os que serviram de base aos trabalhos da Comissão de que fiz parte em 1889... *declaro desde já que approvo o novo Projecto, para que possa ser com brevidade levado á apreciação do Corpo Legislativo.*»<sup>1</sup>

Até o momento em que sahi do Rio, nenhum outro parecer havia sobre o *Projecto*, posso asseverar sem o mais leve receio de contestação.

<sup>1</sup> Nota add. (1905): O citado parecer está hoje publicado nas *Actas* dos trabalhos da Comissão revisora, encontrando-se, á pag. 13 *in fine*, as palavras citadas no texto.

Quanto ao do Dr. DUARTE DE AZEVEDO, se é certo que contém as phrases citadas pelo Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, é em synthese muito favoravel.

Fujo, por systema, de referir os elogios que me fazem. Mas, como as transcripções do Sr. Dr. Coelho Rodrigues podem crear, no espirito de seus leitores, uma idéa falsa sobre o parecer do illustre jurisconsulto paulista, sou coagido a quebrar, por um momento, esta linha de conducta, pois não é a minha pessoa, não são os meus interesses que estão em jogo.

Logo em começo diz o Dr. DUARTE DE AZEVEDO : « Abstenho-me de fazer o exame systematico do *trabalho importante*, que tenho á vista, aliás *longamente justificado* na exposição de motivos do auctor, *brilhante peça de sciencia e de litteratura juridica.* »

Adeante accrescenta: « Se neste ponto *foi feliz a orientação* do auctor do *projecto* de codigo civil, *mesmo geralmente quanto ás suppressões introduzidas*, sinto não dizer o mesmo sobre a disposição das materias na parte especial. » Queria o erudito jurista que a ordem das materias fosse :—*Direito das cousas, das obrigações, da familia e das successões.*

Diz mais, á pag. 4: « *O projecto* faz, quanto á incapacidade do exercicio dos direitos, innovações ao systema actual, reconhecendo a capacidade de os exercer nos prodigos e fallidos; eguala os dous sexos, quanto á idade de quatorze annos exigida para o exercicio pessoal, posto que limitado, da capacidade de direito; e extingue o beneficio da restituição, velharia da qual SERAFINI dizia

que é das que menos merecem ser conservadas. *Nada tenho que oppôr a essas modificações do actual direito.*»

Á pag. 6, o commentario se faz por estes termos: «Estas modificações feitas ao direito existente, aliás deducções dos principios já adoptados sobre os effeitos do casamento e direitos de deveres dos conjuges, parecem-me *dignas de applausos.*»

Á pag. 8, destaca-se a seguinte observação: «*É espirito loucavel do projecto* levantar nesta e em outras instituições a condição civil da mulher.»

Á pag. 10, lê-se: «O *projecto* não exige a boa fé como requisito da usucapião trintennaria. *Penso que procedeu bem*; essa exigencia estava em contradicção com a prescripção da reivindicação, para cuja excepção não se requeria a boa fé do prescribente.»

Á pag. 11: «A disposição do art. 740 serve de *solução a questões forenses muito debatidas.*» E mais: «As disposições do *projecto* sobre o direito natural *parecem-me perfeitamente formuladas e considero-as das mais bem meditadas.*»<sup>1</sup>

Finalmente, ao concluir (pag. 18): «Termino aqui as annotações ao *projecto* do Dr. Clovis Bevilaqua, *obra de grande merecimento.*»

Já vêem os leitores que não é absolutamente, como fez crer o meu censor, uma opinião desvantajosa para

<sup>1</sup> Estas lisonjeiras expressões do abalisado jurista brasileiro encontraram confirmação da parte da redacção do *Droit d'auteur*, du 15 Juillet, 1900. Mas ainda não é tempo de me referir ao juizo dos juristas estrangeiros.

mim essa que por tantas vezes afaga o *projecto* com os mais explicitos encomios.

Quanto ás censuras em referencia á redacção, algumas, pelo menos, são de todo o ponto infundadas. A que é feita ao art. 12 do *Projecto*, e que o Sr. Coelho Rodrigues transcreve com tanto gaudio, deve ser incluída no numero das nimamente rigorosas: «Os nascimentos, casamentos e obitos, diz o artigo, devem ser registrados em livros destinados para esse fim, os quaes devem ser abertos, numerados, rubricados e encerrados pela auctoridade judiciaria competente.»

Pergunto aos homens de letras : onde está a grave incorrecção de linguagem que auctorisasse aquella objurgatoria: «Tenho acanhamento em fazer, neste lugar, observação de que a linguagem do codigo é muita vez defeituosa, mesmo sob o aspecto da vernaculidade?»

O Dr. DUARTE DE AZEVEDO assignala as palavras—*destinados para esse fim, os quaes devem ser*—que lhe parecem inuteis. Não sei se o artigo se tornaria mais elegante pelo simples effeito da suppressão aconselhada. Digam-n'o os que quizerem lêr fazendo a amputação da phrase julgada excrescente. Mas, evidentemente, a offensa irrogada pelo artigo á pureza da linguagem não foi tão cruel quanto faz suppôr a vehemencia da increpação.

As outras arguições por defeitos de linguagem, reaes ou suppostos, não me parece que devam ser melhor fonte de regosijo para quem como o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, tem nelles parte muito directa.

Realmente, do art. 614 diz o Dr. DUARTE DE AZEVEDO que houve máo emprego da palavra *consignação*. Não me parece; porém, seja como fôr, a verdade é que o artigo citado reproduz textualmente o art. 1.390 do *projecto Coelho Rodrigues*. A expressão *juizo das preferencias*, que se encontra no art. 615 do meu *projecto*, soou mal aos ouvidos do Dr. DUARTE DE AZEVEDO; porém deve soar bem aos do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, porque aquelle artigo é cópia do art. 1.391 do seu *projecto*.

O art. 667, accusado de defeituoso sob o ponto de vista de redacção, reproduz, na parte censurada, o art. 1.715 do *projecto* do meu illustre antecessor, que ha de forçosamente convir que fomos attingidos pelo mesmo golpe. E, irmanados na censura, não deve nenhum de nós atirar sobre os hombros do outro a carga que já não é leve para ambos.

Em artigos futuros analysará o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES a exposição do illustrado Sr. Dr. EPITACIO PESSOA, cuja acção, relativamente ao magno problema da codificação do direito civil patrio, procura obscurecer, denegando-lhe a iniciativa e fazendo suspeitar não sei que impulsos de ambição destoantes das boas normas.

Esses remoqueos, claramente injustos, são absolutamente inefficazes, porque está bem nitidamente gravado na consciencia de todos que a direcção dada aos Negócios do Interior e Justiça no periodo presidencial fluente, ha sido extraordinariamente fecunda, pondo em destaque uma individualidade superiormente dotada pelo talento e pelo character.

Si, afinal, obtivermos, neste periodo de preparo da codificação do nosso direito civil, a gloria de ter conseguido satisfazer tam ardente aspiração nacional, essa gloria reflectir-se-á directamente sobre o prestigioso Chefe do Governo, porque elle é que concentra em suas mãos o Poder Executivo; sobre seu digno auxiliar, que não se poupou a esforços emquanto não viu ultimados os trabalhos que podiam ser realisados pelo Governo, e sobre o Congresso, que se poz ao lado do chefe da Nação, para que esta se pudesse desprender dos vinculos oppressores de uma legislação carunchosa e manifestamente em des-harmonia com as aspirações da sociedade hodierna.

Analysará tambem o Sr. Dr. Coelho Rodrigues o meu *Projecto*, adeantando, desde já, que o que elle tem de melhor é das fontes ou da Commissão.

Quanto ao meu *Projecto* propriamente dito, não o apresentei como producção original, nem me parece que uma obra dessa categoria seja adequada para exhibições de originalidade. O meu intuito, como o de outros em circumstancia analoga, foi apanhar a expressão do direito civil no momento actual, segundo ella se reflectia na consciencia dos juristas; e era nos livros de doutrina e nos codigos que eu podia encontrar os traços, as modalidades, a energia e a orientação dessa consciencia. E, pois que o direito, como todas as grandes creações da humanidade, sobre uma larga base universal abre espaço para as incrustações de particularismo ethnico ou nacional, foi tambem ambição minha fazer com que em meu *Projecto* se pudesse expandir a feição peculiar daquellas dentre as

nossas tradições jurídicas que merecessem ser conservadas.

É, portanto, das fontes o que se encontra de *bom* em meu *projecto*, como é também das fontes o que houver de *ruim*, póde crêr. O que ha de meu é o espirito dominante, o pensamento director, o que se poderia chamar a alma, o elemento vivificador do systema. Esse mesmo espirito, entretanto, é uma formação lentamente preparada pelo estudo, pela reflexão, pela educação jurídica, isto é, pelo que tenho podido assimilar das *fontes*, que jorram abundantes e crystallinas dos livros dos mestres.

Recife, 2 de abril de 1901.

### III

Acabo de lêr o segundo artigo do Dr. COELHO RODRIGUES acerca do projecto de Código Civil, que vae ser discutido na sessão legislativa deste anno. Concluida a leitura, procurei fazer a analyse das minhas impressões; mas nos primeiros momentos, foi-me impossivel conseguil-o.

Como si fosse a nota fundamental de um hymno de guerra ouvido á distancia, nota em torno da qual todas as outras se amortecem em um murmurio submisso e confuso, para que sómente ella estale, resôe e domine, vibra em todas as phrases desse escripto um tão forte sentimento do proprio valor, da propria superioridade incontestada aliás, que todas as minhas outras impressões foram

naturalmente recalçadas, para que eu pudesse vêr, em lucido relevo, a intrepida individualidade do distincto jurisperito.

S. S. gosta da lucta, e quanto mais difficil parecer a victoria, melhor, porque terá occasião para desenvolver toda a pujança das faculdades de que é dotado.

Com que garbo genuinamente romano, deixa cahir a larga dobra da toga, para declarar guerra ao illustre Sr. Ministro da Justiça, reproduzindo o gesto e a phrase de QUINTO FABIO deante dos carthaginezes!

Por parte de S. S. certamente a campanha ha de ser tão valentemente pelejada como a que se seguiu ao celebre dicto do romano, e da qual diz LIVIO ter sido *maxime memorabile omnium*, e sómente não será tam brilhante o seu triumpho porque David, com quem S. S. se compara, não terá deante de si a estatura avantajada de Golias, para alvo dos certos projectis que a sua funda arremessa.

Emquanto, porém, S. S. vae se aprestando para a grande batalha que nos annuncia, seja-me licito acompanhal-o de longe, fazendo ligeiras observações aos seus assertos.

É verdade que desta vez não é a mim que se dirige immediatamente as exprobações do Dr. Coelho Rodrigues; mas de envolta com as que visam o illustre Ministro da Justiça, esfusiam mordacidades destinadas a amesquinhar o meu trabalho, o meu estylo e a minha redacção.

Exerço, pois, um direito, que é ao mesmo tempo um dever, oppondo defesa ás accusações que vêm de ricochete, como ás que vieram e hão de vir directamente. E para não separar no meu artigo o que no seu vem conjugado, tomarei em consideração tanto as descabidas censuras irrogadas á *Exposição* do esclarecido e infatigavel moço que com tanto acerto dirige os Negocios do Interior e Justiça, quanto o que particularmente me diz respeito.

Não falemos mais das pretendidas correcções grammaticaes. Na questão do *salvante*, S. S. provou á saciedade que anda um tanto esquecido do seu SOARES BARBOSA.

Dizendo agora que está errada a phrase da *Exposição* do Sr. Ministro da Justiça—*os interesses que collidem*—veio confirmar o juizo que os entendidos já haviam formado. <sup>1</sup>

Não falemos tambem do incommodo que lhe causam os mais modestos atavios rhetoricos, ainda quando exigidos pela solemnidade excepcional do momento.

Si todos e em todas as occasiões escrevessem do mesmo modo frio e incolor, não haveria a conhecida variedade de estylos accommodada á correspondente variedade de assumptos, e não existiriam esses grandes artistas da palavra que se chamam VIEIRA, MOMMSEN, RENAN ou por outros appellidos igualmente gloriosos.

<sup>1</sup> Refiro-me especialmente ao artigo publicado no *Jornal do Recife* de 28 de abril ultimo, pelo Dr. OLIVEIRA FONSECA, um dos mais abalisados conhecedores da lingua portugueza e do nosso direito.

A essas nugas só se apega aquelle que não encontra presa de maior vulto. Ponho-as, por isso, de lado, para que fiquem fazendo companhia a algumas contradicções palpaveis <sup>1</sup> e a certa phrase minha que seria uma extravagancia se tivesse a intelligencia que S. S. lhe dá. <sup>2</sup>

O artigo a que vou fazendo estes reparos, além de uma parte exclusivamente critica, encerra outra a que talvez o seu auctor dê maior importancia do que á primeira. Nella se esforça o illustrado articulante por crear uma inconcebivel opposição de intuitos entre o preclaro Sr. Dr. CAMPOS SALLES e o seu operoso Ministro, como si o cargo de Ministro não fosse de inteira confiança e como si o nobre Sr. Presidente da Republica ignorasse o principio que diz: *qui per alium facit, per se fecisse videtur.*

Mas as mensagens presidenciaes, na parte em que se referem ao codigo civil, especialmente a ultima, inutilisaram a bateria que estava sendo tão laboriosamente preparada.

Tomemos, pois, outra direcção, que desse lado nada ha mais que fazer.

Entende o Dr. COELHO RODRIGUES que a *Exposição* do Dr. EPITACIO PESSOA deslisou da verdade historica, affirmando que o codigo civil da Hollanda é de 1838 e

<sup>1</sup> O Dr. COELHO RODRIGUES, por exemplo, acha que a revisão do ultimo projecto foi muito demorada e ao mesmo tempo insinua que os revisores não tiveram ensanchas para corrigil-o bastante.

<sup>2</sup> Refere-se a citada phrase á exegese, ao commentario das leis, e o dr. Coelho Rodrigues apresenta-a como destinada a indicar a funcção dos codigos.

que o de Zurich é trabalho de um dos mais notaveis juristas de nosso tempo, o inclito GASPAR BLUNTSCHLI.

Consideremos, em primeiro logar, o caso do codigo civil hollandez.

O que o Sr. Ministro da Justiça queria salientar era o facto de já terem os povos cultos, em sua grande maioria, podido codificar a sua legislação civil, e, portanto, pouca importancia lhe era licito ligar, no momento, ao rigor historico das datas. Fosse o codigo civil hollandez de 1838 ou de 1829, como pretende o Dr. COELHO RODRIGUES, era de todo indifferente para a argumentação que a *Exposição* ia desenvolvendo.

O essencial era que a Hollanda tivesse um codigo civil; a data, na hypothese sujeita, era uma circumstancia accessoria que poderia ter sido omittida, sem inconveniente algum.

A arguição é, portanto, inteiramente despida de valor.

Entretanto, não é esse o seu principal defeito. O que é mais grave é que S. S., sob color de emendar, commettesse o erro que julgou descobrir.

Tenho aqui sobre a minha mesa o codigo civil dos Paizes Baixos, e a data que traz é a de 1838. Como pôde ter havido um erro de imprensa nesta edição, recorro a outras fontes. Abro o SAINT JOSEPH<sup>1</sup> e leio na parte relativa ao ponto duvidoso: *Dans la première édition, ce*

<sup>1</sup> *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoléon, 1852, vol. II.*

code, qui est exécutoire DEPUIS 1838, était compris dans les tableaux. Abro o AMIAUD <sup>1</sup> e leio : *Le code Napoléon*, introduit dans les Pays-Bas, en 1811, y est resté en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1838, époque à laquelle un décret royal substitua aux divers codes français la législation neerlandaise actuelle composée d'un code civil, d'un code de commerce, etc. Abro o PLANIOL <sup>2</sup> e leio : *Le code civil neerlandais, entrepris dès 1814 n'a pu être terminé qu'en 1837 et mis en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1838.*

Não era preciso levar mais longe as minhas investigações. <sup>3</sup> O Sr. Dr. EPITACIO PESSOA não se enganara ao assignalar a data da promulgação do código civil neerlandez; o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES é que fôra precipitado no formular a sua accusação, confiando de mais na sua memoria.

Não procedeu mais cautelosamente no que respeita ao código civil de Zurich. A *Exposição* do Dr. Epitacio Pessoa dissera : « Na Suissa surgem os códigos civis de diversos cantões, alguns delles modelos estimados como o de Zurich, obra de BLUNTSCHLI, que se tornou a fonte dos códigos helveticos do grupo germanico. Dos cantões subiu o movimento até á Federação, que promulgou o Código das obrigações em 1881, e, para mais tarde, prepara o

<sup>1</sup> *Législations civiles de l'Europe et de l'Amérique, 1884, p. 120.*

<sup>2</sup> *Traité de droit civil, 1900, vol. I, p. 49.*

<sup>3</sup> Direi, todavia, que TRYPPELS (*Les codes neerlandais, 1886*, p. VI e VII da introdução) explica-nos que as leis neerlandezas, codificadas em virtude da lei de 15 de maio de 1829 por causa da revolução belga de 1830, sómente a 1 de outubro de 1838 entraram em vigor, e com ellas o código civil. Dahi a confusão em que se deixou envolver o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES.

projecto do Codigo Civil suiso, destinado a substituir as legislações cantonaes ».

Aquella data de 1881 está indicando, parece-me claro, que o codigo de BLUNTSCHLI foi publicado anteriormente. Mas, a meu vêr, poderia o illustrado Ministro referir-se ao actual codigo civil de Zurich, designando-o pelo nome daquelle insigne jurista, sem que se o pudesse accusar, com justiça, de ter affirmado uma inverdade.

Na *Advertencia* da edição franceza do alludido codigo, diz LEHR: « *M. le professeur Schneider s'est appliqué à conserver INTACTES DANS LA FORME COMME DANS LE FOND toutes les dispositions de Bluntschli encore compatibles avec la législation fédérale et cantonale postérieure* ». E o proprio SCHNEIDER não affirma cousa differente, como se pôde ver das palavras seguintes: « As alterações que a commissão ainda emprehenden nem são muito numerosas, nem de grande alcance » <sup>1</sup> querendo com isto significar que a sua tarefa não tinha ido muito além da simples adaptação do codigo de BLUNTSCHLI á legislação federal e á cantonal posteriores. E na sciencia é sempre pelo nome de BLUNTSCHLI que se determina a auctoria do codigo em questão.

Não são mais procedentes as censuras do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, quando se refere á historia da tentativa de codificação do direito civil patrio. O primeiro reparo, bem se conhece que é um simples prefacio, cujo intuito é conduzir o espirito do leitor a accusação de maior monta, pois é inconcebivel que só por si viesse á

<sup>1</sup> *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich, 1888, p. 19 (Vorwort)*.

baila esta insignificancia : a *Exposição* deixou de accentuar que na commissão de 1889, além de um presidente de direito e outro *de facto*, havia um terceiro *effectivo*.

A omissão que lhe causou magoa foi a do seu laureado nome.

Devemos attribuil-a a um lapso do copista que passou a limpo o manuscripto do Dr. EPITACIO PESSOA.

Este não podia ter o proposito de calar o nome do Dr. COELHO RODRIGUES, porque semelhante tacanhice é incompativel com a nobreza de seu espirito, e porque um pouco antes e um pouco depois da parte em que a *Exposição* se refere á commissão de 1889 briham nella as lettras desse mesmo nome que se suppõe intencionalmente eliminado.

Tranquillise-se o preclaro jurista. O seu nome está insolovelmente associado ao laborioso preparo da codificação do direito civil brazileiro, porque foi S. S. um dos juristas que com maior tenacidade e proveito se afervoraram para que fosse coroada de exito essa empreza em que já tam prolongados esforços se têm consumido.

Ninguem nega os seus meritos, que são reaes, nem os seus serviços, que são valiosos. A prevenção conturba a lucidez da visão. Foi ella que lhe fez ver senões na *Exposição* do illustre Dr. Epitacio Pessoa, *Exposição* que S. S. mesmo qualificou de brilhante.

#### IV

Parece ao Sr. Dr. COELHO RODRIGUES que não era licito ao Governo invocar a resolução do Senado Federal,

que manda effectuar a revisão do seu projecto, para « á sua sombra encommendar uma *rhapsodia*, que outra cousa não se podia fazer em seis mezes». Não creio que esteja de seu lado a razão, ainda neste caso.

Quem se quizesse fazer interprete fiel e continuador auctorisado da corrente do pensamento nacional que vem, de longo tempo, accumulando materiaes para a solução do grave problema da codificação do direito civil, necessitaria remontar ao poncto inicial desse movimento e vir atravez da successão varia dos factos, ligando os élos partidos da cadêa formada pelas diversas tentativas, até encontrar a sua manifestação ultima, para receber desse movimento historico a fórma mental que elle representa, e manter, da orientação nelle impressa, tudo quanto não fosse contrario ás novas aspirações do povo ou ás fórmas aperfeiçoadas da concepção juridica hodierna. Ora, a ultima tentativa de codificação havia terminado na resolução do Senado, que mandava confiar a um jurisconsulto ou a uma commissão de jurisconsultos, a revisão do projecto do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES; conseguintemente, era nesse ponto que o codificador de hoje devia apanhar o movimento que se propunha continuar, para que se não rompesse o élo da tradição. Tal procedimento era imposto pelas circumstancias e aconselhado pela experiencia. Adoptando-o, traduzia tão bem o Governo o sentimento geral, que de todos os pontos do paiz se elevaram espontaneos applausos.

O mesmo Sr. Dr. Coelho Rodrigues approvou a deliberação tomada pelo Governo de realisar o pensamento do Senado, fazendo apenas uma restricção mental, vejo

eu agora. O Senado manifestou desejos de que se aproveitasse o trabalho do illustre brasileiro para base do Codigo Civil. O Governo, apossando-se dessa idéa, que estava no ar, e que lhe parecia feliz, deu-lhe maior largueza e tomou a peito traduzil-a em factos. Não sei como se pôde asseverar que não lhe era licito fazel-o.

Mas, objecta o Dr. COELHO RODRIGUES, o projecto é trabalho meu, sobre o qual tenho direito de propriedade litteraria, « e não admittirei que *bulam nelle* ».

S. S. tem bastante talento para provar perante os tribunaes, como promette, a firmeza deste seu direito de propriedade, e eu espero que se dissipem então as duvidas que hoje envolvem o meu espirito. Não sei como S. S. poderá conciliar essa allegada propriedade exclusiva com a obrigação, que diz ter o Governo, de pagar-lhe o premio assegurado pelo seu contracto. A mim me parece que ou tem S. S. plena propriedade do projecto e, nesta hypothese, nada lhe deve o Governo, ou este lhe é devedor do premio e S. S. não pôde affirmar que tem sobre o projecto plena propriedade. Apresentar-se como possuidor desses dous direitos ao mesmo tempo, afigura-se-me excessivo.

Tambem é convicção minha que um producto da intelligencia, desde que toma o character de projecto de lei e é acceito pelo corpo legislativo, como objecto de suas deliberações, entra para o dominio de todos, e o Deputado ou Senador que o concebeu e preparou perde o direito exclusivo que antes sobre elle tinha.

Sem isso, nem os projectos poderiam ser livremente emendados, nem seria possível aproveitá-los em legisla-

turas ulteriores, das quaes não fizessem mais parte os seus auctores, por mais vantajosas que fossem as idéas nelles expressas.

E S. S. deu esse consentimento dispensavel, que agora retira. Queria, sim, que se fizesse apenas uma revisão sob a sua immediata fiscalisação. Mas nem tal condição estava na resolução do Senado, que o Governo emprehendeu realisar, nem podia ser objecto de convenção entre este e o illustrado jurisconsulto, de cujo projecto cogitava aquella resolução.

Melhor, então, seria entregar francamente a revisão a S. S., do que procurar um rodeio sem vantagem.

Quanto á parte de responsabilidade que me toca, por me haver utilizado de seu *projecto* no preparo da *rhapsodia* que apresentei ao Governo, dir-lhe-ei que, se não vallessem as razões que acabam de ser dadas e se não tivesse, além disso, motivos para acreditar que S. S. desejava que o novo projecto accedesse o seu por base, conhecia precedentes que acalmariam os sobresaltos da consciencia mais escrupulosa.

Quando na Italia se tractou de organizar o actual código civil, não tiveram escrupulos os juristas incumbidos dessa tarefa de traduzir litteralmente o código civil francez, que era lei de um povo extranho, sempre que lhes pareceu que, naquelle celebre monumento legislativo, havia o direito privado recebido a sua expressão mais adequada.

E as vezes que assim pensaram foram em tão grande numero, que o código civil italiano, apesar de algumas

disposições originaes de alto valor, como a do art. 3.<sup>o</sup>, por exemplo, é considerado uma traducção que uma vez por outra corrige e completa o original, mas, em todo caso, traducção.

O mesmo se pôde dizer do boliviano, do rumaico, até certo ponto do hespanhol e mesmo do hollandez, que, apezar de mais chegado ao elemento germanico, nos deixa claramente vêr que os seus redactores tiveram deante dos olhos o modelo francez.

Sobre este assumpto escreve GLASSON <sup>1</sup>: «A Hollanda e a Italia possuem codigos feitos a imagem do nosso; sómente deve notar-se que os hollandezes supprimiram a maior parte das disposições da nossa lei, quando derivadas do direito romano, para se conservarem fieis ás tradições germanicas, e os italianos tiveram cuidado de afastar do seu codigo quasi tudo que entre nós procede do direito germanico, para substituirem por leis conformes, pelo menos em seu espirito, ao direito romano.»

O codigo civil argentino é uma simplificação do *Esboço* do nosso grande TEIXEIRA DE FREITAS, mas com transcripções mais ou menos litteraes de capitulos inteiros.

O do Uruguay, depois da última revisão em 1893, é uma combinação do mesmo *Esboço*, do *Projecto* de Goyana e do codigo civil chileno.

O projecto do conselheiro NABUCO baseia-se no de TEIXEIRA DE FREITAS, como se verifica das referencias

---

<sup>1</sup> *Le mariage civil et le divorce, 1880, pag. 96.*

frequentes; e FELICIO DOS SANTOS não desdenhou os seus antecessores nem os mestres do direito civil portuguez.

Como se vê, *cent exemples pourraient appuyer mon discours*, como ponderava o bom LAFONTAINE. Mas todos esses exemplos e outros muitos que ainda poderia invocar nada valem deante do que me fornece o projecto do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, que assimilou dos codigos estrangeiros tudo quanto seu criterioso auctor achou conveniente transplantar para o Brazil, o que lhe valeu, da Commissão revisora e de outros criticos, uma censura tão acre quanto ociosa.

Sómente não o conceituaram, então, de *rhapsodia*, porque talvez parecesse improprio o nome e benigna a caracterisação.

Mas eu estou satisfeito com a designação que o Dr. COELHO RODRIGUES deu ao meu trabalho. Não sei ao certo, si aquelle vocabulo grego pretende insinuar que não fiz mais do que, á semilhança de outros, junctar em um todo fragmentos de diversos poemas juridicos, ou se accentuar que no Projecto falta alguma parte importante, como nas obras dos mestres antigos que o tempo irreverentemente mutilou.

De um ou outro modo interpretado o termo, transporta-me aos tempos heroicos, em que o patriotismo hellenico realisava milagres estupendos, ou á época ingenua dos trovadores, por certo menos brilhante, mas não menos rica em sentimentos de abnegação que hoje se não encontram facilmente.

## V

Está, felizmente, escripto em um tom menos pessoal o terceiro artigo da série que o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES está publicando na *Revista de Jurisprudencia*.<sup>1</sup>

Assignalo com satisfação esta nova attitude do meu illustre contendor, porque está, sem duvida, em melhor consonancia com o character scientifico que deve ter este debate, no qual tanto mais facilmente se apurarão idéas, quanto mais constantes formos em refugir do terreno escorregadio das allusões pessoaes.

Ha, todavia, umas passagens do artigo a que respondo, que, ou ainda destoam da boa orientação assignalada, ou não percebo que designio as fez permear esta discussão. Refiro-me, entre outros, ao trecho em que S. S. narra a solicitação, que lhe fez em Genebra o representante de uma agencia de publicações, para divulgar com estardalhaço a edição franceza de sua *Exposição de motivos*, attrahindo a attenção da Europa distrahida ou preocupada com assumptos para ella mais impressivos.

S. S. recusou nobremente o interesseiro offerecimento, porque lhe repugnam *os processos de fama a tanto por linha*. Adeante sôa a mesma nota aspera, alludindo-se a uma *opinião dirigivel a tanto por linha*.

Não procuro saber si jámais alguém illaqueou a ingenuidade dos outros, pondo em pratica esses reprovados expedientes, e não posso crêr que o Sr. Dr. COELHO RO-

---

<sup>1</sup> Veja-se o numero de maio ultimo.

DRIGUES me julgue capaz de um acto que considera indigno.

Mas, como não descubro a conexão entre o episodio narrado e a nossa discussão, desejaria que se esclarecesse este ponto, cujas obscuridades, penso eu, sómente o proprio narrador pôde dissipar.

Tambem insiste ainda S. S. em esmiuçar erros de grammatica, como si taes questiunculas tivessem valor em um debate da ordem deste em que nos achamos empenhados, como si não fosse malbaratar o nosso tempo consumil-o em tam palmares futilidades.

A inscripção do livro III da parte geral do meu *Projecto* provoca-lhe dous reparos : a) ausencia indevida de uma preposição ; b) impropriedade do vocabulo — *nascimento* — para indicar o momento em que as relações juridicas se affirmam como irradiações de uma personalidade, em que os direitos se objectivam no patrimonio de alguém, ou provindo de outro patrimonio ou sendo originariamente adquiridos.

O primeiro destes reparos é puro grammaticalismo destituído do mais tenue fundamento, ao qual opponho simplesmente as seguintes inscripções do codigo civil portuguez, que passou pelo crysol de quem tinha acendrado amor á lingua patria e conquistara, no estudo, o direito de ser considerado um mestre respeitado :

Parte I, tit. VIII, cap. II, secç. III: *Dos direitos e obrigações dos curadores* ;

Parte I, tit. IX, cap. I, secç. XIII: *Dos direitos e obrigações do tutor* ;

Parte II, liv. II, tit. I: *Dos contractos e obrigações em geral*;

Parte II, liv. II, cap. X, secç. II, sub-secç. I: *Dos direitos e obrigações do senhorio*.

Vê, pois, o Dr. Coelho Rodrigues que me baseei em uso auctorizado, quando escrevi: *Do nascimento e extincção dos direitos*.

Que tambem não fui o primeiro a empregar essas expressões, para indicar os dous momentos extremos da vida das relações juridicas, pôde vêr-se em:

WINDSCHEID, *Pandectas*, trad. Fadda e Benza, I, liv. II, cap. III, pag. 253: *Nascita, estinzione, modificazioni dei diritti*.

ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, I; Theil I, Buch III: *Entstehung und Endigung der Rechte* (em portuguez: nascimento e extincção dos direitos);

GERBER, *System des deut. Privatrechts*, erster Theil, 3 Kap., 3 Absch.: *Entstehung und Endigung der Rechte* (em portuguez: nascimento e extincção dos direitos);

ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, erstes Buch, viertes Kap.: *Entstehung und Untergang der Rechte* (em portuguez: nascimento e extincção dos direitos);

CHIRONI, *Istituzioni dei diritto civile italiano*, I parte generale, cap. V: *Della nascita dei diritti e della loro estinzioni*.

Á vista destes exemplos, que poderiam ser duplicados, parece-me que não foi ousadia servir-me daquella

inscripção que, com melhor direito do que a do meu illustrado censor, poderia reclamar os fóros de classica.

Mais interessantes questões agita o Dr. COELHO RODRIGUES ao tractar da distribuição geral das materias do *Projecto* e da unidade do direito civil.

No que respeita á classificação, quer S. S. que a ordem das materias do direito civil, na parte especial, tome o *direito das obrigações*, ou simplesmente as *obrigações*, por poncto de partida.

Examinarei os seus argumentos, aliás já combatidos por illustre jurista, quando a questão foi controvertida no Senado Federal.

1º « O ultimo livro da parte geral tracta dos factos e actos juridicos, e, desde que todas as obrigações derivam de uns e de outros, o logar que lhes compete é logicamente o primeiro livro da parte especial. » (*Revista de Jurisprudencia*, cit. pag. 13.) A fraqueza deste argumento é manifesta. Os factos e actos juridicos são os elementos geradores dos direitos, ou melhor, as suas causas occasionaes, porque as efficientes e finaes estão na lei como expressão das necessidades sociaes e na vontade individual como antecedente logico dos actos.

Si delles derivam obrigações, derivam, por igual, as outras relações juridicas que formam o objecto do direito privado, quer as que se enquadram no direito das cousas, quer as que constituem o direito da familia e o das successões.

Portanto, o argumento invocado vale, com a mesma força, para justificar a ordem preferida pelo Dr. COELHO RODRIGUES, como outra qualquer, o que importa dizer que não justifica nenhuma, por ser uma das fórmulas da *ignoratio elenchi*.

2º «Ambos os projectos seguem o direito romano, segundo o qual do contracto nasce a obrigação e só a tradição effectiva ou symbolica póde conferir o direito real. Ora, os contractos, que occupam quatro quintas partes do direito das obrigações, tendo, em geral, por fim a aquisição da propriedade, *não podiam ser tractados antes desta*, sem se pôr o fim antes do meio; o que me parece tão repugnante á logica, como contrario á realidade dos factos da vida pratica.» (*Revista cit.*, pag. 13).

Noto, em primeiro lugar, que a conclusão não se conforma com as premissas.

Estas nos faziam suppôr que o Dr. Coelho Rodrigues queria demonstrar que a theoria da propriedade não devia preceder, na exposição logica, á dos contractos; no entanto suas palavras dizem o contrario: *não podiam* (os contractos) *ser tractados antes desta* (a propriedade) *sem se pôr o fim antes do meio*.

Mas quero suppôr que se pudesse tirar a conclusão de que a idéa de contracto antecede á de propriedade.

Ha, sem duvida, no conceito do contracto, por um lado, maior extensão do que no de relações obligacionaes e, por outro, a idéa de obrigação vae além da de contracto.

Dessa proposição verdadeira ressaltam duas outras afirmações egualmente exactas:

a) Pois que ha contractos nas relações de familias (o proprio casamento, os pactos ante-nupciaes, etc.), no direito das cousas (os contractos que os allemães denominam reaes, em antithese aos obrigatorios) e no direito das successões (os pactos successorios) é forçoso, ou tractarmos da theoria geral dos contractos, na parte geral do codigo, como faz o allemão, ou reserval-a para o logar onde essa figura juridica mais se desenvolve e adquire maior relevo, isto é, na parte especial dedicada ás relações obrigatoriaes.

b) Se ha obrigações que se originam de fontes que não são contractos, e temos necessidade de antepôr ás obrigações todas as causas de que possam proceder, seremos forçados a localisal-as na ultima secção do direito civil, como se fazia outr'ora nos compendios, como fez FELICIO DOS SANTOS em seu *Projecto*.

Esta conclusão rigorosamente logica, estou certo, não convém ao Dr. COELHO RODRIGUES, mas deve convencel-o de que o criterio classificador que o seu argumento traduz é inaceitavel.

Ha entre os conceitos e normas do direito civil uma tal interdependencia que em todos os institutos principaes como que se resume o complexo das relações por elle reguladas. Nestas condições, não teremos nas relações de successão exclusivamente um seguro principio para a classificação das relações de direito; mas se o quizessemos applicar teriamos necessidade de tractar pri-

meiramente da propriedade, que é a parte estatica dessas relações, para depois nos occuparmos dos contractos, que constituem a sua parte dynamica.

3º «Os serviços precederão logica e historicamente á propriedade, e, como todo o contracto se resolve em serviço, e a tradição tambem o é, não parece racional tractar da propriedade antes dos serviços e, portanto, antes das obrigações.» (*Revista cit.*, p. cit.) A procedencia deste argumento depende de tres condições que todas falham, deixando-o sem apoio.

Em primeiro lugar, seria necessario que a exposição dogmatica correspondesse sempre exactamente ao desenvolvimento historico. Mas assim não é. O homem parte das idéas concretas para as abstractas, e destas remonta-se ás generalisações que se dilatam de mais em mais, consoante o desenvolvimento obtido pela experiencia e o aperfeiçoamento do organ onde se effectua a ideação. Primeiramente o homem deu a cada arvore um nome proprio, para depois elevar-se ao conceito geral de arvore e mais tarde ao conceito mais extenso de vegetal. No emtanto, depois de obtidas estas idéas de maior amplitude, dellas partiu sempre para as menos amplas quando tractou de transmittir o conhecimento adquirido.

Um exemplo tirado da historia do direito ainda melhor elucida este ponto. Depois das eruditas investigações de COGLIOLO<sup>1</sup>, ficou assentado, em historia do direito, que a *acção* cujo conceito dogmatico nol-a faz co-

---

<sup>1</sup> *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, cap. XIII.

nhecer como elemento garantidor do direito, e, portanto, logicamente, posterior ao conceito deste, historicamente, precedeu ao *jus* do qual foi a força geradora. «O direito secundario, escreve o preclaro jurista italiano, existiu antes do direito primario; a origem do direito está no processo, e por muito tempo o progresso do direito foi um contragolpe do desenvolvimento processual do qual teve todos os caracteres.»

Todavia a genese dos dous conceitos não impede que, logicamente, a idéa do direito anteceda á de acção e que hoje a verdade se nos apresente ao espirito sob feição diversa da que lhe daria a sua representação historica.

Assim, tambem, poderia acontecer que a troca de serviços precedesse a existencia da propriedade, e, apesar disso, ser outra a relação em que actualmente se achassem as duas idéas, como realmente é. Mas aqui a historia e a logica estão de accôrdo, falhando, assim, a segunda condição necessaria á procedencia do argumento que agora combato, isto é, a historia nos assegura que os serviços pessoaes, com o caracter de obrigações livremente contrahidas, não appareceram primeiro que a propriedade.

Primitivamente, as obrigações, como a propriedade, eram, em regra, collectivas. As obrigações individuaes eram determinadas pela necessidade de obedecer á auctoridade dos chefes de familia ou de tribu e aos imperiosos preceitos da religião ou do costume. Esses deveres de obediencia, porém, não são as obrigações de ordem economica de que agora cogitamos. É com o apparecimento da liberdade e da propriedade individuaes que apparecem,

na historia, as primeiras obrigações dessa especie, a principio restrictas como aquelles direitos que são seus presuppostos logicos; em seguida, alargando-se a um numero cada vez maior de relações juridicas. Isto é o que nos ensinam os que dedicaram a esta materia as energias mais poderosas do seu espirito. <sup>1</sup>

A terceira condição que falha á procedencia do argumento do Dr. Coelho Rodrigues é a extensão dos serviços pessoaes reciprocos, serviços que dispensam a existencia prévia da propriedade. Esses serviços que se permutam por outros são em numero tão restricto, são tão raramente praticados que não offerecem absolutamente base a uma theoria, que não auctorisam uma preferencia como pretende o meu illustrado antagonista.

4º « Nas sociedades modernas quasi não ha *res nullius*; os proprios bens do evento têm dono presumido, e o meio mais commum de adquirir a propriedade é o contracto. » Se é certo que os modos originarios de adquirir são hoje menos applicaveis do que os derivados, convém recordar que, entre estes, a successão hereditaria e a usucapião não são modos de adquirir despiciendos como faz suppôr o argumento. Não fazendo, porém, cabedal desta ponderação de character accidental, é incontestavel que esses numerosos contractos que enchem a vida juridica das sociedades modernas presuppõem sempre a existencia da propriedade, pois que até nas locações de serviço, o locatario, para que o possa ser, deve dispôr de haveres com que remunerere os serviços prestados.

<sup>1</sup> HERMANN POST, *Die Grundlagen des Rechts*, pags. 318-319 e 346-347.

5.º Não é mais convincente do que os outros argumentos do Dr. COELHO RODRIGUES, o tirado do exemplo da Allemanha. A razão por que alli foi adoptada a ordem preferida pelo illustre jurista brasileiro a quem respondo, é antes historica do que juridica, segundo já foi observado mais de uma vez. Na Allemanha, havia dous problemas a resolver simultaneamente: o da unificação do direito civil, fraccionado em muitos systemas differentes; e o da codificação propriamente dicta.

Para resolver o primeiro, era mais facil começar pelo direito das obrigações, que é a parte do direito civil menos sujeita á influencia dos costumes, menos intimamente ligada ás tradições de cada povo. Pensando assim, propuzeram os juristas allemães que se organisasse para o seu paiz um código unico das obrigações para dar inicio á grande empreza da unificação do direito civil germanico. Apareceu effectivamente, em 1866, o conhecido *projecto de Dresde*; mas, em consequencia da guerra com a Austria, não poude ser transformado em lei. Quando, mais tarde, se recommçou a tarefa da codificação, já esta parte estava, por assim dizer, preparada, estudada, e approvada pelo voto dos competentes, e essa circumstancia não podia deixar de influir sobre a elaboração do novo código.

Tanto é verdade que essa é a razão de começar a parte especial do código civil allemão pelas relações obrigacionaes, que os tractadistas allemães anteriores ao Código, em regra, ou partiam do direito das cousas, como SAVIGNY, ou do direito da familia, como ROTH. E, ainda hoje, nem todos se conformam com essa inversão.

BARRE <sup>1</sup>, por exemplo, fazendo a exposição do Código Civil tudesco, achou conveniente adaptal-a ao systema de KROME e ZACHARIE que collocam as obrigações no segundo livro da parte especial. E ENDEMANN <sup>2</sup> deixa perceber que a ordem seguida pelo código civil da sua patria não é a mais racional.

Se logicamente, diz elle, o direito de propriedade deve ser regulado antes de se tractar de sua permuta, todavia do ponto de vista pratico, as relações obrigatorias tomam o primeiro passo.

Não podendo achar satisfactoria a seriação das materias do direito civil como se acha exposta no código civil allemão e no *Projecto* do código civil do Dr. COELHO RODRIGUES, tinha para escolher, ao desempenhar-me da incumbencia que me fôra confiada, entre o direito da familia e o das cousas, para encetar a parte especial. As razões que me levaram a inclinar-me pelo primeiro constam das minhas *Observações*, e não as quero reeditar aqui. Por isso direi sómente: 1º, que o direito da familia é o desenvolvimento natural do direito das pessoas, ao qual até bem pouco tempo andava ligado, e, se este precede, na parte geral, aos preceitos relativos aos bens e aos actos juridicos, porque a ordem natural dos elementos do direito é a que passa do *sujeito* aos *bens* e deste aos *actos*, não ha razão sufficiente para invertermos essa ordem na parte especial; 2º, tomando por criterio classificador o principio da generalidade decrescente e complexidade

<sup>1</sup> *Le Code Civil*, trad. franceza.

<sup>2</sup> *Einführung*, I, pag. 24.

crescente, devemos distribuir as relações do direito privado, começando pelas que se tecem na familia, incontavelmente mais geraes e mais simples do que as do direito das cousas que, por sua vez, são mais geraes e menos complexas do que as obrigacionaes ; 3º, ha no direito da familia um nucleo de relações que entendem com a propria organização da sociedade, que influem e devem influir sobre os interesses economicos, e é natural que essas relações, que formam a urdidura da sociedade familiar, sejam expostas primeiro que os interesses economicos que são de ordem inferior.

Outras razões não existissem, e estas por si só seriam apoio sufficiente á doutrina accета pelo ultimo *projecto*.

## VI

A questão da unidade do direito privado já está, ao que me parece, sufficientemente discutida. Apreciando-a em minhas *Observações*, ponderei contra os que sustentam a necessidade da absorção do direito commercial no civil que se ha de transformar em privado social:

1º Que a marcha da evolução, em todos os domínios, é sempre uma passagem do homogéneo para o heterogéneo, da uniformidade para a especialização, da unidade para a multiplicidade; e que a pretensão dos unionistas do direito privado, contrariando essa lei natural do desenvolvimento dos phenomenos e das idéas, não me parecia digna de applausos.

2º Que o direito commercial não se baseava sobre um privilegio de classe, não era um direito de excepção,

como infundadamente affirmavam alguns, mas sim uma especialisação do direito privado, determinada pela natureza das relações que é destinado a regular, relações que assumem um character especial em consequencia da funcção propria do commercio, que é vincular duas phases da vida economica, a producção e o consumo, para que uma receba da outra a porção de energia vital de que necessita.

3º. Que os unionistas partiam do falso supposto de que a base do direito era puramente economica, esquecidos de que semelhante doutrina desfigura, mutila e amesquinha a idéa do direito, mais elevada, mais particularmente humana, exigindo faculdades mais aperfeiçoadas do que o principio economico.

4º. Que o direito *civil* considerava os bens, como judiciosamente observara PISANELLI, no seu valor de *uso* e o commercial no seu valor de *troca*, e desdobrei este argumento em cinco proposições differentes, de accôrdo com o preclaro RAOUL DE LA GRASSERIE.

5º. Que o exemplo do código suisso das obrigações não constituia um argumento, porque, na Federação helvetica, a unificação que se procurava firmar era a politica, para tornar o direito privado objecto da competencia federal, e não a conceitual, para tornal-o um todo unido e compacto.

6º. Finalmente, que ainda mesmo quando o exemplo suisso pudesse ser invocado <sup>1</sup>, a elle se opporia o da

---

<sup>1</sup> O facto de na Suissa se estar tractando de preparar um *código civil*, e não um *código geral do direito privado*, tira toda a força ao pretendido argumento.

Allemanha, onde se julgou conveniente manter a distincção entre o direito civil e o commercial.

A todos estes argumentos que merecem alguma cousa, penso eu, o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES oppoz simplesmente uma contrariedade por simples negação, ou pouco mais, o que me auctorisa a declaral-os incolumes.

Effectivamente, apenas o quarto dos citados argumentos soffreu uma ligeira contestação, feita mais no tom de quem sentençaia do que no de quem discute. Para demonstrar o desacerto da these de PISANELLI, que affirma serem os bens considerados pelo direito civil, em seu valor de *uso*, e, pelo commercial, em seu valor de *troca*, limita-se a dizer o douto jurista brasileiro: « Nada impede que um cidadão qualquer revenda o que comprou, nem que um commerciante use do que comprou para revender ». (*Revista de Jurisprudencia*, maio, pags. 14 e 15).

Quando se diz que os bens são considerados em seu valor de uso, tem-se em vista significar que elles se acham em relação immediata com as necessidades pessoais do proprietario, que elles têm por funcção satisfazer essas necessidades.

Quando se assevera que os bens são considerados em seu valor de troca, tem-se em vista significar que elles se accumulam nas mãos do proprietario para dar-lhes maior poder de aquisição e, mais, que essa accumulção é instavel, sendo, a todo momento, as utilidades substituidas por outras, destinadas todas ellas a satisfazer as necessidades sentidas por outros que não aquelle

que as põe em movimento. Assim, é claro que, si eu compro para revender, realiso uma operação commercial; si habitualmente realiso operações dessa natureza, exerço a profissão de commerciante; mas, sendo commerciante, pratico actos de natureza civil todas as vezes que applicar ao meu uso pessoal os objectos que adquirir.

Nunca se affirmou que o não commerciante estivesse inhibido de exercitar actos de commercio, nem que fossem mercantis todos os actos juridicos de um commerciante. A commercialidade é attributo do acto em sua função social, e não predicado que lhe seja adjectivado simplesmente pela profissão de agente.

Portanto, a objecção do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES não offende o principio contra o qual se insurge.

« Depois, accrescenta S. S., todos os *actos bilateraes são commutativos* e resolvem-se em troca, nem ha motivo para suppôr nem meio para verificar *a priori* que as partes quando trocam seus bens só consideram seu valor de uso, si não são commerciantes.» É o mesmo pensamento apresentado agora sob fórma differente e apoiado em uma asserção absolutamente inaceitavel.

Não é verdade que todos os *actos bilateraes* sejam commutativos. Commutativos, S. S. sabe-o perfeitamente, são os contractos em que as prestações das partes se equivalem exacta ou approximadamente. Ao lado destes existem outros contractos em que ha prestações reciprocas, mas aos quaes de todo não convém o epitheto de commutativos:— são os contractos aleatorios.

Partindo dessa premissa falsa, obtive naturalmente o meu illustrado censor uma conclusão igualmente falsa: « o direito commercial só pôde ser explicado por um privilegio que não tem mais razão de ser e não chegará mais ao fim deste seculo ».

O que explica a necessidade do direito commercial não é um privilegio que não existe, é a especialisação de uma função social que pôde ser apreciada por quem quer que a queira ver. Essa função é o commercio, isto é, o conjuncto das operações destinadas a pôr as riquezas em circulação, levando cada utilidade ao logar preciso em que uma necessidade a reclama.

Si para justificarmos a existencia, a autonomia do direito commercial, tivéssemos de suppôr um privilegio, outros tantos privilegios teriamos de imaginar para fundamento dos diversos ramos do direito. Para estes, porém, como para o direito commercial, outra é a base, outra a razão por que existem. O que solicita um aggregado á parte de normas é sempre a feição especial com que se representam as relações. Emquanto existir a sociedade humana com a organização que actualmente lhe conhecemos, ha de ser necessaria a função especial da mediação entre a producção e o consumo, e essa função determinando uma particular modalidade de relações, será forçoso conservar no direito um complexo de normas que as reflectam.

Não pretendo, entretanto, que seja inteiramente infundada a agitação que em torno deste assumpto se tem produzido, principalmente na Italia. Alguma cousa

existe, uma transformação conceitual se annuncia, mas as idéas ainda não adquiriram a precisa nitidez, ainda não puderam tomar a sua fôrma definitiva.

A producção em todos os dominios é trabalhosa, quer se tracte de um artefacto da industria, quer de uma idéa ou de um instituto, quer de uma creação da natureza. No momento em que se inicia a elaboração do novo producto, ha sempre um dispendio de energias que abalam o meio productor, mas cuja orientação nem sempre se pôde prever com exacção. Na maioria dos casos, entretanto, a experiencia nos auctorisa a affirmar com antecipação qual o resultado dos factores em concurso. Na hypothese que nos occupa, supponho que a licção da experiencia é sufficientemente lucida, e penso que não me desvio della no que passo a affirmar.

Quando uma cellula attinge a plenitude do seu desenvolvimento, começa a soffrer uma acção modificadora que lhe vae, pouco a pouco, preparando a ruptura por meio da qual ha de dar nascimento a uma cellula nova. Phenomeno similhante observa-se na evolução das idéas e das construcções sociaes.

Primitivamente formavam um todo unico as diversas normas reguladoras da conducta humana: a religião, a moral, o direito, a hygiene, etc. Com o progressivo desenvolvimento da cultura social, se foram desaggregando desse complexo geral de normas, preceitos especiaes que se foram agrupando á parte e formando disciplinas differentes e autonomas, destinadas cada uma a regular uma certa fôrma da actividade humana.

Desprendido da massa homogenea commum das normas sociaes, constituiu o direito, a principio, um todo uniforme onde se não accentuavam ainda as linhas das distincções hoje conhecidas. Logo, porém, o direito publico destacou-se do privado, e continuando o desdobramento evolutivo, as normas de ordem privada se foram especializando consoante ás novas necessidades e dando logar ao apparecimento do direito commercial, do internacional privado, do processo civil e commercial, sem que desaparecesse o nucleo central constituído pelos preceitos do direito privado commum ou civil. Hoje vae se fazendo sentir a necessidade de se crearem novos quadros para nelles se accommodarem melhor os institutos que o progressso social foi suscitando. Os direitos intellectuaes, por exemplo, já se sentem apertados nas angusturas dos antigos moldes, e dentro em pouco se hão de desprender do nucleo central, para mais francamente se desenvolverem em terreno proprio. Depois será a vez de outros, e assim successivamente até que a evolução se tenha completado.

Não são, portanto, as fórmias actuaes que se hão de extinguir, penso eu; são fórmias novas que hão de apparecer ao lado das que já existem.

Naturalmente as fórmias actuaes se hão de modificar com o apparecimento das fórmias novas. Modificação, porém, não significa suppressão. Assim, acredito que o direito civil, em seus traços geraes, se ha de manter indefinidamente, regulando as relações de familia, a propriedade, as obrigações e a successão hereditaria, vicejando ao seu lado o direito commercial, do qual se ha de

desagregar o industrial, ou para constituir, por si só, um organismo independente, ou para alliar-se, duradoura ou transitoriamente, ás outras fórmulas dos chamados direitos intellectuaes.

O legislador, porém, não tem o direito de precipitar a marcha da evolução. É seu dever esperar que as creações sociaes tomem corpo, que as fórmulas dessas creações se accentuem para abrir-lhes espaço nas construcções legislativas. E, no momento presente, ainda não se faz necessario crear um novo Código para esses direitos intellectuaes.

Esta é a minha opinião, que julgo conforme á realidade dos factos e ao ensinamento da sciencia.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 1901.

## VII

O artigo hoje publicado pelo Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, na *Revista de Jurisprudencia*, é consagrado ao *titulo preliminar* do projecto revisto. S. S. não acha digna de applausos essa inscripção, que julga imitada do código civil francez e dos que o tomaram por modelo, esquecendo notar que o código civil chileno, o argentino e o do Montenegro, onde a influencia franceza é pouco sensível, se abrem tambem por *titulos preliminares*, e que os projectos de código civil brasileiro, o de TEIXEIRA DE FREITAS, o de FELICIO DOS SANTOS e o de NABUCO, nenhum dos quaes se constituiu interprete da jurisprudencia franceza,

nenhum dos quaes tomou por paradigma o codigo Napoleão, consagram todos, accordemente, um *titulo preliminar* á exposição de materias que, no entender de seus illustres auctores, não deviam fazer parte integrante do codigo civil.

Não lhe parece mais feliz a inscripção adoptada pelo projecto que S. S., com muita propriedade denomina Clovis-Epitacio: *lei de introdução aoCodigo Civil Brasileiro*. Entende o douto jurista que essa designação só se pôde justificar dadas as condições especiaes do legislador allemão, que tinha de providenciar sobre a applicação do Codigo Civil em referencia ás leis estrangeiras, ás outras leis federaes e ás leis dos Estados confederados. Nós temos necessidade de attender ás duas ultimas categorias de leis, porque o codigo civil projectado se suppõe concebido em harmonia com todas as leis brasileiras existentes, quer federaes, quer estadoaes, revogando aquellas que com elle forem incompativeis, desde que não sejam de ordem constitucional, e offerecendo base para os regulamentos e leis especiaes que se fizerem necessarios. Mas temos forçosamente de prevenir os conflictos entre a lei civil brasileira e as estrangeiras, e ha utilidade pratica em se firmarem certos principios sobre a publicação, a interpretação e a applicação da lei em geral. Si na Allemanha esse assumpto é *introductorio* do codigo civil, não percebo porque o não seja no Brazil. Tanto a prova de que não é a situação especial do Imperio Allemão que justifica a escolha do titulo da lei que serve de prefacio ao codigo civil, é que os seis primeiros artigos do codigo

civil de Zurich, que S. S. conhece bem, estão reunidos sob a rubrica — *Einleitung* (introdução).

Final esta questão é de somenos valia, porquanto alguns traductores francezes se referem á citada lei allemã, designando-a pelo nome de *titulo preliminar* <sup>1</sup>.

Passando do cortex ao amago do assumpto, o Sr. Dr. Coelho Rodrigues lamenta que tenhamos, eu e a commissão revisora, supprimido o art. 18 de seu projecto, que consagrava o principio pouco liberal da reciprocidade; condemna a tutela dos estrangeiros, segundo a expressão que lhe dá o projecto actual; e descobre contradicções entre os arts. 27, 28, 30 e 31 da lei de introdução do meu projecto.

Esses seus reparos estão indicando que, apesar de se *parecerem como dous irmãos*, os nossos projectos, mesmo nesta parte preliminar, differem em pontos fundamentaes. Ha irmãos assim.

Quem quizer fazer um confronto entre os dous projectos nesta parte, notará, desde logo: 1º, que a *lei preliminar* do projecto COELHO RODRIGUES contém 39 artigos, e a *lei de introdução* do meu, encerra 42; 2º, que adoptei sem alteração, a não ser uma ou outra modificação de linguagem, 19 artigos do projecto Coelho Rodrigues (os de ns. 1, 6, 9, 11, 14, 15, 17, 20, 22, 26, 30, 32, 37 e 38); alterei ligeiramente tres (os arts. 13, 27 e 29 do citado projecto); substituí 7 (os artigos 18, 19, 21, 24, 25, 33 e 34 do mesmo projecto); eliminei 10 (os art. 7, 8, 12, 23,

<sup>1</sup> TRIGAND-GENESTE, traduzindo KEIDEL, *in* CLUNET, p. 1898, p. 871.

parte do 27, 28, 31, 35, 36 e 39) e acrescenteí 13. Estas indicações esclarecem melhor do que quaesquer afirmações, mas seja-me licito additar que as similhanças maiores sobre os dous projectos, nesta parte preliminar, se encontram nas disposições de direito publico, e as maiores differenças, nas de direito internacional privado.

Quer isto dizer que não professamos, em tam importante materia, os mesmos principios, que não pedimos ensinamentos aos mesmos mestres, ainda que nos informe o provector jurista ter-se inspirado em SAVIGNY e ASSER, pois estes dous altos e poderosos espiritos não conseguiram insufflar, em quem affirma tel-os tomado por guia, o elevado criterio scientifico e o nobre impulso liberal que sempre os illuminavam na solução das graves questões dos conflictos internacionaes das leis.

Esta divergencia em que nos achamos, no tocante ao direito internacional privado, explica bem porque lhe pareceram contradictorios os artigos citados do meu projecto.

Leiamos os dous primeiros dispositivos apresentados como contradictorios entre si e inconciliaveis com os principios do direito internacional privado:

«Art. 27. O regimen dos bens entre conjuges de nacionalidade differente determinar-se-á, na ausencia de pactos antenupciaes, pela lei do logar em que os esposos fixarem o seu primeiro domicilio conjugal.

Art. 28. Si o casamento fôr celebrado perante o representante consular ou diplomatico do paiz de origem

do marido, será a lei nacional deste, na ausencia de manifestação em contrario, a determinadora do regimen matrimonial dos bens.

Paragrapho unico. A lei nacional tambem será reguladora do regimen matrimonial, quando os conjuges estrangeiros tiverem nacionalidade.

O Sr. Dr. COELHO RODRIGUES não se dá ao trabalho de apontar a contradicção que diz ter vislumbrado entre os dous artigos transcriptos. Quer me parecer que a empreza teria insuperaveis difficuldades, si S. S., não se limitando a uma pura asserção infundada, intentasse demonstrar o que affirmou.

Effectivamente o que resalta da leitura das duas disposições citadas é que o Projecto criticado acceitou, em relação ao regimen dos bens entre conjuges, perante o direito internacional privado, a seguinte doutrina: Si os conjuges forem da mesma nacionalidade, competirá á lei nacional commum regular as relações economicas dos mesmos (art. 28, paragrapho unico), em virtude do principio de que o estado e a capacidade (portanto as relações oriundas do direito da familia) se acham sob o imperio da lei nacional do individuo. Mas, si os conjuges são de nacionalidade differente, já não nos pôde servir esse criterio, pela ponderação de que o nosso direito constitucional não commina a perda da nacionalidade á mulher brazileira que se casa com estrangeiro, nem confere o titulo de brazileira á que se matrimonia com brazileiro. Forçoso será buscar outro criterio. Em regra, o regimen que governa os interesses economicos dos esposos resulta de uma declaração bilateral da vontade accorde

de ambos, quer tenham firmado um contracto, quer acceitem o regimen presuppuesto pela lei. Pertencem, pois, os preceitos reguladores da materia á categoria das leis suppletivas, que sómente intervêm para supprir as deficiencias das estipulações dos interessados aos quaes o direito reconhece a autonomia precisa para estabelecerem, dentro de certos limites, a regulamentação das proprias conveniencias.

Estabelecidos estes principios, a orientação do jurista se acha firmada. Si os conjuges deixaram de determinar expressamente a que regimen submettiam os seus bens na constancia do casamento, é mister recorrermos á sua vontade presumida, é mister extrahir do concurso das circumstancias a intenção que se não objectivou em fórmula escripta.

No direito interno, o problema está préviamente resolvido. No direito internacional, é necessario que tambem se estabeleçam regras para que não vacillem, á mercê das opiniões individuaes, interesses respeitaveis e que instantemente reclamam a protecção do direito.

A opinião dominante é que, verificada a hypothese, em direito internacional privado, se deve presumir terem os conjuges de nacionalidade differente adoptado a lei do primeiro domicilio conjugal.

É a opinião de DEMOULIN, de ASSER e RIVIER, *Éléments de droit int. privé* § 45; de BAEHR, *in* CLUNET, 1895, pag. 29; de CHAUSSE, notavel professor da Faculdade de Direito de Montpellier, *in* CLUNET, 1897, pag. 27 e seguinte; do Tribunal Superior de Carlsruhe, decisão

transcripta no citado CLUNET, 1895, pag. 144 ; do Tribunal de Guelma, *l. c.*, 1898, pag. 935 ; do Tribunal de Appellação da Argelia, *l. c.*, 1899, pag. 385 ; do Tribunal de Justiça de Paz de Nice, *l. c.*, 1899, pag. 571 ; do Tribunal Civil do Sena, *l. c.*, 1900, pag. 350 ; do Tribunal Civil de Chartres, *l. c.*, 1901, pag. 354.

Parece que já está creando cabellos brancos esta doutrina, que meu erudito contradictor suppõe novidade, e que está com ares de opinião commun o que lhe parece uma extravagancia.

Seria um verdadeiro desproposito reproduzir aqui quanto se ha escripto a respeito em livros nacionaes e estrangeiros ; mas acredito que não abusarei da paciencia dos leitores, transcrevendo uns conceitos de CHAUSSE, na revista acima indicada. « Si le domicile semble n'avoir ici qu'un rôle secondaire, les circonstances pourront lui attribuer une influence décisive, et nous considérerions par exemple comme soumis à la communauté légale française les étrangers admis à domicile qui se seraient mariés en France. »

Peço ainda permissão para transcrever o resumo da citada decisão do Tribunal Superior de Carlsruhe : 1.º « Deve-se comprehender entre as leis reguladoras do estado e da capacidade as que dizem respeito ao regimen dos bens da familia e ao direito de successão ; 2.º... 3.º, em direito prussiano, applica-se ao regimen dos bens entre conjuges a lei do primeiro domicilio conjugal. »

Finalmente, a ultima das decisões acima citadas declara : . . . 2.º « Le régime matrimonial des Français qui se

mariant à l'étranger sans faire dresser le contrat de mariage est le régime de droit commun du domicile matrimonial des époux.» Esta sentença é de maio do anno passado.

Não necessito de mais transcripções, nem quero appellar para a opinião de Savigny, *Systema*, § 379, de WINDSCHEID, *Pand.*, § 35 ; de STOBBE, *Deut. Privatrecht*, I, § 34, e de outros partidarios da lei domiciliar, porque outra é a orientação do Projecto. Por essa mesma razão deixo de referir-me á jurisprudencia ingleza e norte-americana.

Sei que a eschola italiana manda applicar, na hypothese, a lei nacional do marido ; mas essa doutrina, além de injusta, só poderá ser applicada nos paizes que considerarem o casamento um modo de adquirir ou perder nacionalidade, entre os quaes não devemos ser contados.

Somos, todavia, dispensados de procurar essa intenção presumida dos conjuges, si ella constar de uma circumstancia ou de um facto que melhor a traduza. Está nessas condições o facto de ser celebrado o casamento perante o representante consular ou diplomatico do marido, pois está elle claramente indicando que á lei nacional deste pretenderam submeter-se os conjuges. Isto diz o Projecto no art. 28 pr.

O systema adoptado é, como se vê, simplissimo. A lei reguladora das relações economicas dos conjuges de nacionalidade identica é a *nacional* commum a ambos. Não havendo communhão de nacionalidade, regulará a lei *nacional do marido*, si indicarem os conjuges

que a aceitam, casando perante o respectivo agente consular ou diplomatico. Si assim não fizerem, entende-se que preferem a lei do domicilio commum, o qual só pôde ser o primeiro, como têm decidido os tribunaes e explica WINDSCHEID no paragrapho acima citado.<sup>1</sup>

De boa fé, ninguém que conheça a materia enxergará contradicção no que ali fica exposto. E os que a não conhecerem poderão verificar que não se acham deante de uma novidade, si quizerem folhear o repositorio de CLUNET nos pontos que acabo de citar e em innumerous outros.

Quanto ao Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, devo suppôr que está de má fé, pois dizendo que estudou o direito internacional em SAVIGNY e ASSER, pasma deante de uma opinião patrocinada pelos dous insignes jurisconsultos, opinião que a WESTLAKE parece inatacavel, e que é a dominante na França e em muitos paizes.

Extravagante me parece, não a doutrina suffragada por mestres de tão profundo saber e por tribunaes compostos de profissionaes distinctos por suas luzes e competencia, mas pensar-se que depois de promulgado o codigo civil, a determinação do domicilio será regulada pelo Decreto n. 848, de 1890, e que ha necessidade de marcar a lei um prazo depois do qual se deva presumir consummado o matrimonio.

Aliás esta antigualha, persistencia de falsas idéas introduzidas pelo direito canonico e, segundo creio, tambem vestigio da *Morgengabe*, presente do dia seguinte,

---

<sup>1</sup> *Pand*, § 35, nota 11.

fôra condemnada pelos civilistas patrios, como se pôde ver em COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 242; não se depara nos codigos modernos, como dão o exemplo o francez, art. 1.401, e o portuguez, art. 1.108; é repudiada pelos proprios canonistas, segundo faz notar LAFAYETTE, *Dir. de fam.* § 58, nota 1; e, afinal, só se referindo á communhão de bens, não tem applicação a outros regimens. É claro que, muitas vezes, o juiz brasileiro terá de reconhecer que o regimen de bens presumido é outro. Supponha-se que os conjuges de nacionalidade differente se casam fixando o seu domicilio conjugal em New-York, e, passados annos, vêm residir no Brazil, onde, por morte de um delles, ou por outra razão, é o juiz chamado a verificar qual o regimen adoptado. Evidentemente decidirá que o da separação completa, si nenhuma convenção em contrario existir e si não foi realisado o casamento perante o representante consular ou diplomatico do paiz de que o marido é subdito. Nesta e em outras muitas hypotheses semelhantes, a que viria a impudica exigencia da ord. 4,46 § 1, mesmo sob a fôrma attenuada que lhe deu o decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 57, admitindo-se que, por um desvio da sã doutrina, tal principio se esgueirasse por entre as disposições do codigo brasileiro? Não se percebe.

## VIII

Tão inane se mostrou a accusação de contradictorios, levantada em referencia aos arts. 27 e 28 da lei de introdução do meu projecto ou do titulo preliminar do pro-

jecto revisto, que não devemos esperar mais solidos fundamentos na arguição que inculca o mesmo vicio dos arts. 30 e 31. Como em relação aos primeiros, nada se allegou com visos de prova. Mais do que isso: depois de ter irrogado a censura, esquece-se o critico de a ter feito e vae seguindo o seu caminho despreoccupadamente.

É, não obstante, conveniente desfazer essa accusação, embora não documentada, pois que nol-a apresentam escorada na auctoridade respeitavel do illustre Dr. DUARTE AZEVEDO. E esta só invocação deve ser acceita como um argumento.

Eis os artigos accusados de contradictorios: Art. 30. «Embora a tutela do incapaz seja regulada por sua lei nacional, as auctoridades brazileiras têm competencia para tomar, provisoriamente, as medidas necessarias para a protecção da pessoa e para a conservação dos bens do incapaz estrangeiro, até que o Estado a que elle pertence proveja como fôr de direito.» Art. 31. «A tutela do incapaz estrangeiro será regulada pela lei brazileira: 1.º Si por qualquer motivo, o Estado a que pertence o incapaz não providenciar para que lhe seja dado um tutor, não obstante se achar informado dessa necessidade; 2.º Si o tutor nomeado por quem tiver direito de fazel-o, residir no Brasil.»

Vê-se bem o pronunciamento do projecto: a tutela, instituto do direito da familia, regula-se pela lei nacional do incapaz, mas isso não impede que, *provisoriamente*, as auctoridades brazileiras tomem providencias acauteladoras dos bens e da pessoa do tutelando, providencias

que poderão ir até o provimento effectivo da tutela, si o Estado a que pertencer o incapaz se descurar de cumprir a obrigação de velar pelo bem estar daquelles subditos seus que o destino vario arremessar a paizes extranhos.

Ha nessa expansão protectora, revelada pelo direito nacional em preparo, quebra do principio que submete o individuo, onde quer que se ache, á acção protectora de sua lei pessoal? Não, porque a lei local sómente apparece offerecendo a sua egide tutelar quando ao infeliz fallece a protecção que a organização social lhe devia prometter em primeiro logar, sómente se apresenta suppletivamente, na ausencia de providencias tomadas por quem tinha restricta obrigação de fazel-o.

Falha e imprestavel séria a doutrina que, em uma emergencia dessas, confessasse a sua impotencia, affirmando a impossibilidade de deparar um recurso. Porventura os individuos que habitam um paiz, sejam nacionaes ou estrangeiros, não têm o direito de esperar que lhes sejam asseguradas as suas condições existenciaes, assim como lhes corre a obrigação de respeitar a ordem juridica sob cujos auspicios desenvolvem as suas faculdades?

Estas considerações se impõem por tal fórma, que custa crer que haja quem as desconheça.

Si investigarmos como a doutrina dos internaciona-listas tem resolvido a difficuldade, encontraremos, em primeiro logar, o direito inglez e norte-americano, que submettem a tutela ao imperio da lei do logar em que os bens se acham situados ou onde o pupilo está domiciliado.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> WHARTON, *Privat int. law.* §§ 259-270.

Compreende-se a preferencia que os juristas anglo-americanos dão á lei do domicilio. São fieis ao systema que perfilharam. Mas é, sem duvida, attender mal á natureza da tutela e aos fins a que ella visa preencher, adstringil-a á *lex rei sitæ*, destinada exclusivamente á regencia dos bens. <sup>1</sup> Em segundo logar, solicitará a nossa attenção o parecer dos especialistas reunidos em Haya, com o qual se conformam GRASSO e toda a escola italiana, LEHR, BOGSIC, o gabado elaborador do codigo civil do Montenegro, e o legislador allemão. <sup>2</sup>

As resoluções da Conferencia de Haya merecem ser trasladadas, porque foram a fonte immediata do projecto nesta parte.

Depois de longo e profundo debate, concordaram os representantes de diversos paizes, reunidos na capital hollandeza, apresentar aos Governos respectivos resoluções para servirem de base a um accôrdo sobre diversos ponctos de direito internacional privado.

As disposições concernentes á tutela estabelecem :

« Art. 1º A tutela de um menor é regida por sua lei nacional.

« Art. 3º Todavia a tutela do menor que reside no estrangeiro constitue-se perante as auctoridades competentes do logar, e será regida pelas respectivas leis, nos casos seguintes :

<sup>1</sup> GRASSO, *Diritto int. privato*, § 90; LEHR: *De la loi qui doit régir la tutelle*, in *Revue de droit int.* XVI, p. 247.

<sup>2</sup> Codigo do Montenegro, art. 789; lei de intr. ao codigo civil allemão, art. 23.

a) Si por motivo de facto ou de direito, a tutela não puder ser constituída na conformidade dos arts. 1 e 2; <sup>1</sup>

b) Si os que forem chamados a constituir a tutela, segundo os artigos precedentes, não tiverem providenciado;

c) Si a pessoa auctorizada para esse fim pela lei nacional do menor, lhe tiver nomeado um tutor que resida no mesmo paiz em que estiver o menor.

Art. 8.<sup>o</sup> O Governo, informado da presença, em seu territorio, de um estrangeiro menor, á tutela do qual importa prover, dará, no mais breve praso, conhecimento disso ao Governo do paiz do menor. » <sup>2</sup>

A lei de introdução ao código civil allemão estatue, art. 23: «Uma tutela ou curatela pôde ser ordenada na Allemanha, para um estrangeiro, sempre que o Estado a que elle pertencer não tiver tomado essa providencia, si, de accôrdo com as leis desse Estado, o estrangeiro tiver necessidade dessa providencia ou tiver sido interdicto na Allemanha.

O tribunal allemão das tutelas pôde tomar medidas provisórias, emquanto a tutela ou curatela não tiver sido instituída ».

Foi essa a orientação seguida pelo Projecto do Código Civil Brasileiro, cujo auctor havia aprendido, na contemplação dos princípios superiores da Justiça, que paira

<sup>1</sup> O art. 2.<sup>o</sup> dá competencia ao agente diplomatico para providenciar como se fosse auctoridade tutelar.

<sup>2</sup> Vem as resoluções transcriptas em CLUNET, 1895, p. 200.

acima dos odios e das prevenções, a ver em cada estrangeiro um membro da vasta familia humana, a que todos pertencemos. Para os juristas, que se nutriram das nobres idéas de SAVIGNY e MANCINI, e são hoje quasi todos, o direito internacional privado, tem por missão: — estabelecer uma « communhão de direitos entre nações que têm relações mutuas »; attender ás necessidades dessa sociedade internacional, que se compõe de individuos pertencentes a diversas nações e repousa em relações que se tecem por cima das fronteiras dos diversos povos; firmar regras que se harmonisem com o augmento sempre crescente das relações internacionaes de ordem privada; e obter de cada systema de organização juridica as necessarias concessões, para que mais francamente possam ser attendidos os interesses legitimos dos que vão fóra do seu paiz desenvolver a sua actividade, para que, dentro desse vasto circulo de organização social, constituido pela confraternisação dos povos de mais elevada cultura, possam os individuos livremente mover-se como filhos da mesma patria.

Essa concepção do direito internacional privado é bem claro que não prejudica a vitalidade organica de cada povo, antes a suppõe, como a organização politica das nações não prejudica, antes favorece, o desenvolvimento das faculdades de cada homem. É claro tambem que, referindo-se ás relações de ordem civil, não pede o direito internacional privado egualdade entre estrangeiros e nacionaes sob o ponto de vista dos direitos politicos. As duas espheras de acção juridica — a politica e a privada — são perfeitamente distinctas. A primeira é

privativa do cidadão, isto é, do membro da associação politica; a segunda tem o ingresso facultado a todo o homem.

Si pensasse assim, não julgaria o Dr. COELHO RODRIGUES que era intempestiva a disposição do projecto destinada a extinguir a caução *judicatum solvi*. «Este incidente do processo, escreve meu illustrado censor, não é materia propria do código civil e muito menos de direito internacional».

Dispensô-me de expôr mais dilatadas considerações sobre este curioso assumpto, porque já tive oportunidade de me occupar delle nas minhas *Lições de legislação comparada*, 2ª ed. XXX. Direi sómente o essencial para mostrar a sem-razão da critica.

É a caução *judicatum solvi* um incidente do processo; mas esse incidente determina uma restricção á protecção juridica que o Estado offerece aos individuos. Estabelecida a necessidade de prestar fiança ás custas a quem tiver de propôr uma acção, segue-se que os ricos terão o direito de accionar, ainda que sem razão, e os pobres não poderão fazel-o, ainda que a tenham. Não é isso o que dispõe o decreto de 10 de junho de 1850, apezar de recuar deante do principio liberal, da *resolução provisoria* de 1832, art. 10, que abolira pura e simplesmente a fiança ás custas. O citado decreto, retrocedendo no caminho das franquias e das seguranças juridicas, offerecidas pelo Estado sem tibieza nem preocupações extranhas ao ideal da justiça, isemptou da fiança ás custas os miseraveis que justificassem a sua pobreza

judicialmente. Mas o Dr. COELHO RODRIGUES parece desejar uma applicação mais rigorosa da canção *judicatum solvi*, do que o citado decreto, pois este não distingue entre nacionaes e estrangeiros, e S. S. vê no alludido instituto uma arma a vibrar contra os alienigenas.

O Projecto actual não fez mais do que volver ao espirito liberal que pelos annos de 30 agitou tão poderosamente a nacionalidade brazileira, dando-lhe energia e elevação para emprehender reformas que causam, ainda hoje, a admiração dos que acham encanto em rever os fastos da historia patria.

O projecto actual nada adianta, neste ponto, ao art. 8 da *Disposição provisoria* de 1832. Restabelece o élo quebrado da tradição liberal do nosso direito.

Assim procedendo, teria exorbitado, penetrando em circulo que lhe devera ser extranho ?

Creio que não. Em primeiro logar, porque a abolição da fiança ás custas se acha prescripta na lei de introdução ou titulo preliminar, que não é parte integrante do codigo civil, como reconhece o proprio Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, pois nesta parte do seu Projecto incluiu disposições referentes ao direito publico, ao criminal e ao processual. Em segundo logar, posso invocar a auctoridade de NABUCCO, que, no titulo preliminar do seu projecto. art. 118, propoz a extincção do retrogrado instituto, nos termos seguintes: « Fica abolida a fiança ás custas, que a lei actual impõe ao nacional ou estrangeiro não domiciliario no Brazil ».

Depois, ao contrario do que suppõe o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, o assumpto em questão sempre foi considerado como pertencente ao direito internacional privado, segundo se pôde praticamente verificar em WHARTON, *Private international law*, § 732; em GRASSO, *Diritto internazionale*, § 104; em CLUNET, *passim*, e em qualquer compendio.

Na *Conferencia* de direito internacional privado, reunida em Haya, em 1894, a caução *judicatum solvi* foi objecto de deliberação, tomando-se a respeito resoluções que constam do protocollo final, e das quaes o art. 42 da lei de introdução do meu projecto ou o art. 41 do titulo preliminar do projecto revisto se pôde considerar um transumpto, pois o art. 1.º dellas assim determina: « Nenhuma caução nem deposito, sob qualquer denominação que seja, poderá ser imposta em razão, quer da qualidade de estrangeiro, quer da falta de domicilio ou de residencia no paiz, aos nacionaes de um dos Estados contractantes que forem auctores ou por outro modo intervierem perante os tribunaes de qualquer outro destes Estados ». <sup>1</sup> Os Estados a que se refere a citada resolução, creio que o sabem todos os que se preocupam com estes assumptos, são: a Allemanha, a Austria-Hungria, a Belgica, a Dinamarca, a Hespanha, a França, a Italia, o Luxemburgo, a Hollanda, Portugal, a Rumania, a Russia, a Suissa, a Noruega e a Suecia, isto é, quasi toda a Europa.

<sup>1</sup> CLUNET, 1895. p. 203.

Em conclusão, si na Italia o principio da franqueza e da isempção, nesta materia, resulta, como é opinião corrente, do art. 3º do seu codigo civil, que confere aos estrangeiros o uso e gozo de todos os direitos privados reconhecidos aos nacionaes, sómente para maior clareza foi consignado o artigo que o Dr. COELHO RODRIGUES acha condemnavel. Consigna elle apenas uma consequencia forçosa do art. 3º do projecto revisto (ou do art. 2º, paragrapho unico, do meu), que está concebido nestes termos: « A lei não reconhece distincção entre nacionaes e estrangeiros para a aquisição e gozo dos direitos civis. » E este artigo é a repercussão, no codigo civil, do bello principio exarado em nossa Constituição Federal, art. 72, pr.

## IX

Suppunha eu já inteiramente exgottada a controversia levantada sobre os conceitos do *dever* e *obrigação*, bem se comprehende, não para a solução dos transcendentales problemas que a philosophia e a moral possam estabelecer nesse terreno, mas simplesmente para o caso particular de sua expressão no art. 1º do futuro codigo civil brasileiro. Vejo, porém, que alguma cousa ainda é preciso additar; é talvez forçoso repetir, porque ao Sr. Dr. COELHO RODRIGUES não satisfez a minha resposta á Faculdade Juridica de Minas Geraes, ou antes, essa resposta me comprometten aos olhos de S. S., tão desasturada foi, segundo parece.

Não reconhece o meu illustre censor como certo e incontroverso o que a respeito affirmaram os professores daquella Faculdade, para os quaes *dever* é uma injunção de ordem puramente ethica, e *obrigação* traduz a situação contraposta á faculdade de agir que se contém em todo o direito subjectivamente considerado, não podendo o primeiro destes dous estados psychicos ser indicado pela palavra—*obrigação*, nem o segundo pelo vocabulo—*dever*.

Como a mim, parece ao Sr. Dr. COELHO RODRIGUES que esse modo de ver não corresponde, com exactidão, á linguagem dos livros da sciencia que professamos, elle com o fulgor que lhe permite a organização excepcionalmente dotada, eu com modesto carinho que o affecto mantem e a ambição não conturba. Mas, si o critico não dá razão a outros, seria talvez grande ingenuidade esperar que a dêsse a quem está agora arranjanado estas phrases incolores, cujo merito unico é a sinceridade, sendo o desejo de acertar o movel que as impulsa.

« No estado actual da doutrina, e na linguagem commum aos juristas, subsiste a synonymia entre obrigações e deveres, e tanto estes como aquellas são chamados indifferentemente moraes ou juridicos, perfeitos ou imperfeitos, conforme são ou não garantidos por uma acção correspondente a cada um.» Eis a sentença com que S. S. resolve a pendencia.

Della e das razões que a justificam se deduz que não incorri em censura por ter empregado a palavra *dever* no art. 1.º do *Projecto* de codigo civil, mas por ter explicado

em que sentido a empreguei, e porque no mesmo artigo usei das duas expressões que servem de thema a esta discussão.

Diz o art. 1º do meu *Projecto* : « Este Codigo reconhece e regula :

1º Os direitos e deveres das pessoas naturaes, entre si, como membros de uma familia.

2º Os direitos e obrigações das pessoas naturaes e juridicas em relação aos bens. <sup>1</sup>

A intenção desse artigo é apresentar em uma synthese, inscripta no portico do edificio, a indicação das materias que constituem o objecto do Codigo Civil. Tomou essa fórmula geral por base a pessoa, pelas razões seguintes : 1ª, o Codigo Civil é um complexo de normas destinadas a dirigir a vontade e limitar a liberdade, isto é, creadas em vista das pessoas; 2ª, é um systema de forças sociaes posto em movimento pela actividade das pessoas; 3ª, a pessoa é um elemento constante em todas as relações de direito, o que importa dizer, nas diversas disposições do codigo civil; 4ª, os direitos são poderes de acção, as obrigações e os deveres, necessidades moraes de acção,

<sup>1</sup> Confronte-se com o artigo correspondente do *Projecto* Coelho Rodrigues :

Art. 1º Este Codigo reconhece e regula :

§ 1º Os direitos e obrigações das pessoas naturaes, entre si, como membros de uma mesma familia.

§ 2º Os direitos e obrigações das pessoas naturaes ou juridicas, entre si, ou entre umas e outras sobre os respectivos bens.

§ 3º Os direitos e obrigações de qualquer pessoa particular contra qualquer agente ou representante da União ou de algum dos Estados ou Municipio, ou vice-versa, sobre materia de propriedade ou de credito.»

os primeiros garantidos e os ultimos impostos ás pessoas, e nesses tres termos resume-se todo o direito civil. Portanto, podemos legitimamente definir o direito civil tomando por base a pessoa ; podemos indicar, em synthese, a materia de um codigo civil, referindo-a directamente ás pessoas.

Da leitura do artigo se deprehende sem esforço : que o Projecto reconhece duas categorias geraes de pessoas, —as physicas ou naturaes e as juridicas ; que o campo de actividade de ambas é differente, sendo o das primeiras mais extenso, porque contém um departamento—o direito de familia—que é privativo das pessoas naturaes ; que as necessidades moraes de agir resultantes do direito de familia puro se designam, no systema do Projecto, pelo vocabulo *deveres*, ao passo que se traduzem pela palavra *obrigações* essas mesmas necessidades moraes de agir quando se objectivam em relações de ordem economica.

Mas o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES contesta essa ultima proposição, allegando que entre as duas palavras *dever* e *obrigação* a synonymia é completa. Relucto em aceitar, sem reparos, a sua correcção, não sómente porque aprendi cousa differente, mas tambem porque me soaria a extravagancia intitular o terceiro livro da parte especial do meu Projecto—*Direito dos deveres*, em vez de *Direito das obrigações*. Com certeza, o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, que adoptou para o primeiro livro da parte especial do seu a inscripção, demasiadamente simples—*Das obrigações*, não a substituiria, apesar da synonymia completa a que allude, por esta outra, egualmente simples — *Dos*

*deveres*. E si não substitue, é porque não julga tão completa quanto diz a identidade dos dous vocabulos, sob o poncto de vista de sua significação.

Mas, accrescenta S. S. «o emprego de duas expressões, no mesmo artigo, para significar a mesma idéa, o menor mal que fôra a confusão dos interpretes e a incerteza do pensamento da lei.» Acabo de mostrar que não empreguei duas expressões para significar a mesma idéa e sim muito intencionalmente recorri á variação idiomática afim de melhor reflectir o matiz das idéas. A censura, portanto, não tem cabimento, mas eu imagino que tenha e aproveito a occasião para dizer o que penso de certas regras de rhetorica legislativa.

Esta minha justificação é tanto mais necessaria quanto a infracção dessas regras parece que pôde produzir males inexprimiveis. Si o menor mal é o que nos aponta o Sr. Dr. Coelho Rodrigues, imagine-se qual será o maior, que S. S. cala.

Simplicidade, clareza e concisão constituem os predicados essenciaes do estylo das leis. MONTESQUIEU <sup>1</sup>, BENTHAM <sup>2</sup>, ROSSI <sup>3</sup> e ROUSSET <sup>4</sup>, estão, neste poncto, de perfeito accôrdo. Mas a grande concisão pôde trazer a obscuridade, mutilando a idéa ou exprimindo-a falsamente. *J'évite d'être long et je deviens obscur*, pondera BOILEAU. Por outro lado, a prolixidade entibia a força

<sup>1</sup> *Esprit des lois*, liv. 29, cap. 16.

<sup>2</sup> *Vue générale d'un cours complet de législation*, cap. 23.

<sup>3</sup> *Éléments de droit penal*, vol. 1.

<sup>4</sup> *Science nouvelle des lois*, I, p. 87 e seg.

de expressão, que deve ter o imperativo legal. Deve, portanto, o legislador combinar os tres elementos indicados, para obter uma expressão apropriada ao fim que tem em vista.

Accresce que a simplicidade, a clareza e a concisão são predicados meramente formaes, que não podem ser antepostos á substancia. A preocupação preponderante do legislador deve ser a traducção da idéa em sua plenitude. É assim que poderá realizar o que LERMINIER julga ser a aspiração suprema da arte de redigir as leis, isto é, segundo o seu proprio dizer — «encontrar a identidade da palavra e do pensamento, pois nessa identidade se substancia o bello de toda a arte, como ensina HEGEL.»

Esses preceitos tive eu sempre em mente, ao preparar o *Projecto*, e si não consegui transfundil-os no pensamento alli expresso, não foi por negligencia.

Entre os modos praticos de conseguir a simplicidade e a clareza nas leis, costumam recordar uma regra formulada deste modo por BENTHAM:—*nao vos sirvaes nunca sinão da mesma palavra para exprimir a mesma idéa.*

Creio que a essa regra allude o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES.

Todos os preceitos da rhetorica são uteis, emquanto se lhes não empresta um character de inflexibilidade que não têm nem podem pretender. O que pretendia o afamado philosopho jurista inglez, com o conselho transcripto acima, era dar a maxima clareza aos documentos legislativos, banindo o elemento de confusão que se poderia originar do facto de ser a mesma idéa significada por

mais de um vocabulo, ou idéas differentes pelo mesmo vocabulo. Quando, porém, as circumstancias não abrem facilidades a essa confusão, ou quando a confusão possível é absolutamente innocua, como no caso de se ter querido significar a mesma idéa, nos dous paragraphos do art. 1º do *Projecto* do Codigo Civil, por meio de palavras differentes, é intuitivo que a regra perde o seu valor. Foram discipulos inhabeis de BENTHAM os que suppuzeram que a rhetorica legislativa podia prescrever canones de applicação inflexivel.

Em vez de submissão incondicional á regra benthamiana, vejo, nas ultimas composições legislativas, usar-se de mais de um termo para a traducção da mesma idéa, quando se quer estabelecer a sua synonymia em face do direito positivo.

Assim é que o codigo civil allemão, no titulo II da secção II da parte geral, ora usa da expressão—*declaração da vontade* (Willenserklärung), ora da expressão—*Acto juridico* (Rechtsgeschäft). Na theoria, alguns escriptores distinguem o *negotium juris* da declaração de vontade, mas os redactores do codigo civil, usando indistinctamente das duas dicções, pretenderam declaral-as synonymas em face da lei. <sup>1</sup>

Quem dirá que é viciosa a redacção da lei belga sobre o direito auctoral (lei de 22 de março de 1886) pela simples razão de dizer, no art. 2º: *Ce droit se prolonge pendant cinquante ans après le décès de l'auteur*; no art. 5º, variando a phrase, decretar: *le droit de l'auteur*

<sup>1</sup> ENDEMANN, *Einf.* I, § 60. .

*existe au profit de tous les ayants droit JUSQUE CINQUANTE ANS après la mort du survivant des collaborateurs;* e nos arts. 4.<sup>o</sup> e 11, tractando ainda da duração do direito auctoral, usar, uma vez, da expressão—*le terme de cinquante ans*, e outra vez, da expressão — *une durée de cinquante ans* ? Creio que ninguem. No emtanto houve quem lobrigasse defeito na redacção do *Projecto*, porque em um artigo diz *outorga da mulher e auctorisação do marido* e em outro substitue esses dizeres por *outorga uxoriana e auctorisação marital*.

Os exemplos que pedi ao código civil allemão e á lei belga dispensam corroborações, mas, como o código civil portuguez é tido por paradigma de boa redacção juridica, colherei delle uns exemplos elucidativos. No art. 207 emprega a palavra *progenitor*, um pouco adeante, no art. 279, *pae* ou *mãe*, e mais além, no art. 281, os *paes*. No art. 1.195 diz *auctorisação marital*, e no art. 1.193 havia dicto *auctorisação do marido*. No art. 759 exprime-se por este modo:—o devedor pôde *livrar-se*, etc.; mais adeante, art. 765, prefere outra locução, e estatue: o devedor pôde *desobrigar-se*, e ainda no art. 800 acha outro modo de exprimir a mesma idéa com as palavras:— *ficam exonerados* todos os devedores. Para designar aquelle que celebra um contracto, emprega indistinctamente as palavras *contrahentes* (arts. 672, 673, etc), e *pactuantes* (arts. 676 e 682).

Bem se vê que os redactores do código civil portuguez não se julgaram tolhidos na escolha dos vocabulos em que é tam rica a nossa lingua, pela razão de que al-

guem interpretou mal uma regra de BENTHAM, dando-lhe um rigor e um alcance que não pôde ter.

Tambem eu, apoiado em auctoridades tam conspicuas, não me considerei, depois de usar de uma palavra em um artigo do *Projecto*, impossibilitado de lançar mão de qualquer outra que me fornecesse o lexico portuguez para exprimir o mesmo pensamento.

## X

A continuação do ultimo artigo do Sr. DR. COELHO RODRIGUES ainda apresenta duas faces por onde deve ser encarado: a prevenção contra os estrangeiros que se não compadece com a isempção propria do jurista, e o conceito da pessoa juridica em opposição ao que hoje doutrinam os mestres mais acatados.

S. S. acha desolador para o Brazil que o nosso codigo civil convide o estrangeiro a desenvolver connosco as immensas riquezas aqui accumuladas pela dadivosa mão da natureza, assegurando-lhe a mais completa garantia, a expansão plena de sua actividade no circulo das relações de ordem privada. Já, em artigo anterior, fiz, a este proposito, algumas ponderações. Não vejo necessidade de insistir nellas, porque o parecer de meu illustrado antagonista se mostra por tal modo absono das idéas que illuminam e dirigem o direito privado moderno, que toda discussão neste terreno me parece inutil, sem resultado.

A orientação do direito privado em nossos dias foi bellamente indicada por JHERING nas eloquentes palavras que vem a proposito citar : «O direito de todos os povos cultos modernos não faz differença, em relação á tutela juridica, entre nacionaes e estrangeiros ; a nacionalidade influe sómente sobre a determinação dos direitos politicos, de resto sem significação absoluta ; a lei estende sua mão protectora egualmente sobre indigenas e alienigenas, como de uns e outros exige obediencia ; uns e outros são tractados do mesmo modo tanto pelo juiz civil como pelo criminal ; as fórmulas de processo e os principios juridicos que o juiz applica a favor e contra elles são completamente os mesmos ; nosso direito moderno não reconhece mais, como outr'ora os romanos, nem um tribunal nem um direito especial do estrangeiro. *A egualdade perante a lei, tanto para nacionaes quanto para estrangeiros, é o traço fundamental de todo o direito moderno.*» <sup>1</sup>

O preclaro juriconsulto, cujos elevados conceitos acabam de ser lidos, era um romanista, substituto e emulo de SAVIGNY, mas não pretendia applicar á organização social contemporanea idéas que feneceram com a civilização romana. Seus fortes estudos de historia e de philosophia quebraram os moldes acanhados em que o romanismo por ventura lhe teria prendido o pensamento.

Referindo-se a esse principio de egualdade do nacional e do estrangeiro perante a lei civil, que o codigo italiano, art. 3º, havia consignado, dizia PISANELLI estar seguro de que em breve faria elle o gyro do mundo.

<sup>1</sup> *A Hospitalidade no passado*, trad. brasileira, pag 17.

A prophécia do notavel jurista e homem de Estado vae se realisando, de modo triumphal, apezar de algumas vozes discrepantes que ainda se ouvem, porque esse principio de egualdade perante a lei civil representa a ultima phase da evoluçào das relações entre nacionaes e estrangeiros. <sup>1</sup>

Antes mesmo do codigo civil italiano, já o havia proclamado em termos precisos o codigo civil chileno, art. 57: « La lei no reconhece diferencia entre el chileno i el estrangero en cuento a la adquisicion i goce de los derechos civiles que regla este codigo. » No mesmo sentido dispõem o codigo civil de Zurich, art. 7º, o argentino, art. 53, e o uruguayano, art. 22, etc.

Além de acompanhar esta tendencia liberal do direito privado hodierno, o art. 3 do *Projecto* revisto satisfaz uma aspiração da consciencia nacional, externada pelos nossos melhores jurisperitos, como sejam: TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, art. 38 e nota; NABUCO, *Projecto*, art. 34; RIBAS, *Curso* II, p. 32, *Direito administrativo*, Tit. 3, Cap. I; e pelo Supremo Tribunal Federal em decisão publicada no *Diario Official* de 11 de julho de 1893.

Finalmente, a disposição alludida está de pleno acôrdo com o art. 72 da Constituição Federal, e não se sente prejudicada com a restricção do art. 13 da mesma Constituição.

Não tenhamos medo da liberdade exercida dentro dos limites da lei, não nos arreceiemos de applicar os

<sup>1</sup> Eis em que termos se manifesta o codigo civil italiano, art. 3º: « Lo straniero é amesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. »

princípios elevados da justiça. Não será dahi que virão os nossos infortunios.

\*  
\*  
\*

A theoria das pessoas juridicas a que ainda adhire o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES está, penso eu, tão distanciada da doutrina hoje mais geralmente seguida, quanto as suas apprehensões contra os estrangeiros se mostram destoantes da concepção liberal do direito privado.

No ultimo numero da *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, chamava eu a attenção dos meus alumnos para o estado actual da doutrina em relação ás pessoas juridicas, e destacava entre as theorias imaginadas para nos explicar a natureza e o fundamento dessa entidade, as sete seguintes: <sup>1</sup>

1.<sup>a</sup> A que considera as pessoas juridicas puras creações do Estado, e portanto *ficções da lei*. (SAVIGNY, LAURENT, VAUTHIER, etc.).

2.<sup>a</sup> A que affirma ser este genero de pessoas uma simples apparencia excogitada para facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhes attribuem, os individuos que as compõem ou em beneficio dos quaes ellas foram creadas. (JHERING e BOLZE).

3.<sup>a</sup> A que contorna a difficuldade dizendo que, no caso das chamadas pessoas juridicas ou sociaes, os bens

<sup>1</sup> *Revista Academica* cit.: *Conceito das pessoas juridicas*, p. I—22. O que se segue é uma compendiação do que alli foi mais longamente exposto.

não têm proprietários, os direitos não têm sujeitos. (WINDSCHEID, BRINZ, DEMELIUS).

4ª A que considera a vontade como o sujeito dos direitos, tanto em relação aos indivíduos, quanto ás corporações e ás fundações. (ZIETELMANN e MEUREN).

5ª A que pretende ver, nas pessoas jurídicas, simples manifestações de propriedade collectiva. (PLANIOL).

6ª A que enxerga nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades e fundações) *abstracta* reaes e vivos como os que servem de base ás pessoas physicas. (GIERKE, ENDEMANN, D'AGUANO, GIORGI, FADDA, BENZA, etc.) <sup>2</sup>

A primeira das theorias indicadas gozou, por longo tempo, das sympathias geraes; hoje, porém, serão poucos os juriconsultos que façam companhia ao Sr. Dr. COELHO RODRIGUES na fidelidade a uma concepção que já cedeu o logar a irmãs mais novas.

Contra a assêrção de que a pessoa jurídica é *uma criação artificial* da lei, insurgiu-se o seguro critério juridico do eminente TEIXEIRA DE FREITAS. Ha nisso, exclama elle, uma preocupação para alguns, porque suppõem que não ha realidade sinão na *materia*, ou só naquillo que se mostra accessivel á acção dos sentidos; e, para outros, por causa das ficções do direito romano, com as quaes o pretor ia reformando o direito existente e attendendo ás necessidades novas, simulando, porém, que o não alterava.» <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Nota add., 1905: Veja-se sobre este assumpto a exposição de AMARO CAVALCANTI em seu excellente livro sobre a *Responsabilidade civil do Estado*.

<sup>2</sup> *Esboço*, nota ao art. 273.

Mas como suppôr que o Estado seja uma simples ficção, uma criação artificial da lei, si esta é a expressão da soberania nacional encarnada no Estado? Não sei como se poderá fugir ás duas pontas desse dilemma: Ou o Estado tinha existencia real antes de se reconhecer como pessoa, por declaração da lei, ou não; si não tinha, é absurdo que, não existindo, se pudesse dotar de attributos juridicos; e si tinha existencia antes de se reconhecer como pessoa juridica, é claro que não foi a lei, obra sua, quem lhe deu existencia.

A verdade é que o reconhecimento das pessoas juridicas por parte do Estado não é acto de *creação*, mas sim apenas de *confirmação*, e, sob este ponto de vista, não são as pessoas juridicas tractadas por modo diverso das pessoas naturaes. Umas e outras não gozam sinão dos direitos que a lei lhes reconhece.

Por outro lado, o estudo da historia do direito nos previne contra a pretensão de serem os individuos isolados os sujeitos originarios dos direitos. Primitivamente eram as tribus ou as nações as proprietarias do sólo; em relação a ellas estabeleciam-se o parentesco e a responsabilidade quer criminal, quer civil; a ellas cabiam as prerogativas e a maior parte dos direitos que estamos habituados a ver como emanações da capacidade juridica individual. Pouco a pouco é que o valor juridico do individuo se vae destacando da massa amorphica commum, da nebulosa juridica que se espraia por todo o circulo de organização social a que elle pertence, e o ho-

inem, o individuo assume o posto mais nobre de portador de direitos. <sup>1</sup>

Não nos surpreendamos, portanto, hoje com a attribuição de direitos a certos circulos de organização social; ellez os possuiram e exerceram quando os individuos não o podiam fazer, porque a exteriorisação do direito presuppunha, da parte do agente, uma provisão de força de que sómente as collectividades eram capazes.

Reconhecendo a vida das corporações politicas, não creamos nenhuma ficção, traduzimos, com a linguagem do direito, factos da vida que cahem sob as vistas do observador commum. Nem tão pouco de ficção necessitamos para explicar a existencia das pessoas juridicas que se movem dentro da orbita traçada pelo direito privado.

« As associações, diz ENDEMANN, <sup>2</sup> são apenas uma segunda fórmula por que se affirmam os interesses humanos que não recebem plena satisfacção com a prosecução de fins puramente individuaes, porém conduzem tambem ás colligações para a realisação de fins communs, ao agir na qualidade de parte de um todo mais elevado. Quanto mais claramente o homem se reconhece como producto de seu grupo social, tanto mais lucidamente se vê que as colligações associativas são tambem, na vida do direito, uma fórmula natural e necessaria pela qual o proprio sujeito individual do direito attende aos seus interesses.

---

<sup>1</sup> SCHIATARELLA, *I presupposti del diritto scientifico*, p. 148; D'AGUANO, *Genese e evol. del dir. civile*, n. 63; H. POST., *Die Grundl. des Rechts*, p. 56 e toda a obra *Ethnologische Jurisprudenz*.

<sup>2</sup> *Einführung*, § 43, nota 1.

Dahi resulta que com a associação se origina *um corpo social dotado de interesses juridicos proprios*, o qual, do mesmo modo que o individuo, deve ser juridicamente reconhecido *como existindo realmente e agindo*, e não simplesmente como um *um ser ficticio*. »

Este modo de ver, conquistando, dia a dia, maior numero de adhesões, fez com que se fosse facilitando o reconhecimento da personalidade juridica das diversas sociedades civis e commerciaes e com que se assentasse a doutrina de que devem ser considerados como sujeitos de direitos todos os agrupamentos de homens que, apresentando-se unificados por um fim, cuja realisação procuram, mostram ter vida propria, distincta da de seus membros, porquanto para a segurança dessa vida necessitam da protecção do direito.

Do exposto vê-se quanto é contestavel a doutrina do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES, que ainda considera as pessoas juridicas como *creações artificiaes da lei*. E, estribando-se a sua argumentação nessa doutrina, seria necessario apurar primeiro a verdade della para depois vermos si as consequencias a que chegou podiam ser razoavelmente deduzidas.

É possivel, portanto, que ainda haja o que dizer a respeito de tam grave assumpto, mas o tempo urge e eu tenho receio de que muito me alongando seja pouco lido.

## XI

Tendo já offerecido aos competentes os motivos da exclusão dos prodigos de entre os incapazes; tendo já mos-

trado como os codigos expuzeram e podem expôr os factos juridicos ; e tendo finalmente feito mais um esforço no sentido de se dissiparem as duvidas acerca do conceito da prescripção e de sua collocação no codigo civil, julgo-me dispensado de voltar sobre esses assumptos.

Assim procedendo, poupo aos leitores o enfado que lhes havia de acarretar, necessariamente, a monotona reproducção das mesmas idéas e argumentos, e melhor aproveito o meu tempo, tomando em consideração o que a critica vier apresentando com apparencia de novidade.

Deplora o Sr. Dr. COELHO RODRIGUES que o *Projecto* não tenha dado uma definição de *pessoa*. A razão de assim ter sido é muito simples e muito sabida de quantos conhecem o que se pôde chamar a doutrina da codificação. Há no direito dous aspectos, hoje perfeitamente discriminados :— a *legislação* e a *doutrina*. A primeira ordena e a segunda encarrega-se de descobrir a razão de ser da ordem: a primeira fala á vontade, e a segunda á intelligencia; a primeira é uma função politica exercida pelos poderes sociaes competentes, e a segunda é uma criação didactica de character particular, que surgiu da necessidade mental de pôr uma certa ordem e derramar um pouco de luz na congerie de leis e costumes juridicos que se vão succedendo e amontoando.

Um codigo não é um compendio, nem deve sel-o, para que se não reproduza a confusão de onde sahimos, graças á intelligente pertinacia dos jurisconsultos. É este, em nossos dias, um principio que não soffre mais discussão.

Todavia os codigos modernos não evitam, systematicamente, as definições, porque, algumas vezes, ha necessidade de accentuar os contornos de um instituto ou de solver uma duvida ou de dar um esclarecimento que melhor oriente a execução da lei. A necessidade que todos os mestres reconhecem, é de que essas incursões da doutrina no dominio reservado á legislação se restrinjam ao indispensavel. Por isso, quando o legislador moderno sente necessidade de assentar certas noções doutrinarias exigidas pela natureza do instituto, por sua novidade ou pelas circumstancias de momento, em regra, substitue as definições formuladas segundo os preceitos da logica, por indicações breves, mas sufficientemente lucidas, sobre as quaes a doutrina levantará as suas definições exactas e as suas explicações eruditas.

Os juristas romanos, tão perspicazes, tão versados na arte de expôr com segurança e redigir com acerto, mostraram-se pouco confiantes na exacção de suas definições, porque a verdade legal é uma crystallisação de fórma definida e inteiriça, que se não modifica, devendo ser substituida quando perde o apoio da consciencia juridica, e a verdade scientifica é uma formação que se desenvolve indefinidamente, por intuscepção, como os organismos. Por isso diziam elles : (D. 50, 17 fr. 202) *Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim ut non subverti possit.*

TRIBONIANO e os seus companheiros, tendo de pôr em ordem a massa consideravel de preceitos do direito existente em seu tempo, não puderam naturalmente dis-

cernir a doutrina e a lei, porque os processos da logica juridica ainda se não haviam applicado, com rigor, á distincção dessas duas ordens de idéas. Mas o que no seculo de Justiniano se justifica muito bem pelas condições do meio e do momento, hoje é repellido pelo conjuncto das idéas que presidem aos trabalhos de codificação.

Entre essas idéas, sobresahe o principio que manda separar a doutrina da legislação, e nesta sómente manter, para cada divisão do direito, as regras que são proprias. Assim, o codificador do direito eivil deve afastar de si tudo quanto fôr doutrina e tudo quanto pertencer a qualquer ramo da jurisprudencia que não fôr propriamente o direito civil.

Esta segunda operação logica é, no estado actual da sciencia do direito, de mais facil execução do que a primeira; mas é dever inilludível de quem pretenda codificar, fazer o possivel para limitar-se a reunir normas directoras da actividade humana, porque a funcção do legislador é adaptar a acção dos individuos ao interesse social, guiando ou restringindo a liberdade. Cabe á sciencia o papel de ensinar ou explicar, e as suas cathedras ella vae erguer em um ponto afastado de onde possa olhar para os codigos como simples documentos a examinar, como objectos de estudo despreoccupado e independente.

Fazendo applicação destas idéas ao caso em questão, evidencia-se a inconveniencia da definição de *pessoa* no codigo civil.

Si ha noção assente em direito, ha de ser como essa. Todos os escriptores comprehendem e definem o *subjectum*

*juris* pelo mesmo modo. Diz VAN WETTER: *é todo ser capaz de direitos*; ensina ORTOLAN: *é todo ser considerado como capaz de ter e dever direitos*; variando um pouco a fôrma, escreve AHRENS: *o ser que é possuidor de direito chama-se pessoa*; MIRAGLIA, por sua vez, insiste: *a pessoa, na exacta significação jurídica, é o sujeito dos direitos e dos deveres*. E assim todos os tractadistas.

Não havendo duvidas a solver, não havendo nova orientação a imprimir, descabida seria a definição dessa palavra no código civil. E é justamente por isso que os códigos civis modernos não a consagram, como se pôde verificar folheando o francez, o italiano, o austriaco, o portuguez, o hespanhol, o de Zurich, o allemão, o peruano, o boliviano e o japonéz. O proprio código chileno, que contém uma secção exclusivamente dedicada á *definição de varias palavras de uso frequente nas leis*, achou escusado definir *pessoa*.

Desta orientação afasta-se apenas o código civil argentino; mas o seu isolamento deve fazer suppôr que não trilhou o melhor caminho, e o *projecto* preferiu a larga estrada por onde via seguir o grupo harmonico formado por todos os outros códigos civis.

O intuito do art. 2, como se acha redigido no *Projecto* actual, foi:

1º Afastar quaesquer duvidas sobre ser a *fôrma humana* um requisito da personalidade. E não era extranho cogitar da persistência desse romanismo, condemnado embora pela physiologia, quando o *projecto* do Sr. Dr. COELHO RODRIGUES o consignava em seu art. 2, no que lhe

fazem companhia o código civil peruano, art. 4º, o hespanhol, art. 30, e o portuguez, art. 110 <sup>1</sup>.

2º Excluir também o presupposto da *viabilidade*, pelo qual alguns códigos modernos substituíram a *fórmula humani generis* dos romanos (código civil francez, art. 725, italiano, 724, § 2, da Luiziania, 917 e 918). Não ha necessidade de discutir agora este ponto de direito. Basta lembrar que as mais respeitadas auctoridades jurídicas demonstraram a sem-razão dos alludidos códigos. <sup>2</sup>

3º Significar que o código civil não reconhece a escravidão nem outras instituições que annullam a liberdade civil. E si a materia não tem mais a importancia de outr'ora, não a perdeu de todo, porque ha escravos, servos e mortos civis em outros paizes, e o código assevera que, dentro do territorio brasileiro, todos gozam dos attributos da personalidade civil.

4º Finalmente, declara que as distincções do sexo e consideração civil não produzem restricções na capacidade de direito.

Não agradou também ao critico a fórmula do *Projecto*, por dizer: « Todo ser humano é capaz de direitos e obrigações *na ordem civil*. Bastaria dizer, pensa elle—*direitos e obrigações civis*. Permitta-me, entretanto, obter perar que a fórmula do *Projecto* me parece mais expressiva, porque indica o meio onde se exercem esses direitos e se cumprem essas obrigações.

<sup>1</sup> Vejamos a respeito HUC, *Commentaire*, V, n. 38, e ANDRÉS BELLO, nota ao art. 76 do Proj. de Cod. Civil chileno.

<sup>2</sup> SAVIGNY, *Systema*, § 61 e appendice III; T. DE FREITAS, nota ao art. 224 do *Esboço*; VALVERDE, *Instituciones*, § 42.

Mas deixemos essas nugas de linguagem e vejamos si nos é licito alar o espirito a regiões mais altas, onde se discutam principios e não palavras.

Eis uma questão que, talvez, á mingua de outras, melhor nos convenha:— a distincção entre *personalidade* e *capacidade*.

Foi o art. 4.<sup>o</sup> do Projecto que a provocou, por usar da seguinte phrase: « *A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida.* »

A critica a este modo de dizer é feita nos termos seguintes, que confesso ter lido com certa estranheza: « O art. 4.<sup>o</sup> devia completar o segundo, definindo, ou, ao menos, fixando o *começo da capacidade civil*; mas, em vez disso, fixou o começo da *personalidade civil*. Serão palavras synonymas para o P. R. ? Seria UMA NOVIDADE na jurisprudencia e um abuso do legislador, cujas disposições são naturalmente *circumscripitas* pelos principios do direito e pelos dictionarios da lingua em que escreve os seus decretos. Ora, não conheço nem um dictionario portuguez que considere synonymas as palavras— *capacidade* e *personalidade*, e os principios do direito consideram tambem *profundamente distinctas* as cousas que ellas significam. »

Parece-me inutil verificar nos vocabulistas a veracidade do que se affirma nessas asserções extranhas a ouvidos de jurista e inexplicaveis em bocca de jurisconsulto. Em vez dos vocabularios da lingua, prefiro manusear os codigos civis e ler:

*Codigo civil portuguez*, art. 1.º: « Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua *capacidade juridica* ou a sua *personalidade*. »

*Codigo civil hespanhol*, art. 29: « O nascimento determina *personalidade*. Art. 32: A *personalidade* extingue-se com a morte da pessoa. A menoridade, a loucura, a imbecilidade, a surdo-mudez, a prodigalidade, a interdicção civil, são apenas restricções da *personalidade juridica*. »

*Codigo civil chileno*, art. 74: « A existencia legal de toda *pessoa* principia ao nascer, isto é, ao separar-se completamente de sua mãe. Art. 95: Termina tambem a *personalidade*, relativamente aos bens, pela morte civil, etc. »

*Codigo civil argentino*, art. 70: « Desde a concepção, no seio materno, começa a *existencia das pessoas*, e antes do seu nascimento podem adquirir alguns direitos. »

*Codigo civil de Zurich*, art. 8.º: « A *personalidade* (capacidade juridica) do ser humano começa ao nascimento e termina com a morte. » Para que não se supponha que a traducção accomodou a phrase aos fins do traductor, transcrevo o original: « Die Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) des Menschen, beginnt mit seiner Geburt und endigt mit seinem Tode. »

Destas transcripções, pelo menos, uma conclusão tenho o direito de tirar: Não é uma *novidade*, como suppõe o Sr. DR. COELHO RODRIGUES, o que se encontra no art. 4.º do Projecto revisto, e o *abuso* de que se arreceia

vem de tal modo prestigiado pelos antecedentes que melhor o qualificariamos de *uso auctorisado*.

Serão sómente os codigos a empregar essa linguagem ?

Vejam os. CHIRONI, *Istituzioni*, § 24, doutrina : « Si dice *personalità la capacità di poter volere giuridicamente. Personalità vale quindi capacità giuridica*. WINDSCHEID, *Pand.*, dá por inscripção ao § 52— *Principio e fim da personalidade humana*, e no § 53 diz : « a *personalidade humana termina com a morte*. » PLANIOL, *Traité*, I, n. 346, escreve : « A *personalidade humana começa do nascimento*. » Isto, diz elle, é o ponto de partida normal, pois tambem se póde considerar, n. 347, *a personalidade anterior ao nascimento*. ROTH, *System*, I, inicia o § 61 (que se occupa do começo e fim da *personalidade*) por estas palavras : « O nascimento do homem deve ser juridicamente considerado o termo inicial da *personalidade physica*. »

Para provar que ainda desta vez o *Projecto* não se permittiu enveredar pela floresta invia das novidades, creio que estas citações bastam.

Agora direi o meu parecer sobre o assumpto, transcrevendo o que se acha em minhas *Licções de legislação comparada* : « O enfeixamento dos direitos civis e politicos adjectivados ao homem constituem a *personalidade juridica* que, segundo a feliz expressão de SCHIATARELLA, é uma verdadeira colonia de direitos. Na *personalidade juridica* destacam-se dous aspectos, duas feições : a politica ou social e a individual ou privada. A primeira,

se é reflectida sobre os individuos, apresenta-se como *cidadania* activa ou mesmo inactiva; se é reflectida sobre essas grandes unidades sociaes complexas, as nações, toma o caracter de *soberania*, quer se exerça internamente, pela acção dos poderes constituídos, quer se projecte externamente, nas relações internacionaes. A face individual ou privada da personalidade juridica envolve homens singularmente considerados, corporações e até estabelecimentos a que se attribuem exercicios de direitos e vinculamentos de obrigações, estendendo-se em toda a esphera do direito privado, com o qual coincide em toda a sua extensão. É a este foco de irradiação dos direitos privados que se dá o nome de *personalidade civil*. »

Na vida juridica dos seres que a têm, distinguem-se tres momentos: a *personalidade*, que é o enfeixamento de varios poderes de acção, de varias faculdades de agir garantidas pelo poder publico; a *capacidade*, que é a fórmula e o limite desses poderes, o modo pelo qual apparece, no mundo juridico, a personalidade posta em movimento, relacionando-se, activa e passivamente, com o mundo que a circumda.

Creio ter dito quanto basta para expungir o art. 4º do *Projecto* da pecha de *innovador abusivo*.

Rio, 14 de julho de 1901.

## RESPOSTA

á **Commissão da Faculdade Livre de Direito  
do Rio de Janeiro** <sup>1</sup>

---

Exms. Srs. membros da Commissão do Codigo Civil.  
— Estou convencido de que pelos esclarecidos espiritos dos illustres representantes do povo brasileiro não passará a sombra de uma suspeita de que eu venha, movido por impulso de amor proprio, desenvolver a defeza do trabalho que me foi confiado e que o benemerito Governo Federal apresentou ao Congresso Nacional, depois de revisto por uma commissão de competentes. A jurisprudencia está longe de ter alcançado a fixidez de principios que exclue as divergencias sobre pontos importantes, sinão fundamentaes, da doutrina, e é natural que a competencia das opiniões se faça mais fortemente sentir em um momento em que é todo o complexo do direito privado commum que se expõe ao exame, do que nas occasiões em que a discussão é provocada por uma simples reforma parcial da legislação civil.

Quem conhece um pouco a historia das idéas em qualquer dos dominios do saber humano, não sómente

---

<sup>1</sup> Foram relatores do parecer a que respondo nas paginas seguintes os Srs. CANDIDO DE OLIVEIRA e PAULA RAMOS JUNIOR. Subscreveram-no os Srs. FRÓES DA CRUZ e MARIO VIANNA.

deve esperar o surto das contestações, mas também ha de estar preparado para recebê-las com tolerancia, direi mesmo com benevolencia.

Lembrarei dous factos que me parecem tanto mais instructivos quanto mais certa é a isempção de espirito com que podemos julgal-os nós outros delles distanciados pelo espaço, pelo tempo e pela nacionalidade. Desde 1793, época em que CAMBACÉRÈS apresentou o seu primeiro projecto de codigo civil á Convenção Franceza, mostrou-se a França fortemente empenhada em systematisar as suas leis civis.

Depois de muitos ensaios e estudos, depois de repellidos cinco projectos diferentes, depois do mais consciencioso apuro na discussão e no exame das doutrinas, o Tribunado foi inexoravel com o projecto patrocinado por Napoleão, e ainda depois de se ter elle convertido em lei da Republica era grande o numero, diz-nos THIERS, dos que vinham pela imprensa estadear o seu espanto por verem um codigo tão simples e tão pobre de novidades.

« Como, exclamavam, é sómente isso? Mas nesse projecto não ha uma concepção noya, uma grande criação legislativa que seja particular á sociedade Franceza, que lhe possa imprimir um character proprio e duradouro; é uma simples traducção do direito romano ou do costumeiro; pegaram em DOMAT, em POTHIER, nas *Institutas* de Justiniano, redigiram em francez quanto ahi se contém, dividiram o todo em artigos, ligaram os artigos por numeros e não por deducções logicas e apresentaram á França semelhante compilação como um monumento me-

recedor de sua admiração e respeito. BENJAMIN CONSTANT, CHÉNIER, GINGUENÉ, ANDRIEUX, ludibriavam dos conselheiros de Estado, dizendo que eram procuradores conduzidos por um soldado os que haviam feito essa chata consolidação pomposamente appellidada *codigo civil dos francezes.*»<sup>1</sup>

SAVIGNY, por seu lado, não poupou os redactores do Codigo Civil Francez, mostrando os pontos fracos da discussão do conselho de Estado e dizendo que os conselheiros falavam e escreviam uma lingua de *dilettanti*. (*Diese Redactoren und Staaträthe reden und schreiben wie Dilettanten*).

Mas, na Allemanha, nem foram menores os embaraços a vencer, nem o codigo civil allemão escapou á mordacidade da critica que o assediou por todos os lados. Sem falar no *Projecto de Dresde* (1866), relativo exclusivamente ao direito das obrigações, desde a nomeação da chamada commissão preparatoria, em 1874, e da qual faziam parte homens da estatura de um PLANK, de um ROTH, de um WINDSCHEID, appareceram, successivamente, tres projectos, cada um em substituição de seu antecedente. Não obstante, nem todos os paladares se mostraram satisfeitos com essa admiravel construcção legislativa de que se póde desvanecer a culta Allemanha. O codigo allemão tem sido alvo de fervorosos encomios, é

<sup>1</sup> *Histoire du consulat et de l'empire*, III, pag. 342 e seg. Vejam-se tambem: AMAUD, *Législations civiles*; ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*; LOCRÉ, *Législation civile et commerciale de la France*; PLANIOL, *Traité*, I; *Grande encyclopédie*, verb. *Code civil*.

certo, porém as censuras mais vehementes não lhe têm igualmente faltado. <sup>1</sup>

Estes dous exemplos me bastam. Delles concluo que os projectos de Código Civil, ainda quando elaborados por juristas de competencia excepcional, não conseguem approvação completa nem das classes sociaes, porque cada uma dellas almeja a preponderancia de seus interesses, nem dos especialistas, porque nem sempre existe uniformidade de vistas entre os cultores do direito. E, si não me bastassem esses exemplos, tel-os-ia ainda no caso de LAURENT, o insigne civilista que propoz um projecto de Código Civil para a Belgica, e na historia da codificação civil entre nós.

Recordando esses casos, quero significar que não me podiam causar estranheza quaesquer divergencias entre mim e a Commissão da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, pois desaccôrdo sempre seria possivel entre nós, ainda quando pudesse eu ter cõseguido dar ao trabalho essa correcção consummada que sómente podem alcançar os altos espiritos ajudados por demorada reflexão. Portanto, não poderia ser um impulso de vaidade contrariada o sentimento que me incita a fazer as ponderações que se vão seguir. Mas, se não me impulsiona esse sentimento, outro para mim mais imperioso, o da minha probidade professional, alliado ao amor pelas instituições que nos regem, exige que eu me explique

---

<sup>1</sup> Leiam-se a respeito: ENDEMANN, *Einführung, I*; SALEILLES, *Annuaire de lég. étrangère*, 1896; MENER, *Il diritto civile e il proletariato*; MEULENAERE, *Code civil allemand*.

deante da critica, a meu ver tão implacavel quanto injusta.

Já se vae tornando impertinente a accusação de linguagem defeituosa attribuida ao *Projecto*. A linguagem não é lapidar, o estylo não é limpido, a phrase não é vernacula, repete-se agora. Comprehende a Commissão que eu não me devo defender de taes increpações. Si o *Projecto* tem realmente esses descuidos de fórma, nada mais facil do que eliminá-os. Sobra competencia aos illustres membros da Commissão do Codigo Civil para tarefa tão simples. Acodem-me ao espirito umas fortes palavras que sobre esse assumpto escreveu SYLVIO ROMERO <sup>1</sup>, mas não as quero transcrever para se não suppôr que me sinto magoado com a censura.

O parecer da Commissão da Faculdade Livre de Direito, encarado em synthese, é contradictorio, e nos detalhes é manco por lhe faltar o apoio da logica e da doutrina, como passarei a mostrar.

A contradicção do conjuncto é manifesta. Parece á Commissão que o parlamento não pôde realizar o aperfeiçoamento do *Projecto*. «Para emprehendimentos de tal ordem, diz ella <sup>2</sup>, é menos apto o processo parlamentar. Em assumptos que entendem com a quasi transformação do direito organico de um povo, a lei sae, por assim di-

---

<sup>1</sup> Prefacio das *Polemicas* de TOBIAS BARRETO, p. XXX e segs. Vale a pena que o leitor medite sobre o que nessas paginas candentes escreveu o eminente brasileiro, sobre a pequenez dessa critica de grammaticos.

<sup>2</sup> *Diario do Congresso*, 7 de agosto, pag. 1.226, cols. 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>.

zer, prompta, da mão do jurisconsulto que a elaborou e das Commissões que a reviram.»

No entanto, no prefacio da exposição, havia affirmado <sup>1</sup> que não redigiria emendas e correções, porque «a formulação dellas deveria ser deixada ao criterio da Commissão dos vinte e um»; apontaria apenas «os artigos e textos carecedores de retoques.» Resalta da combinação desses dous pensamentos divergentes uma oscillação de espirito que não era de esperar em homens amadurecidos no estudo, nas lides do fôro e na pratica do ensino.

Mais surprehende ainda o appello ás idéas liberaes e progressistas em contraposição com o aferro a certas antigualhas ha muito refugadas pela sciencia, como é o caso da restituição *in integrum*, banida dos Projectos anteriores, desde TEIXEIRA DE FREITAS, <sup>2</sup> e da qual dizia SERAFINI ser das velharias—que menos merecem ser conservadas.

Como é verdadeiro em sua exaggeração, como traduz bem os affectos humanos aquelle conhecido tropo evangelico do argueiro e da trave!

#### TITULO PRELIMINAR

Ninguem ignora que a «materia da promulgação das leis e da sua obrigatoriedade é *antes* de direito pu-

<sup>1</sup> *Diario do Congresso* cit., pag. 1.217, col. 3<sup>a</sup>

<sup>2</sup> *Esboço*, art. 43 e nota respectiva; NABUCO, art. 17 *in fine*; FELICIO DOS SANTOS, art. 82; C. RODRIGUES, 17.

blico e constitucional do que de direito civil.» Eu subscreveria essa proposição, elidindo o vocabulo — *antes*. Mas, justamente porque essa materia é de direito publico, foi relegada para o titulo preliminar, que não é parte integrante do codigo civil, mas sim uma lei annexa indispensavel ao seu regular funcionamento.

## PARTE GERAL

Em relação ao que a Commissão denomina instituto da prodigalidade, já disse o sufficiente em minhas *Observações* e na *Resposta* que dei á Faculdade de Minas Geraes, e, como o que agora se allega em nada infirma as razões por mim então apresentadas, não tenho necessidade de voltar ao assumpto.

Art. 11. — Sem se dar ao incommodo de expôr as razões em que se funda, affirma a Commissão que é preferivel a doutrina dos commorientes tratada nos arts. 720 e 722 do codigo civil francez, á que se depara no codigo civil allemão.

É curioso. Quando o *Projecto* se chega ao codigo civil allemão, que, no entender da propria Commissão, «condensa o progresso juridico na sua mais recente evolução» é censurado porque o faz, como no artigo agora analysado; quando, porém, d'elle se afasta, levam-lhe a mal esse desvio. Bem difficil é ter razão em face de opiniões preconcebidas!

Entretanto, cumpre notar que não foi sómente no código civil allemão que o *Projecto* se inspirou para a consagração da doutrina dos commorientes.

O italiano, art. 924, estatue: Se tra due o piú chiamati rispettivamente a succedersi é dubbio quale abbia pel primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell'uno ou dell'altro deve darne la prova; *in mancanza di prova si presumono morti tutti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro.*»

O argentino, art. 109, decreta: «Si dos o mas personas hubiesen fallecido en un desastre común ó en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber qual de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas.»

O chileno, art. 79, e o hespanhol, 93, exprimem-se de modo semelhante. Entre as distincções subtis e arbitrarías do direito francez, e os preceitos tão racionaes, tão luminosamente simples desses outros codigos, não era licito hesitar, e o auctor do *Projecto* não hesitou, acompanhando os seus predecessores.<sup>1</sup>

Nem se comprehende que enveredasse por outra senda, quando sabia que a doutrina franceza era combatida, na propria França, pela quasi unanimidade dos civilistas, segundo se vê das seguintes palavras de THEOPHILO HUC: <sup>2</sup> « Todos os auctores concordam em reconhecer

<sup>1</sup> ESBOÇO art. 243; FELICIO DOS SANTOS, 151; COELHO RODRIGUES, 6.

<sup>2</sup> *Commentaire*, V, n. 25.

que não havia nenhuma necessidade de se estabelecerem presumpções de sobrevivencia. O direito commum era bastante para a solução de todas as difficuldades.» LEVÉ, traductor francez do codigo civil hespanhol, escudado em longa pratica de judicatura, faz a este respeito uma observação que merece ser para aqui trasladada : « A lei hespanhola rejeita, com muita razão, a theoria chamada dos commorientes, consagrada nos arts. 720 a 722 do nosso codigo. Esta reforma, entretanto, é mais doutrinal do que pratica, pois acreditamos que desde 1804 a jurisprudencia ainda não teve occasião de applicar esses textos.»

Arts. 12 a 17. — Condemna-se a gratuidade dos termos de nascimentos, casamentos e obitos, que o *Projecto* consagra.

Parece-me, porém, que o *Projecto* corresponde melhor ao espirito da Constituição republicana, que decreta a gratuidade da celebração do casamento civil, pois não seria justo que esse beneficio estabelecido para o casamento se não estendesse aos dous outros momentos da existencia humana que a lei quer fixar pelo registro.

É essa uma razão poderosa, penso eu, em favor da gratuidade dos termos do registro civil das pessoas naturaes.

Outra razão de valor é a necessidade de se facilitar, tanto quanto fôr possível, as inscrições do registro, cujas deficiencias, desprestigiando a estatistica, privam a administração e a demographia de preciosissimos elementos de acção.

Dir-se-á que os abastados devem pagar os termos do registro, sendo sómente dispensados desse onus os miseráveis.

Mas não se attende a que a prova da miserabilidade será um incommodo a que os individuos se quererão furta, e que é de interesse para o Estado que o registro assignale com a exacção possível o movimento intrinseco da população.

E não vae nisso vexame algum imposto a «funcionarios *bem mal* retribuidos», porquanto nada impede que esses serventuarios sejam por outro modo remunerados.

Art. 21. — Entende a Comissão que se devia incluir a Sancta Sé entre as pessoas juridicas nacionaes.

Custa crer que tal se dissesse, mas lá está no parecer: «Não seria mais consentaneo com as tradições patrias designar especialmente a Sancta Sé, junto *da qual* mantém o Brazil representação diplomatica, *a qual* não deve propriamente ser considerada estrangeira?»

Embora construida segundo o modelo de uma elegancia *sui generis*, a phrase não permite duvidas.

Si não deve ser considerada pessoa juridica estrangeira, é porque o seu logar está entre as nacionaes.

Não ha meio termo, não se conhecem pessoas juridicas neutras.

Mas, si fosse a Sancta Sé uma pessoa juridica nacional, estaria submettida á soberania da Republica, e seria absurdo que junto a ella mantivessemos representação diplomatica. Que se diga que, na Inglaterra, a egreja an-

glicana é uma pessoa jurídica de direito publico interno, comprehende-se, mas affirmar que a Igreja catholica, isto é, a Igreja universal, é brasileira, parece-me estranho.

Em referencia á Igreja cumpre distinguir duas ordens de relações jurídicas: a publica e a privada. Na ordem publica, visto como a Igreja catholica tem um chefe universalmente reconhecido, perante o qual são enviados representantes diplomaticos, e do qual se recebem embaixadores, um chefe que é tractado como soberano, não ha duvida que offerece os caracteres de uma pessoa jurídica de direito publico externo. Sob este aspecto, a Igreja catholica apresenta-se em posição excepcional, porque nenhuma outra Igreja é tractada como potencia, como soberana, como entidade internacional.

É certo que alguns escriptores têm negado a personalidade jurídica da Sancta Sé, mas não podemos nós outros logicamente fazel-o, emquanto perante o nosso Governo funcionar a nunciatura e junto ao papa enviarmos representantes diplomaticos. Por isso CARLOS DE CARVALHO, em sua *Nova Consolidação*, collocou a Sancta Sé entre as pessoas de direito publico externo: «Art. 147 — São pessoas de direito publico: e) as nações estrangeiras, equiparada a ellas a Sancta Sé.» E assim fazendo obedeceu aos imperiosos preceitos de uma doutrina contra a qual não ha objecções possiveis.<sup>1</sup>

Na ordem privada, a Igreja catholica, em vez de se apresentar em sua unidade, como a reunião de todos os

<sup>1</sup> Leia-se, entre outros, LAINÉ, *Des personnes morales en droit int. privé*, CLUNET, 1897.

feis, para facilidade dos seus proprios fins, fracciona-se em corporações, egrejas, irmandades, etc.

Art. 23. — Não sei a que vem a citação do decreto n. 164, de 17 de novembro de 1890, art. 1.º O *Projecto* occupa-se, nesta parte, das *sociedades civis* como pessoas juridicas e estas não podiam deixar de ser submittidas ás regras do direito civil. Julga, porém, a Commissão que a commercialidade das sociedades indicadas no art. 23 é manifesta ou, segundo a sua expressão pleonastica, *prima facie* evidente. Vejamos.

Pelo projecto primitivo, combinando-se o seu art. 24 da parte geral com os arts. 1.563 a 1.600 da parte especial, as sociedades civis que necessitariam de auctorisação do Governo, para constituir-se e funcionar no Brazil seriam as de seguros mutuos, de seguro sobre a vida e de montepio. Foi a revisão que additou outras especies de seguro. Collocar-me-ei no ponto de vista do *Projecto* primitivo, mas os principios invocados poderão derramar luz sobre o systema adoptado pelo *Projecto* revisto, nesta parte.

O principal caracteristico da commercialidade dos actos juridicos é a funcção de intromissão ou mediação, que elles são destinados a exercer, entre o productor e o consumidor, para o fim de distribuir as riquezas e leval-as para onde as necessidades as reclamam, effectuando, assim, no campo social, a circulação dos elementos da vida, á semilhança do que faz, no organismo animal, o aparelho vascular. <sup>1</sup> Além desse caracteristico de ordem mais

<sup>1</sup> SPENCER, *Princ. de sociologie*, II, cap. VIII; DE GREEF, *Int. à la sociologie*, II, cap. III.

elevada, um outro existe: é a especulação, o fim lucrativo. O primeiro resulta da própria natureza do acto sociologicamente considerado; o segundo é estabelecido em referencia aos impulsos egoisticos da actividade individual.

Assim BOISTEL<sup>1</sup> nos ensina que — «um acto é commercial para a pessoa que o pratica, quando esta tem em vista ser sómente intermediaria, especulando sobre a transmissão do valor que faz objecto do contracto.»

«O que é característico, accrescento, é essa posição de intermediario que especula, assumida pela pessoa.»

Será preciso forçar a natureza das cousas, romper a cadeia dos conceitos logicos para asseverar que ha no seguro de vida, da parte do segurado, um intuito de mediação e de especulação. Nem o objecto que se assegura, — a vida — pôde ser degradado á condição de mercadoria, nem o fim visado pelo individuo é, na hypothese, appróximar, em fecundo e rendoso connubio, os dous momentos extremos da vida economica — a producção e o consumo das utilidades.

A doutrina da jurisprudencia franceza, segundo nos informa THEOPHILO HUC,<sup>2</sup> considera o seguro de vidas — civil, em relação ao segurado, e commercial, em relação á companhia seguradora. E com essa doutrina se mostra de accôrdo o egregio commentador do Codigo Napoleão.

---

<sup>1</sup> *Cours de droit commercial*, n. 30.

<sup>2</sup> *Commentaire*, XI, n. 835.

Regra semelhante firma o código commercial portuguez, não a respeito do seguro de vidas sómente, mas em referencia a todas as outras categorias de seguros, desde que não seja mercantil o seu objecto.

« Todos os seguros, determina o art. 425 do referido código, com excepção dos mutuos, serão commerciaes a respeito do segurador, qualquer que seja o seu objecto; e relativamente aos outros contractantes, quando recahirem sobre generos ou mercadorias destinadas a qualquer acto de commercio ou sobre estabelecimento mercantil. »

Eis o verdadeiro criterio para a solução do ponto em litigio. É de uma claridade tão forte este principio que todas as duvidas se dissipam desde que o invocamos.

Delle não se afasta o erudito PLANIOL <sup>1</sup> quando escreve que os seguros terrestres « tanto podem encontrar espaço nos cursos de direito civil quanto nos de direito commercial, porque *si a empresa de seguro é um acto de commercio, a noção geral do contracto pertence indubitavelmente ao direito civil, e os seguros podem funcionar por simples mutualidade sem dar logar a empresa alguma.* »

Ora, si a respeito do segurado, o seguro de vida é forçosamente civil, si a noção geral do contracto é rigorosamente civil, e si nenhuma lei brazileira ainda existe regulando a materia, seria lacuna imperdoavel no código civil a ausencia de preceitos reguladores de assumpto tão relevante.

<sup>1</sup> *Traité*, II, n. 2.149.

Quanto aos seguros mutuos, creio que os illustres professores da Faculdade Livre do Rio de Janeiro difficilmente encontrarão quem os acompanhe na classificação da especie entre as materias do direito mercantil.

O seguro mutuo é, por sua natureza, essencialmente civil, pois a sua função consiste em amortecer, pela dispersão entre os associados, a violencia de um golpe do infortunio.

A associação que se organisa para esse fim não especula, nem visa obter lucros, não tenciona actuar sobre terceiros, apenas pretende evitar a gravidade de prejuizos possiveis.

Está, portanto, o *Projecto* com a sã doutrina, e si ha quem della se desvie é certamente a critica.

Além disso, o *Projecto* pôde, neste ponto, invocar em seu favor muitos codigos civis, como sejam: o do Mexico, arts. 2.705 e 2.771, que tracta dos seguros sobre a vida, sobre acções e direitos, sobre bens de raiz e sobre cousas moveis; o hespanhol, arts. 1.791 a 1.797, que estabelece os principios geraes sobre a materia de seguros; o de Zurich, artigos 496 a 552, que regula o seguro mutuo, o seguro contra incendios, contra geadas, contra riscos de transporte, e seguros de vidas, etc. Finalmente, dá-lhe inteira razão CARLOS DE CARVALHO<sup>1</sup>, declarando que o seguro « pôde ser effectuado contra quaesquer riscos e, principalmente, os de incendio; geada,

---

<sup>1</sup> *Direito civil recopilado ou nova consolidação das leis civis*, arts. 1.252—1.264.

saraiva e secca; peste no gado; transporte fluvial ou terrestre; morte de animaes; insolvencia do devedor. »

Art. 28.— Ignora a commissão dos professores fluminenses o que são sociedades de fins ideaes.

No emtanto, essa designação é hoje sedição.

O codigo civil allemão, arts. 21 e 22 e o federal suiso das obrigações, arts. 678 e 716, alludem á distincção que os livros de doutrina consagram entre sociedades de fins economicos e sociedades de fins ideaes.

Pertencem a esta ultima categoria as sociedades scientificas, literarias, artisticas, religiosas, beneficentes e recreativas.

Pensa tambem que seria dispensavel o vocabulo—*fundações*, que já se encontra no *Projecto de Nabuco*, art. 153, que foi empregado por CARLOS DE CARVALHO, *Consolidação*, art. 152, e que é hoje termo technico geralmente acceito.

Espero que os entendidos estejam do meu lado.

Art. 45.— Sentenceia-se que o art. 45 está mal redigido por duas razões: 1.<sup>a</sup>, aquelle que não tem residencia habitual conhecida reputa-se não ter domicilio; 2.<sup>a</sup>, a expressão *posse de domicilio* é incorrecta e barbara.

A primeira razão é filha da pouca attenção com que o artigo foi lido.

Declarando elle que *será havido por domiciliado*, onde fôr encontrado, aquelle que não tiver residencia habitual conhecida, referiu-se, particularmente, ao *vaga-*

*bundo*, visto como por tal se entende, em direito civil, quem não tem domicilio certo.

Nem de outro modo o definem a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 37, e o regulamento de 31 de janeiro de 1842, art. 300.

Si estes estatutos accrescentam outros predicados (ausencia de profissão ou officio, falta de renda ou meio conhecido de vida), é porque se collocam no ponto de vista do direito penal.

Para os effeitos do domicilio, não tem o direito civil que indagar si o individuo tem ou deixa de ter profissão, possue ou deixa de possuir capitaes. Os apontados requisitos caracterizam o *vadio* de que tracta o Codigo Penal art. 399 e não o *vagabundo*, na accepção do direito civil.

Como é então que se affirma que « no mecanismo (!) » do titulo segundo não ha logar para o *vagabundo* de que cogita a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 37 ?

Quanto á incorrecção e barbarismo da locução—*posse de domicilio*, direi sómente que a palavra *posse* não significa, em portuguez, sómente a apparencia da propriedade, e que, si é licito dizer *posse de estado*, que é cousa abstracta, *posse de filhos* que não são cousas, *posse de cargos publicos*; si antes de 1888 podia ser allegada perante os tribunaes a *posse da liberdade*,<sup>1</sup> não repugna á indole da lingua que digamos *posse de domicilio*.

<sup>1</sup> Veja-se a *Doutrina das acções*, de CORRÊA TELLES, ed. Teixeira de Freitas.

Art. 53.— A nossa lei penal desconhece o desterro imposto em cumprimento de sentença, mas não só a Constituição federal, art. 80 § 2º, n. 2, fala desse meio de repressão, como também é possível que em futura reforma do código criminal venha a lume essa pena.

Arts. 57 a 96.— Parece á commissão censora que a classificação dos bens é incompleta e defeituosa no *Projecto*.

Não se tracta, em um código civil, de fazer a analyse completa de todas as categorias logicas em que se poderiam distribuir os bens, e sim de firmar noções com intuitos praticos, submettidas naturalmente aos moldes talhados pela doutrina que toda a obra legislativa pre-supõe.

Assim, não se referiu o *Projecto* :

1º, ás *cousas corporeas e incorporeas* ou *materiaes e immateriaes*, não por achar que essa distincção é incoherente, como pensava TEIXEIRA DE FREITAS,<sup>1</sup> ou inútil como julgaram os redactores do código civil allemão (art. 90), mas por conter uma idéa geralmente conhecida, a que o direito não imprime feição particular que deva ser elucidada no código civil ;

2º, ás *cousas estimaveis e inestimaveis* (cod. civil da Austria, arts. 297 e 300) *certas e incertas*, porque não ha interesse em esclarecer o que é meridianamente claro ;

3º, ás *cousas religiosas e sagradas*, porque são cate-

<sup>1</sup> *Esboço*, nota ao art. 137.

gorias estranhas ao systema do nosso direito civil republicano. <sup>1</sup>

Si de tudo isso falasse o *Projecto*, achal-o-iam talvez completo, nesta parte, mas teria sem duvida muitas disposições ociosas.

Será preciso ainda uma vez repisar o estafado principio que diz não ser um codigo livro de doutrina, principio tambem no parecer, aliás impropriamente, invocado ?

Porque será defeituosa, além de incompleta a classificação ? Não se dá o incommodo de dizel-o a commissão; no entanto, quer me parecer que não lhe era licito fugir a esse dever.

Affirmar que as instrucções fiscaes de 1 de setembro de 1836 nos fornecem uma *nomenclatura bem mais correcta* do que os arts. 57 e 60 do *Projecto*, nada adeanta, até porque, nos artigos citados, o *Projecto* se occupa de bens immoveis sómente e a classificação deve comprehender muitas outras modalidades.

Diversos systemas têm sido imaginados para a determinação dos bens immoveis em suas variedades. Além de outros, ha o systema francez, segundo o qual existem quatro especies de bens immoveis: *a)* por sua natureza; *b)* por destino; *c)* pelo objecto a que se applicam; *d)*

---

<sup>1</sup> Nota add. de 1905: As instrucções citadas reproduzem pura e simplesmente a classificação franceza dos immoveis: por natureza; pelo destino; pelo objecto a que se applicam (art. 5).

e por determinação da lei ou declaração do proprietário.<sup>1</sup>

Ha tambem o systema de TEIXEIRA DE FREITAS, que determina a immobilitade dos bens pela natureza delles, por accessão original ou accidental e pelo caracter representativo que possam ter. O *Projecto* acceita a licção de TEIXEIRA DE FREITAS com as modificações aconselhadas pelo estudo de outros auctores, particularmente de MARCADÉ e GLASSON, e distingue tres classes de immoveis: por natureza; por accessão natural ou puramente intencional e por determinação da lei.

Estou convencido de que este systema exprime, com a possivel exactidão, a realidade dos factos que a vida juridica apresenta sob este aspecto.

Art. 64.—A critica emmaranha-se no conceito da fungibilidade das cousas, reproduzindo a confusão que obscurece este delicado assumpto em alguns livros de direito, e procura tirar-se do embaraço attribuindo ao *Projecto* o defeito de « *ater-se a velharias imprestaveis* ».

Vão ver os dignos representantes do Congresso republicano que, si nesta materia houve quem se ativesse a velharias imprestaveis, não foi absolutamente o *Projecto*, que offerece a verdadeira noção scientifica da fungibilidade.

Em primeiro logar, convém assignalar que as cousas moveis é que se prestam á divisão em fungiveis e não fungiveis, porque são ellas que podem apresentar, rigorosa-

<sup>1</sup> Vejam-se GLASSON, na *Grande Encyclopédie*, verb. *bien*, e PLANIOL, *Traité*, I, n. 771.

mente, o mesmo valor liberatorio, nellas é que se pôde apreciar bem a equivalencia dos substitutos. São ellas as *res quæ in genero suo functionem recipiunt per solutionem* (D. 12, 1 fr. 2 § 1).

E assim se diz claramente no código civil allemão, art. 234, e no hespanhol, art. 337, si bem que este ultimo ainda consagre a antiquada confusão entre a fungibilidade e a consumibilidade, na qual tambem laboram os professores a quem agora respondo. E tal é a doutrina que resuma do ensino de SAVIGNY,<sup>1</sup> ROTH,<sup>2</sup> WINDSCHEID,<sup>3</sup> CHIRONI<sup>4</sup> e ENDEMANN<sup>5</sup>.

Em segundo logar a fungibilidade não depende exclusivamente da vontade das partes, como suppõem os criticos. Ha cousas naturalmente fungiveis, que podem ser exactamente substituidas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade, que, segundo diziam os juriconsultos romanos, *numero, pondere mensurave constant*. As que não se determinam por seu numero, peso ou medida não se podem substituir com exactidão e, por isso, se denominam infungiveis.

A fungibilidade é uma idéa de relação, é o resultado da comparação entre duas cousas, v. g. dous alqueires de farinhas, duas moedas de ouro de um certo valor.

<sup>1</sup> *Systema*, § 368.

<sup>2</sup> *Systema*, § 78.

<sup>3</sup> *Pand.*, § 141.

<sup>4</sup> *Istituzione*, § 46.

<sup>5</sup> *Einführung*, § 56.

O que póde a convenção é tornar infungíveis cousas que são naturalmente fungíveis, desde que fixe a individualidade de cousas que geralmente se determinam pelo genero.

Em terceiro logar, é preciso ficar patente que esta distincção não se comprehende, como pensam os professores, «no grupo das cousas consumíveis e não consumíveis». As duas divisões são feitas sob pontos de vista diferentes.

A fungibilidade, já ficou affirmado, é uma qualidade que se reconhece existir entre cousas que se comparam e se podem equivaler.

A consumibilidade é uma qualidade inherente á propria cousa ou que lhe dá o seu natural destino (consumo natural e consumo juridico). «A aptidão da cousa a servir de objecto de certos direitos e de certos contractos, » eis a consumibilidade, ensina PLANIOL, <sup>1</sup> consumibilidade que encara cada cousa isoladamente, abstracção feita das outras; a fungibilidade «repousa na aptidão a estabelecer a equivalencia absoluta de duas cousas, e consequentemente ella suppõe uma relação de ordem particular (a communhão de medida) entre diversas cousas da mesma especie».

Em quarto e ultimo logar, pondero que a idéa central da infungibilidade é a individuação, a observação da cousa como corpo certo (*corpus*); e a idéa central da fungibilidade é a generalisação, isto é, a cousa deter-

---

<sup>1</sup> *Traité*, I, n. 789.

minada pelo genero a que pertence, como valor de troca (*quantitas*).

Bem se vê que nem é inutil nem vetusta a classificação acceita pelo *Projecto*.

Art. 71 § 1.º— São bemfeitorias voluptuarias, diz o *Projecto*, as que não augmentam o valor da cousa, ainda que tornem mais agradável o seu uso. O valor de que aqui se tracta está bem claramente indicado que é o valor venal. Para não alongar desmesuradamente esta resposta, limito-me a dizer que a noção do *Projecto* se apoia no direito romano e em COELHO DA ROCHA.<sup>1</sup>

PAULO no D. 50, 16 fr. 79 § 2 define: *Voluptuariae sunt quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia et aquæ salientes, incrustationes, loricaciones, picturæ*. O jurista portuguez reproduz o mesmo pensamento pelas palavras seguintes: chamam-se voluptuarias as bemfeitorias «quando sómente têm por fim servir ao gozo ou regalo de quem as fez, sem augmentar o valor commum».

Art. 75.— A critica a este artigo nada exprime.

A extranheza que se manifesta por não ter o *Projecto* exposto nesta parte a theoria das deteriorações é inexplicavel. Censuravel seria ter incluido as deteriorações no momento de classificar os bens, collocar entre os bens o que constitue a negação delles! No logar proprio, na exposição da theoria da posse, si quizessem ler,

<sup>2</sup> *Instituições*, § 84.

teriam os censores encontrado a noção de deteriorações em correspondencia com a de bemfeitorias.

Art. 80. — O vocabulo *dominiaes* não estava no *Projecto* primitivo, mas em MORAES, o mais competente dos dicionaristas da lingua portugueza, poderiam os censores tel-o encontrado.

Art. 96. — «São cousas fóra do commercio, segundo este artigo do *Projecto*, aquellas que não são susceptíveis de apropriação individual e aquellas cuja alienação fôr prohibida por lei.» Esta noção encontra apoio em ROTH, ENDEMANN, WINDSCHEID, COELHO DA ROCHA, etc. <sup>1</sup>

Della se conclue que, por duas ordens de razões, as cousas são excluidas do commercio: a) por sua propria natureza, por serem inapprehensíveis ou de uso inexhaurível como o ar, a luz, o mar alto (*res communes*); b) por determinação da lei, como as cousas publicas, os immoveis dotaes, cuja alienação sómente em certos casos e sob certas condições póde ter logar, e os bens dos incapazes, salvo excepções consignadas na lei.

Alguns auctores destacam uma terceira classe de cousas que estão fóra do commercio, porque assim o exige a moral de modo inelutavel. Por exemplo: o homem não póde dispôr de uma parte de seu corpo, como no caso celebre de Shylock, nem da vida, nem, segundo a melhor opinião, do proprio cadaver.

<sup>1</sup> ROTH, *System*, § 79; ENDEMANN, *Einf.* § 50, III; WINDSCHEID, *Pand.* § 146; C. DA ROCHA, *Inst.* § 76; *Codigo civil argentino*, 2.337; de Zurich, 60; *Esboço*, 383-386; FELICIO DOS SANTOS, 207-209.

Esta exclusão, porém, entra perfeitamente, a meu ver, nas duas classes acima apontadas.

Não era possível que o insigne MAKELDEY dissesse cousa diferente. «As cousas que não estão no commercio, diz elle, pela traducção dos censores, são as que os particulares não podem ter nem *de facto*, nem *de direito*.» De facto, isto é, *por não serem*, como se lê no *Projecto*, *susceptíveis de apropriação individual*; de direito, isto é, segundo declara o *Projecto*, *por ser prohibida a sua alienação*. Não é, pois, verdade que a noção fornecida por MAKELDEY seja *bem mais completa*, como pretendem os criticos.

Art. 185.— É por tal modo extranha a arguição, que eu sinto necessidade de transcrever o artigo increpado e o trecho do parecer que o increpa de defeituoso. Eis aqui o dispositivo do projecto:

«Para propôr a acção em juizo, assim como para contestal-a, é necessario ter nella interesse legitimo, seja economico ou de ordem moral.»

Observam os criticos:

«É materia puramente processual, sobre o que aos Estados compete legislar. De mais, é livre o direito de propôr a acção. Só a sentença decidirá si o auctor tem nella interesse legitimo, seja economico ou de ordem moral.»

Primeira accusação: é *materia puramente processual*. Para mostrar o equívoco dos criticos, basta considerar que o direito e a acção se apresentam aos olhos do jurista como dous momentos da mesma idéa, dous aspectos do

mesmo phenomeno, e que, si o direito é o interesse que a lei protege, para redintegrar o direito violado é necessario que esse interesse realmente exista.

Tendo o *Projecto*, no art. 184, declarado que todo direito é provido de acção, era indispensavel completar o pensamento, estabelecendo as condições subjectivas essenciaes para que a acção pudesse ser proposta.

Essas condições ou requisitos do exercicio da acção, segundo os mais conceituados jurisperitos são: <sup>1</sup> o interesse de agir, que o *Projecto*, consagra no art. 185; a qualidade para agir (art. 184) e a capacidade de estar em juizo, que corresponde á capacidade de ser sujeito nas relações de direito.

Evidentemente, só ao direito material, e entre nós só ao direito nacional e não ao regional, cabe fixar as condições dessa capacidade, porque direito sem acção é um conceito falho, é uma aspiração, um desejo desprovido de condições de realisabilidade.

O engano dos censores procede do facto de verem o assumpto desenvolvido em compendios de processo, não tendo advertido que assim é, porque o assumpto está situado justamente na fronteira do direito material, offerecendo o ponto de connexão entre elle e o processo, e não tendo observado que tambem os civilistas expõem a materia, como é facil ver em WINDSCHEID, CHIRONI, GIANTURCO, etc.

Emfim, é uma opinião. O que, porém, se me afigura

---

<sup>1</sup> Veja-se JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil e Commercial*, I §§ 20-22.

uma verdadeira aberração dos principios assentes na doutrina é afirmar-se que o direito de propôr a acção é livre a todos, tenham ou não interesse, e que é a sentença que decide si o auctor tem ou não interesse. A sentença não pôde decidir si o auctor tem interesse em propôr a acção, declara, em um conflicto de interesses juridicos, si realmente existe e a quem pertence o direito sobre que se questiona. Pela extranha doutrina do parecer, poderia o primeiro individuo, a quem tal idéa passasse pela cabeça, accionar Mevio pelo que este devesse a Ticio, propôr o divorcio de dous conjuges, porquê lhe parece que se acham nas condições requeridas pelo art. 82 do decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890.

O absurdo é patente.

Art. 200. — O *Projecto* primitivo não continha disposição alguma sobre a lesão nos contractos.

Art. 212, n. 7 e 8. — Compare-se com o codigo civil allemão, art. 196.

Art. 214, § 3º. — Não me parece fundada a censura.

#### PARTE ESPECIAL : I. DIREITO DA FAMILIA

Os censores não comprehenderam o intuito, aliás visível, do art. 218, que é declarar eliminado do corpo do direito patrio o instituto obsoleto dos esponsaes, e por isso lhes parece pura ingenuidade o seu contexto.

Fazem votos ainda pela manutenção do antiquado instituto, em opposição á tendencia do direito civil mo-

dermo e ao parecer dos mais eminentes dos nossos juristas. Já TEIXEIRA DE FREITAS <sup>1</sup> dizia que os esponsaes estavam banidos de nossos costumes. O decreto de 24 de janeiro de 1890 não fez menção desse contracto, deixou-o no olvido em que se vão soterrando as instituições que não correspondem mais ás necessidades do presente. Resquício de velhas usanças ha muito desaparecidas, vão os esponsaes sendo abolidos pelas legislações de quasi todos os povos occidentaes. O codigo civil francez faz silencio sobre o assumpto, entendendo naturalmente o legislador que as promessas de casamento não são de ordem a produzir consequencias juridicas que possam parecer uma coacção contraria á natureza do casamento. Si as promessas enganadoras acarretaram damnos reaes contra a honra ou contra os haveres do desposado, o direito penal e o civil offerecem recursos ao prejudicado. Isto mesmo declara o codigo civil italiano, art. 54, do qual se aproxima o *Projecto*, o codigo civil hollandez, art. 113, e o hespanhol, arts. 43 e 44. O codigo civil argentino, art. 166, e o portuguez, art. 1.067, repellem de modo positivo o contracto esponsalicio. Declara o primeiro: «La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun tribunal admittirá demanda sobre la materia, ni por indemnizacion de perjuicios que ellos hubiesen causado.» Estatue o segundo: «São nullos os contractos em que as partes se obrigam para o futuro, debaixo do titulo de esponsaes, desposorios ou qualquer outro, a contrahir casamentos, quer haja, quer não, estipulação de clausulas penas.»

---

<sup>1</sup> Nota n. 1 ao art. 76 da *Consolidação das leis civis*.

Sómente na Allemanha e em alguns paizes de origem germanica, é que o instituto ainda conserva um resto de vida, sem aliás occultar a decadencia que o mina.

E é por não querer injectar vida nova em um instituto morto que se levantam, de uma Faculdade de Direito, reclamações contra o *Projecto*. O que se afigura aos professores *falta imperdoavel* é pura e simplesmente a expressão do que está na consciencia juridica de todo o occidente.

Art. 270.—Consagra o parecer neste ponto uma doutrina perigosa. Acha que não deve ser annullado o casamento contrahido perante auctoridade incompetente. Quer provavelmente ver inaugurado entre nós o systema dos faceis consorcios de *Greetna-Green*, onde um ferreiro, arvorado em sacerdote ou juiz de casamento, abençoava ou testemunhava os enlaces matrimoniaes dos subditos inglezes que na lei patria encontravam alguma incommoda difficuldade a vencer.

O casamento é um contracto solemne, de todos o mais solemne, e não poderá ter authenticidade si não tiver sido celebrado segundo os rigorosos preceitos da lei. A Republica só reconhece o casamento civil e este deve ser presidido pela auctoridade que a lei designar. Acto de tamanha gravidade, base da constituição da familia, não deve ser realisado pelo simples accôrdo das vontades declarado perante o primeiro transeunte que se preste a ouvir-o.

Art. 292 e 295. — Resumem-se as increpações em phrases destituidas de provas. Seria esteril dispendio de tempo e de palavras combater phantasmas.

Quanto á expressão — *direitos e deveres do marido* — já mostrei até á saciedade que é perfeitamente correcta. Vejam-se as minhas respostas ao Sr. Dr. Coelho Rodrigues e á Faculdade de Direito de Minas Geraes.

Art. 300. — Ha deveres communs a ambos os conjuges, dos quaes se occupam os arts. 294 e 295, e deveres especiaes de cada um delles, os quaes se particularisam nos arts. 299 a 325.

A commissão da Faculdade Livre não leu o *Projecto* com aquella sympathia de que fala HYPOLITO TAINE, e sem a qual dizia o grande mestre que se não podia bem comprehender a obra lida. Por isso é que depara com defeitos que não existem.

Sei que trabalhos dessa ordem não devem ser julgados complacientemente, mas deante de algumas emendas acodem-me á memoria os versos de Camões:

.....quando lerdas,  
Sabei que segundo amor tiverdes,  
Tereis o entendimento dos meus versos.

Art. 302, n. 2.—O marido não póde, declara este artigo, sem consentimento da mulher, litigar, activa ou passivamente, sobre bens immoveis communs, nem sobre os direitos reaes que o casal tiver sobre os mesmos bens.

Os censores vislumbram nesta disposição intuitos demolidores da soberania marital e, ciosos, reclamam contra a ameaça, concluindo por affirmar: «Incontestavelmente merece predilecção o direito vigente, quando annulla os litigios sobre bens de raiz em que a mulher

não tiver intervindo.» Si o direito vigente annulla os processos sobre bens de raiz em que a mulher não intervem, é porque pareceu ao legislador de 1603 necessaria essa intervenção.

E o *Projecto* não pede outra cousa, como é facil verificar comparando-o com os compendios de direito civil patrio nesta parte e com o proprio código philippino. <sup>1</sup>

As palavras da inscripção do tit. 47, liv. 3º das Ordenações do Reino, são as seguintes :

*Que o marido não possa litigar em juizo sobre bens de raiz, sem outorga de sua mulher.*

O principio desse titulo desenvolve a regra enunciada na inscripção, e o § 1º continúa a indicar providencias conducentes a tornar effectiva a exigencia da lei, declarando que o juiz mande que (o auctor) faça citar a mulher do réo, si o marido não tiver procuração bastante para isso. E assim mande ao réo, que cite a mulher daquelle, que chamar por auctor.

Não ha, pois, motivo plausivel nem para os receios, nem para as arguições que se manifestam no commentario desse artigo.

Art. 307. — Assume feição jocosa o reparo. É um desafogo para o leitor opprimido por uma pesada atmosphera de graves censuras.

Art 311, n. 1. — Os criticos não procuraram comprehender a intenção deste paragrapho. E porque não

<sup>1</sup> Vejam-se COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 233; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 144; LAFAYETTE, *Direitos de familia*, § 39.

compreenderam ou porque discordam da doutrina exposta, declaram que a phrase é incorrecta e o principio inconveniente. Muito commodo este systema de criticar. Duvido, porém, que seja vantajoso.

Arts. 329 e 392.—Observações que se desfazem por si mesmas.

Arts. 394 a 401.—Ha, nas observações a estes artigos, lamentavel confusão entre o divorcio romano, *a vinculo*, e o divorcio canonico, ou simples separação de pessoas e de bens. Só assim se explicam as palavras seguintes que se referem á separação por mutuo consentimento : « Esta fórmula de separação que os romanos denominavam *divortium bona gratia* e que tanto concorreu para a relaxação dos costumes do povo rei, foi desprezada pela propria lei franceza de 27 de julho de 1884 que abrogou os arts. 275 a 294 do Codigo Napoleão. »

Esta argumentação poderia ter procedencia si o divorcio romano e o francez regulado pela lei citada fossem identicos ao do *Projecto*. Não sendo, é inutil refutal-a. Si ha perigo social em acceitar o mutuo consentimento como causa do divorcio *a vinculo*, não se poderá dizer a mesma cousa em relação ao divorcio simples dissolução da sociedade conjugal sem ruptura do vinculo do matrimonio.

Seja-me licito intercalar mais algumas glosas ao texto do parecer neste capitulo. Diz-se ahi que a lei de 27 de julho de 1884 veio abrogar os arts. 275 a 294 no Codigo Napoleão. Não se teriam assim expressado os illustres relatores, si lhes occorresse que entre o Codigo e a lei citada apparecera uma outra, a de 8 de maio de

1816, de modo que seria mais correcto dizer que a lei de 1884 manteve a abrogação dos artigos citados.

Cita-se a Inglaterra e a Russia como paizes onde o mutuo consentimento não auctorisa o pedido de divorcio, mas não se attendeu a que essa affirmação sómente é verdadeira em relação ao divorcio perfeito.

Arts. 443 a 450. — Condemna o parecer a pesquisa da paternidade, mesmo com as cautelas e restricções do *Projecto*, com receio dos processos escandalosos a que a lei de 2 de setembro quiz pôr cobro. O *Projecto* attendeu sufficientemente á honorabilidade, á paz e ao recato das familias, não permittindo reconhecimento forçado da paternidade sinão em casos especiaes. Não podia, porém, por esse fundamento, desconhecer: que, perante a natureza, biologicamente, todos os filhos são eguaes, quer procedam de justas nupcias, quer de simples ajuntamentos furtivos; que o crime dos paes não deve ser punido na pessoa dos filhos; e que é profundamente injusto tornar o pae inacessivel aos reclamos do filho, pela razão unica de ser o pae culposo, quando a culpa não pôde servir de defeza a ninguem.

Subsistem intactas as ponderações expendidas nas minhas *Observações*, em favor das quaes continuo a invocar as preciosas auctoridades de CIMBALI, LAURENT, ROSMINI, accrescentando agora as de DUPRÉ DE LA TOUR e do projecto do codigo civil suiso.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, pags. 135 e seg.; ROSMINI, *Filosofia del diritto*; LAURENT, *Avant projet*; DUPRÉ DE LA TOUR, *Recherche de la paternité*; *Projecto de codigo civil suiso* de M. HUBER, arts. 332-347.

Arts. 483, 503, 520, 528, 529 e 538.—Reparos sem valor.

## II. DIREITO DAS COUSAS

Art. 576.— O MARQUEZ DE OLIVART, em sua erudita monographia sobre a posse, <sup>1</sup> depois de estudar este assumpto, cujas seducções se apuram com as difficuldades que o envolvem, depois de perlustrar a sua copiosissima litteratura, depois de submetter a demorado exame as diversas concepções até hoje apresentadas para dar a expressão juridica da posse, chega á conclusão de que a verdade fôra definitivamente empolgada pelo claro espirito de JHERING quando affirmára que a posse era a *exterioridade da propriedade*, achando apenas que se deve ir além, e affirmar:—é a exterioridade do direito, o que aliás dissera o mesmo JHERING.

Pois justamente como a exterioridade da propriedade e dos direitos considerados elementares da propriedade, foi que o *Projecto* apresentou a posse.

Seu ponto de vista, sufficientemente esclarecido nas *Observações* publicadas com o *Projecto* primitivo, não se afasta do que nos offerece o citado OLIVART, quando define a posse—*a relação objectiva do homem com a coisa, abstracção feita da possibilidade subjectiva do direito que lhe justifica a existencia.* <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *La posesion*, apuntes y fragmentos de una nueva teoria posesoria, Barcelona, 1884.

<sup>2</sup> *Op. cit.* pag. 356.

Suas palavras quasi que são a reproducção das do genial professor de Gottinga, justamente conceituado por PICARD como o maior dos jurisconsultos do seculo XIX. <sup>1</sup>

Escreve o incomparavel jurisconsulto da *Besitzville*:

« Por exterioridade da propriedade entendo o estado normal externo da cousa, no qual ella cumpre o seu destino economico de ser util aos homens. Este estado assume, segundo a diversidade das cousas, um aspecto exterior differente; para umas, confunde-se com a de-tenção ou posse physica da cousa; para outras, não. »

E, depois de uma interessante analyse da feição economica e juridica da posse, conclue:

« É, portanto, o interesse da propriedade que determina a protecção possessoria e com ella a noção da posse. Onde motivos praticos fazem conceder a primeira, o jurisconsulto deve chamar posse o estado das cousas, mesmo quando nada têm de posse no sentido natural da palavra. » <sup>2</sup>

Em outra parte, resumindo a sua theoria, diz o sabio jurista allemão: « O facto e o direito, tal é a antithese a que se reduz a distincção entre a posse e a propriedade. A posse é o poder *de facto*; e a propriedade, o poder de direito sobre a cousa. Ambas podem se achar com o proprietario, mas podem tambem separar-se. » E

<sup>1</sup> *Le droit pur*, pag. 16.

<sup>2</sup> *O Fundamento dos interdittos possessorios*, pags. 185 e segs. da traducção franceza, e 216 e segs. da brazileira.

mais adiante: a posse constitue a condição de facto da utilização economica da propriedade. <sup>1</sup>

Creio que estas referencias são sufficientes para attestarem que o art. 576 do *Projecto* traduz, em uma formula geral, a doutrina de JHERING, do modo porque pareceu mais adequado a um artigo do codigo. Si, porém, não parecer bastante lucida a correspondencia entre o original e a transplantação, leiam-se as seguintes palavras do mesmo jurista: « A que principio se deve ligar a posse? Ao elemento em que repousa exclusivamente a sua importancia, ao elemento economico. A *posse* é a relação de facto entre a pessoa e a cousa, tal como a determina o fim de utilização da cousa, no ponto de vista economico.» <sup>2</sup> E ainda estas: «Torna-se possuidor, segundo este ponto de vista, *aquelle que poz ou fez pôr, de facto, a cousa em uma posição que corresponde á propriedade*, e que, deste modo, o assignala como pretendente á propriedade.» <sup>3</sup>

Em substituição ao art. do *Projecto*, a Commissão propõe uma formula em que se restabelecem os dous elementos constitutivos da posse, segundo a theoria de SAVIGNY, a *vontade* que o codigo allemão rejeitou e que a

<sup>1</sup> *Questões de direito civil*, trad. ADHERBAL DE CARVALHO, pags. 93 e segs.

<sup>2</sup> *Besitzville*, Jena, 1889, pag. 481.

<sup>3</sup> *O Fundamento dos interdictos possessorios*, p. 176. GIANTURCO, *Istituzioni*, § 43, escreve: *Posse é um facto correspondente aos direitos reaes capazes de continuado exercicio*; PLANIOL, *Traité*, I, n. 936: *La possession étant l'exercice en fait du droit de propriété ou de ses demembrements ne peut s'appliquer qu'aux choses susceptibles de propriété privée.*

maioria dos tractadistas sómente reconhecem, hoje, sob a sua feição abstracta, e o poder physico, que não se tem mostrado mais resistente á critica do que o seu correspondente psychico.

O momento não comporta um estudo demorado deste assumpto, pelo que devo limitar-me ás observações seguintes:

Ha casos em que a posse se adquire e se conserva independentemente da vontade do possuidor. Assim é que o infante, que não tem vontade, pôde, não obstante, possuir; o que enlouquece nem por isso perde a posse; o herdeiro, ainda ignorando o fallecimento do hereditando, entra na posse dos bens da herança, desde o momento em que a successão se abre. Isto quanto á vontade.

Com relação ao poder physico, podemos affirmar que elle existe em certos casos e é desnecessario ou impossivel em outros.

Para as cousas que de ordinario se guardam e podem ser defendidas, a posse importa poder physico; para as outras, não. Porém, mesmo para aquellas, o ponto de vista do poder physico é exacto, simplesmente porque « tal modo de detenção constitue, a respeito dessas cousas, a fórmula economica normal de sua relação exterior com a pessoa. »

Um predio situado a grande distancia da morada do proprietario, os materiaes amontoados em terreno aberto que vae ser edificado, as arvores cortadas que ficam na matta para serem mais tarde recolhidas, estão na posse

do dono, mas não seria licito affirmar que elle tem sobre taes cousas um poder de facto a todo momento.

Vê-se, pois, que a theoria não é verdadeira.

São estas as razões que, além das expostas nas *Observações*, agora me occorrem em apoio da doutrina possessoria do *Projecto*.

Art. 607.— Já foram respondidas as observações feitas a este artigo.

*Propriedade*. « Fôra de mais valor pratico escrever dominio », insinua o parecer na primeira edição.

Reparando, porém, os seus auctores que sob a inscripção — *propriedade*, havia direitos intellectuaes aos quaes repugnaria a qualificação de *dominio*, na segunda edição deslocam o reparo para o capitulo II, e dizem: Fôra de *melhor effeito pratico* escrever dominio. Nem com a correccção se tornou mais valiosa a ponderação. Que effeitos praticos se acharão ligados á expressão dominio immovel? Porque serão prejudicados, com a dicção — *propriedade immovel* ?

Art. 619.— É clara a doutrina do *Projecto*. A propriedade movel adquire-se pela tradição e a immovel pela inscripção, que é considerada uma tradição solemne. <sup>1</sup> Propuzera o *Projecto* primitivo, de accôrdo com as excellentes reflexões do DR. DIDIMO, que a inscripção do registro predial constituísse prova de dominio, mas á commissão revisora nomeada pelo Governo pareceu que não estavamos sufficientemente aparelhados para a

<sup>1</sup> LAFAYETTE, *Direito das cousas*, § 48. DIDIMO, *Direito hypothecario*, n. 220.

acceitação immediata dessa reforma em nosso regimen de propriedade immovel, e foi mantido o principio do direito vigente, segundo o qual a inscripção induz apenas a presumpção do dominio.

Qualquer dos dous modos de ver encontra apoio em boas razões de ordem jurídica e economica. O mesmo, porém, acredito que se não possa dizer, em face do direito patrio (que é o ponto de vista do parecer), da doutrina exposta pelos criticos: « o dominio adquire-se, isto é, é cedido pelo antigo proprietario por escriptura publica ou particular nos casos em que esta é permittida.

Ha, portanto, defeito na redacção do artigo e mesmo na doutrina, etc. »

Não ha quem ignore que o systema do direito patrio é o mesmo do direito romano, segundo o qual—*traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (Cod. 2, 3 l. 20). E sendo a transcripção a tradição solemne, segue-se que é boa a doutrina de LAFAYETTE, quando affirma: « No estado actual do direito civil, a tradição e a transcripção são os dois factos externos de que a lei faz, em geral, *dependere a transmissão do dominio* »; e mais adeante: « o genio inventivo do legislador creou um novo modo de transferencia do dominio e de seus direitos elementares:— *a transcripção dos titulos de aquisição* em registros publicos »; e mais adeante: « Entre nós a transcripção é hoje *modo legal de transferencia do dominio* sobre os immoveis »; <sup>1</sup> e final-

<sup>1</sup> LAFAYETTE, *Direito das cousas*, § 43.

mente : « Antes de preenchida a formalidade da transcripção do titulo de transmissão, o *dominio sobre immoveis* não passa do alienantê para o adquirente. » <sup>1</sup>

Nas mesmas idéas abunda o illustre DR. DIDIMO, dizendo que a transcripção opéra a validade das deslocações do dominio e que, sem ella, a translação do dominio dos immoveis não se effectua entre as partes, porque, « segundo a expressa disposição do art. 234 do decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, antes da transcripção, apenas existe, entre as partes, um simples contracto, e, não sendo a convenção meio de transferir a propriedade no nosso direito, a consequencia é que aos estipulantes apenas assistem os direitos pessoaes que decorrem das convenções, não o direito de propriedade, que exige a tradição da cousa. » <sup>2</sup>

O *Projecto* não estava adstricto a manter o direito actual, por isso as increpações, si tivessem fundamento na lei patria, passar-lhe-iam á distancia. Mas não pôde a commissão da Faculdade Livre invocar a mesma excusa, e ha de reconhecer, reflectindo melhor, estou certo, que a tradição do nosso direito foi respeitada pelo *Projecto*, que tomou por guia. nesta parte, os dois tractadistas acima invocados.

Art. 624. — Este artigo sujeita á inscripção :

1.º, as sentenças proferidas nas acções divisorias, das quaes resulte cessação do estado de communhão ;

<sup>1</sup> *Direito das cousas*, § 48.

<sup>2</sup> *Direito hypothecario*, n. 222.

2º, as sentenças que, nos inventarios e partilhas, adjudicam bens de raiz para pagamento das dividas da herança ;

3º, a arrematação em praça publica e as adjudicações.

Defendem o *Projecto*, quanto aos dois ultimos numeros, as palavras de LAFAYETTE, referindo-se aos actos judicarios excluidos da transcripção pelo regulamento hypothecario: «uma tal exclusão não estava na lei. É uma mera creação do decreto, contraria ao texto da mesma lei e incompativel com a razão della. A lei só dispensa da formalidade da transcripção os actos *causa mortis*. A arrematação, a adjudicação são actos entre vivos —nos quaes o juiz representa o alienante. Si a carta de arrematação ou de adjudicação não é transcripta, o executado pôde illudir a boa fé de terceiro e fraudulentamente vender o predio já arrematado e adjudicado: —fraude que o registro é destinado a prevenir.» <sup>1</sup>

Quanto ao primeiro numero do artigo, defende-o proficientemente DIDIMO DA VEIGA FILHO. <sup>2</sup>

Accrescenta o parecer que a presente secção do *Projecto* é lacunosa, comparando-a com a lei hypothecaria, art. 8º e o regulamento de 2 de Maio de 1890, arts. 233 a 236. Do confronto se nota que o *Projecto*, nesta parte, não fala da inscripção do dote, pela razão obvia de que

<sup>1</sup> *Direito das cousas*, § 50, nota (4)

<sup>2</sup> *Direito hypothecario*, n. 222.

está expondo a transmissão da propriedade. Será essa a pretendida lacuna ? !

Como é facil criticar ! Mas em que cipoal não se deixa emmaranhar quem se entrega á mercê dessas facilidades !

Art. 686, § 2º — A Commissão confunde abandono com prescripção, ou, antes, com usucapião, cousas muito differentes. No abandono, o titular do direito despoja-se voluntaria e extensivamente; na usucapião, a posse, mantendo-se por certo espaço de tempo, transforma-se em propriedade.

Art. 691 e seguintes.— Não vejo necessidade de oppôr embargos á critica, evidentemente debil. Note-se, entretanto, mais esta contradicção. Tratando da hypotheca, assevera o parecer « que um codigo não é objecto de regulamento e é, antes, elle mesmo, a lei regulamentar. » Não muito adeante é outra a brisa que sopra e outra a direcção que toma o parecer, opinando que o pagamento por consignação é *materia de direito processual, pelo que é o regulamento* commercial e não o codigo a lei que se occupa da especie. De modo que, no pensar da Commissão, o pagamento por consignação em direito civil offerece objecto para alguns artigos de regulamento, mas em direito hypothecario não ha casos para isso. Allí, porque certas disposições de character regulamentar não ficam bem no Codigo; aqui, porque não ha disposições regulamentares que se devam reservar para leis annexas ou accessorias. Todas hão de fazer parte integrante do Codigo !

## III. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

São de relevancia minima as observações do parecer em referencia a esta parte do *Projecto*. Destacarei, não obstante, dois dos reparos feitos.

Art. 279.— Prohibe o *Projecto* que os paes comprem aos filhos, porque : 1.º, a auctoridade paterna e o dever de respeito e obediencia do filho não permitem que essas pessoas tenham a necessaria liberdade de determinação, que é a base psychologica das convenções ; 2.º, a compra, da mesma forma que a venda, póde acobertar uma doação, e não ha razão sufficiente para romper-se, neste caso, a unidade conceitual do contracto de compra e venda.

*Insolvencia*.— Impugna o parecer a insolvencia civil, sob o fundamento de que o codigo civil allemão não julgou prudente comprehendel-a nas suas disposições. Esta razão não procede para quem sabe que, juntamente com o codigo civil tudesco, entrou em vigor, no dia 1 de janeiro de 1900, a lei de 17 de maio de 1898 que, precisamente, tem por objecto o concurso creditorio (*Konkursordnung*).

Nas minhas *Observações* disse alguma cousa em justificação da inclusão desta materia no Codigo Civil. Não ha necessidade de repetir-me agora.

## IV. DIREITO DAS SUCCESSÕES

Os versados professores que relatam o parecer a que agora appenso estas notas em prol do *Projecto do Codigo*

*Civil*, antes para desaggravo da justiça, da qual se me afigura que andou arredio o parecer, do que para illibar o *Projecto* das notas de incorrecto, lacunoso e imprestavel com que desapiedadamente o fulminam; os versados professores, ia dizendo, attribuem a ROUSSET uma asserção que, duvido muito, tivesse sido emittida pelo illustre auctor da *Science nouvelle des lois*: um codigo não é um livro de direito. Que um codigo não seja um livro de doutrina comprehende-se, e é noção acceita, mas que não seja um livro de direito, ninguem dirá.

Art. 1.908.—Define-se herança neste artigo por mais de um motivo. O primeiro é justamente a necessidade de fixar-lhe a noção para que se não confunda com successão. O segundo, assignalar que o direito patrio não conhece os legatarios universaes, residuo de idéas desaparecidas, si bem que ainda não expungidas do direito francez. O terceiro é affirmar um principio geral do qual a lei extráe consequencias em seguida, e ainda mais numerosas ha de extrair, pos certo, a jurisprudencia, si o art. 1.908 do *Projecto* se crystallisar em dispositivo do futuro codigo civil brasileiro.

Art. 1.904. — Pretende o parecer que é defeituosa a locução — auctor da herança, embora reconheça que, em mais de uma monographia e em trabalhos de recente data, se lê — pela morte do auctor da herança, quando se faz referencia ao *de cujus*.

Esta confissão poupa-me o trabalho de transcrever trechos de civilistas dos mais egregios que puzeram em circulação a condemnada expressão. Em substituição o

que se propõe? O peregrinismo — *de cujus?* Não terá o código civil portuguez auctoridade sufficiente em materia de linguagem juridica? Pois repetidas vezes ahi se encontra a dicção tachada de incorrecta, como se pôde ver nos arts. 1.737 e 1.738.

E porque se não deve dizer — auctor da herança? Porque, pondera a Commissão da Faculdade Livre, «esta é uma *creação juridica* (?), depende da lei, como tambem o são a hypotheca e o usufructo.» Esta razão é de uma obscuridade perturbante. Si percebo o que se pretende significar com a expressão — *creações juridicas*, equivale ao que outr'ora se chamava na escola — *creações da lei civil*. Verdade é que hoje ninguem mais se preocupa com esta distincção de institutos de direito natural e de direito civil. Mas, si não é isso, não sei o que possa ser.

Por outro lado, invoca o parecer um pensamento profundo do preclaro CIMBALI, segundo o qual o fundamento juridico do direito successorio encontra sua justificação na ordem social, na continuidade da vida da humanidade, através da cadeia ininterrupta de gerações, e na continuidade no gozo dos bens necessarios á conservação e ao desenvolvimento progressivo da propria vida.

Sendo assim, a successão é uma criação juridica por seu fundamento e por seus fins, causal e theologicamente, natural como a que mais o fôr.

Natural, no unico sentido em que se pôde admittir o termo para adjectivar uma instituição juridica, porquanto, sómente aquelle que não esclareceu o espirito pelo estudo da historia, observa o excelso JHERING, pôde

manter-se na illusão de que a natureza depoz no coração do homem os principios superiores do direito. A natureza, continua o jurista-philosopho, não se fez a directora do homem no dominio do direito, como em nenhum outro. Deu-lhe as necessidades, que sempre o atormentam, e a intelligencia, que o auxilia a encontrar os meios de satisfazer-as. É assim que ella faz surgir todas as instituições humanas. <sup>1</sup>

Que será, então, o que se deve entender por creações juridicas, na phrase do parecer?

O art. 1.904 do *Projecto* reza assim: « A successão abre-se pela morte do auctor da herança e no logar de seu ultimo domicilio. » O momento em que e o logar onde se abre a successão estão claramente indicados. E que a indicação desse logar se refere aos nacionaes é ocioso acrescentar, pois que o imperio da lei tem limites politicos, aos quaes tem de forçosamente se circumscrever.

Isso, porém, não parece indiscutivel aos relatores do parecer, e, para darem fórma mais nitida ao seu pensamento, propõem o seguinte substitutivo ao mal redigido artigo do *Projecto*.

Eis o modelo de redacção juridica : « A successão da pessoa natural abre-se por sua morte, sendo regulada pela legislação vigente no logar de seu ultimo domicilio, quanto aos nacionaes, e quanto aos estrangeiros regendo a disposição do art. 37 do titulo preliminar. »

---

<sup>1</sup> *Histoire du développement du droit romain*, trad. MEULENAERE, pag. 17.

Hão de me permittir os illustrados mestres que externe alguns dos reparos que a leitura deste trecho me suggere. *A successão da pessoa natural*. Era neste caso inutil o epitheto *natural*, porque as pessoas juridicas, em rigor, não morrem, extinguem-se e dissolvem-se, como se diz na parte geral do *Projecto*, e porque o destino ulterior dos bens da pessoa juridica extincta não importa devolução por direito hereditario.

*Sendo regulada pela legislação vigente no lugar do seu ultimo domicilio, quanto aos nacionaes*. A lei reguladora da successão dos nacionaes não varia segundo os domicilios, porque, si estes estão situados dentro do territorio nacional, sobre todos elles domina uma lei sómente, não existindo um direito hereditario para Manicoré, no Amazonas, outro para a Capital Federal, é outro para S. José de Tocantins; si estão situados fóra do paiz, essa parte do artigo diz a mesmissima cousa que a segunda, pois que o assumpto fica submettido aos preceitos do direito internacional privado e, portanto, ao disposto no art. 36 do titulo preliminar.

*E quanto aos estrangeiros, regendo a disposição do art. 37 do titulo preliminar*.

Nunca houve phrase mais inutil em artigo de lei, porquanto, si o art. 37 do titulo preliminar tem alguma significação, essa não póde ser outra sinão a seguinte: a successão do estrangeiro que fallece no Brazil, abre-se no ultimo domicilio do fallecido, isto é, no domicilio que esse estrangeiro tinha no Brazil; a successão do brasileiro que fallece no estrangeiro, abre-se no domicilio que esse brasileiro tinha no estrangeiro.

Continuando neste terreno, avança o parecer que o art. 37 do titulo preliminar necessita de um complemento que, em parte, é inteiramente desnecessario, e, em parte, de todo extranho ao assumpto particular do art. « A successão legitima ou testamentaria (diz o alludido complemento, reproduzindo o art. 8.º das disposições preliminares do codigo civil italiano), quer quanto á successão propria <sup>1</sup>, quer quanto á quota hereditaria, bem como á validade intrinseca das disposições da ultima vontade, são reguladas pela lei da nacionalidade daquelle cuja successão se abre <sup>2</sup>, quaesquer que sejam os bens e o paiz em que sejam.»

O art. 37 do titulo preliminar regula sómente a successão legitima e contém tudo quanto se encontra a respeito no citado artigo do codigo civil italiano. A ordem da successão e a quota hereditaria ahí se acham claramente submettidas ao imperio da lei nacional, pois que o artigo diz : « A ordem da vocação hereditaria e o direito dos herdeiros legitimos regulam-se pelo direito nacional da pessoa de cuja successão se tracta.»

Si nada dispõe sobre a *validade intrinseca das disposições de ultima vontade*, é simplesmente porque foi reservado esse assumpto para o art. 38, onde se lê : « A fórma do testamento é regulada pela lei do logar em que é feito; e a *substancia pela lei nacional do testador*, vigente ao tempo de sua morte.» Si deixou de referir-se, como o codigo italiano, á diversa natureza dos bens, foi porque, submet-

<sup>1</sup> Sia quanto all ordine de succeder, diz o legislador italiano.

<sup>2</sup> Della cui ereditá si tratta.

tendo a successão a uma lei unica, a da nacionalidade do hereditando, nenhum applicador da disposição poderia fazer distincções para submeter os moveis a um principio e os immoveis a outro. O legislador italiano, vindo inaugurar um principio novo, vindo oppôr-se á corrente da doutrina dominante no tempo de sua promulgação, querendo mostrar que se afastava do seu modelo francez, tinha razões para accentuar bem esse poncto, porém nem subsistem mais esses motivos, tendo a doutrina nestes trinta e seis annos que se seguiram ao apparecimento do codigo italiano corroborado o pensamento alli consagrado, nem o legislador patrio está collocado na posição do italiano de 1865.

E assim são feitas em geral as criticas deste parecer. Não é sómente o ponto de vista que é falso ; denunciam leitura pouco attenta da obra criticada.

Art. 1.906. — É preciso reler o artigo do *Projecto*: «Si o fallecido deixar *conjuge meieiro*, com quem estivesse vivendo ao tempo da morte, será este mantido provisoriamente na posse e administração dos *bens communs* até á partilha.» Attenda-se bem—CONJUGE MEIEIRO, BENS COMMUNS. Veja-se agora como dissertam os criticos: «O grande VALASCO, c. 6, 84; MENEZES, *Pratica dos juizos divisorios*, e RAMALHO, *Inst. orphanologicas*, estabelecem e elucidam a regra, geralmente seguida pela jurisprudencia brazileira, de que não é a mulher cabeça do casal, quando o seu casamento é *segundo o regimen dotal*, e os bens se não *communicam*, salvo expressa estipulação em contrario no proprio contracto ante-nupcial. Entre-

tanto, essa mulher devia viver com o marido ao tempo de sua morte e, portanto, segundo a regra do art. 1.906, devia ser cabeça de casal e inventariante do *de cujus*.» Não é pasmoso este modo de criticar?! Será possível que os criticos tivessem lido o artigo criticado?

Proseguindo na sua bizarra dissertação, accrescentam os relatores do parecer: «O *Projecto* diz que o dominio e posse da herança se transmittem ao herdeiro desde a morte do *de cujus*. Ora isto não é exacto, pois ao herdeiro só compete dominio sobre a quota de bens que lhe cabe em partilha, etc.» Eu perguntaria aos censores a quem cabe a propriedade dos bens hereditarios durante a indivisão, isto é, no espaço de tempo que medeia entre a morte do hereditando e a partilha? Perguntaria mais si a successão não é modo de adquirir a propriedade, e si a partilha não é simplesmente um acto declarativo dos direitos dos herdeiros.

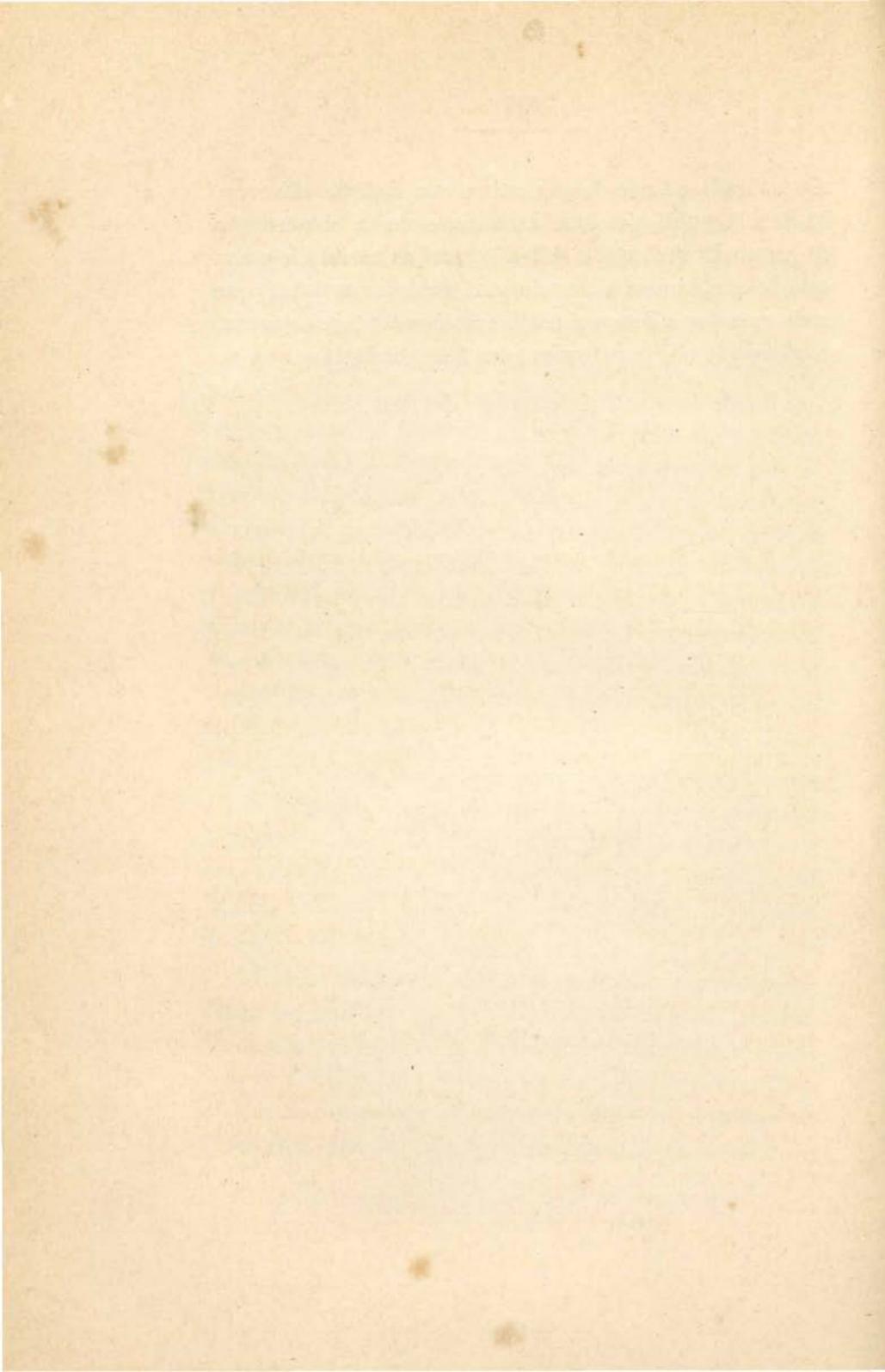
A successão, realisando a translação da propriedade e dos outros direitos transmissiveis, torna os herdeiros consenhores dos bens da herança, desde o momento da abertura da successão. Este estado de communhão de indivisão, cessa com a partilha que *singulas res singulis heredibus adjudicat*.

Não ha necessidade de prolongar mais esta resposta. Julgo ter posto em lucido relevo a sem razão da critica. Tem necessariamente o *Projecto* muitos defeitos. Não foram indicados pelo parecer da Faculdade Livre, mas a reflexão, o estudo, a competencia e a boa vontade do Congresso Federal hão de saber expungil-os, e eu tenho

fé arraigada e firme de que, sobre esse modesto alicerce, ha de a Republica erguer a solida e vasta construcção de nosso direito civil codificado, porque não soffre o aneio de que é presa a consciencia juridica nacional que mais uma vez adiemos a realisação dessa nobre empreza, confessando-nos impotentes para bem conduzil-a.

Rio de Janeiro, 14 de Agosto de 1901.

---



## AO CONGRESSO NACIONAL <sup>1</sup>

---

Exms. Srs. Membros do Congresso Federal Brasileiro.— Sei que muito já se tem feito no sentido de expungir do futuro código civil brasileiro as imperfeições communs em obras de tal extensão e complexidade, e cumpre ainda uma vez publicamente reconhecer que mais do que qualquer outro foi efficaz nesse empenho o esforço extraordinario da benemerita Commissão Especial da Camara dos Deputados.

Espero, todavia, que me não haveis de julgar impertinente por vos solicitar a esclarecida attenção para alguns senões que, no meu entender, ainda se conseguiram insinuar no Projecto, apesar da vigilancia incançavel da critica.

O fim que tenho em vista e a intenção com que me animo a vos dirigir estas observações em que os argu-

---

<sup>1</sup> Embora muito rapidas estas indicações e sómente apreciaveis em face dos trabalhos a que se referem, entendi não as deixar esquecidas, porque auxiliam o estudo da historia do código civil e esclarecem responsabilidades.

mentos e as razões foram substituídos por simples appello á reflexão dos que me vão ler, estou certo, estão patentes e me justificam.

E o que desejo é simplesmente ver que um trabalho para o qual convergiram tantas energias e tão decidida vontade de acertar, corresponde á expectativa geral.

#### LEI PRELIMINAR

O *Projecto primitivo* offerecera uma lei de introdução com 42 artigos ; o *revisto*, um titulo preliminar com 41 ; e o *actual* apresenta uma *lei preliminar* contendo apenas 17 dispositivos, sem que a differença numerica tenha por correspondente egual differença sob o ponto de vista das idéas.

Na primeira revisão, o artigo sacrificado foi o seguinte : *A lei brazileira reconhece a dissolução do vinculo matrimonial resultante do divorcio legalmente pronunciado no estrangeiro, entre conjuges estrangeiros.* Convencido, embora, da justeza do principio reflectido nessa disposição, não pedi o seu restabelecimento, porque me pareceu que o momento não era propicio, urgindo desenvolver a defeza de outras que corriam o risco de sossobrar. Mas a justificação desse preceito da justiça internacional se acha sufficientemente desenvolvido no ensaio sobre o *divorcio no direito internacional privado* que fórma o ultimo capitulo dos meus *Estudos de direito e economia politica*, segunda edição.

A segunda revisão elidiu tudo quanto se referia á celebração de casamento e tutela, á prescripção e á

caução *judicatum solvi*. Apesar disso, porém, não diverge muito a *lei preliminar* do Projecto actual, do titulo preliminar do Projecto anterior, na parte referente ao direito internacional privado, porque as idéas capitaes foram mantidas, operando-se a reforma por concentração antes do que por introdução de principios novos.

Novidades apparecem exclusivamente no paragrapho unico do art. 8º, onde se faz applicação da lei estrangeira a alguns brasileiros, e no art. 13, onde se deu preferencia á lei do logar do contracto para a regulamentação das obrigações convencionaes.

Não considero innovação as palavras — *qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz em que se achem*, intercaladas no art. 15, porque nenhuma alteração trazem á doutrina acceita pelo Projecto revisto.

Essas palavras, a meu ver ociosas, não dispensam, segundo procurei mostrar na ultima vez em que usei da palavra perante a nobre Commissão Especial, um artigo em que se declare onde o direito internacional privado considera aberta a successão, sem o que não solveremos os conflictos possiveis em materia de tanta ponderação, nem obteremos a *unidade* da successão que é o reflexo da sua *universalidade*.

A essa necessidade attendia o art. 36 do Projecto revisto, cujo restabelecimento se me afigura indispensavel.

Não discutirei a preferencia dada pelo art. 13 á lei do logar do contracto.

Sobre este ponto as opiniões variam consideravelmente, e ainda que esteja convencido da superioridade da que transparece no art. 35 da *lei de introdução* do Projecto primitivo, não desconheço os argumentos que podem invocar as que se alliam sob outras bandeiras.

Quanto, porém, ao parographo unico do art. 8º, da lei preliminar, direi mais uma vez que o reputo contrario aos preceitos de nossa Constituição que fixam os modos por que se adquire e perde a nacionalidade brasileira, e ao principio fundamental que submete todos os brasileiros, sem excepção, ao imperio soberano da lei brasileira.

Restaurando a doutrina de uma lei que já no tempo da monarchia era accusada de inconstitucional, a de 10 de setembro de 1860, submete os filhos de estrangeiro á lei do paiz de seus paes, a despeito do art. 69 da Constituição que os declara brasileiros. Tal restricção do direito constitucional não é admissivel em lei commum. Sómente a propria Constituição poderá legalmente consagral-a.

Demais, a expressão *estado civil* é ambigua; estado é o modo de existir da pessoa, ou, como dizem alguns juristas, são certas qualidades que a lei toma em consideração para attribuir-lhes effeitos juridicos.

Sob o ponto de vista politico, ha, por exemplo, no direito patrio, o *estado de nacional* que consiste na *qualidade de brasileiro* considerada como causa de relações juridicas na ordem politica. Este é o estado politico.

O estado civil, comprehendendo-se como opposto ao

politico, deve consistir nas qualidades individuaes que determinam effeitos juridicos na ordem privada, ou, segundo a situação physica da pessoa (*estado pessoal, estado physico pessoal, modo de existir geral da pessoa, capacidade*), ou, segundo as relações particulares da pessoa em frente a certos circulos de organização da vida social (estado de familia, modo particular de existir das pessoas).

Assim, sob o ponto de vista *civil*, ha em rigor dous estados ou antes duas categorias geraes de estados: o estado *physico*, que TEIXEIRA DE FREITAS identificára com a *capacidade*, e o estado de *familia*.

Em relação ao primeiro, distinguem-se as pessoas em *menores* ou *maiores*; *sadias de espirito* ou *alienados*; *homens* ou *mulheres*.

Em relação ao segundo, ha que distinguir: *marido e mulher, pae e filho*; *parentes consanguineos e affins, legitimos e illegitimos, naturaes e civis*.

Este é o sentido natural das palavras *estado civil*. Em outra accepção, que não é genuinamente scientifica, mas que se tornou vulgar, *estado* tem uma significação mais lata, referindo-se ao modo de ser da pessoa sob o ponto de vista da sua profissão, e ao mesmo tempo mais especial, porque sómente se attende á profissão religiosa.

Assim, ao *estado civil* se oppõe o *estado religioso*, isto é, ao *secular* oppõe-se o ministro de uma religião.

Evidentemente, porém, a expressão *estado civil*, empregada no paragrapho unico do artigo 8º da *lei*

*preliminar*, não foi tomada em nenhuma das accepções indicadas. O que significam, então, essas palavras?

Dil-o sómente o sentido da phrase.

*Estado civil* é o mesmo que *lei nacional em seus effeitos civis*.

O filho, durante a menoridade, segue a condição *civil do pae*, quer dizer: o filho durante a menoridade está submettido á lei nacional de seu pae.

O Projecto, portanto, restaura nesta parte a celebre lei de 10 de setembro de 1860, que já no tempo da monarchia era acoimada de inconstitucional e que hoje, segundo o parecer corrente entre os juristas, não tem mais razão de ser, porque fere de frente a Constituição Federal, art. 69 n. 1.

Effectivamente, a Constituição Federal, no artigo citado, declara *cidadãos brasileiros* os nascidos no Brazil, ainda que de pae estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação.

O cidadão brasileiro está submettido á lei brasileira, a ella se prende por vinculos que só se rompem com a perda da nacionalidade.

Portanto, retirar os cidadãos brasileiros do art. 69, n. 1, da Constituição, de sob o imperio da lei brasileira, importa *desnacionalisal-os* ou, pelo menos, prival-os da protecção soberana da lei brasileira.

Mas uma lei civil ordinaria, como é o Código Civil, nem póde crear um modo novo de perda de nacionalidade, nem declarar, por odiosa excepção, que uma classe

de brasileiros, no territorio nacional, não tem direito de invocar a lei de sua patria.

Não pôde, em vista do exposto, ser mantida esta parte do paragrapho unico do art. 8º da lei preliminar.

Tambem não deve ser conservada a segunda parte referente á mulher, pela mesma razão constitucional que não admite, como diz CARLOS DE CARVALHO, essa persistencia do *mundium*, que outra coisa não é a doutrina que faz a mulher adquirir, pelo casamento, a nacionalidade do marido. Os dous conjuges conservam a sua nacionalidade, como conservam a sua individualidade psychica. Mas como ha necessidade de se traduzir na lei a unidade da familia, declara o direito internacional que as relações pessoas e economicas do conjuge se regulam por uma lei unica. Essa lei, segundo o *Projecto revisto*, era a da nacionalidade do marido.

Assim, cumpre restabelecer a disposição sob a sua fórmula exacta, que é a da redacção final do *Projecto*, antes das ultimas emendas:

*A lei nacional da pessoa rege o seu estado e capacidade civil, as relações pessoas dos conjuges e regimen dos bens no casamento. Si, porém, os conjuges forem de nacionalidade differente, prevalecerá a lei nacional do marido.*

Art. 13 a. — Depois do art. 13 da lei preliminar, é de necessidade restabelecer o art. 36 do titulo preliminar do *Projecto revisto* (37 do primitivo), concebido nos termos seguintes:

*Abre-se a successão hereditaria no ultimo domicilio do auctor da herança.*

O intuito desta affirmação legal é manifestar que, para o legislador brasileiro, a successão é não sómente *universal*, pela submissão de todos os bens do *de cujus* a uma lei unica, a da sua nacionalidade, mas tambem é *una*, pela concentração de todas as relações juridicas a um fôro só — o do domicilio do succedendo.

As palavras accrescentadas ao actual art. 15 (*qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz em que se achem*) são de todo inefficazes para esse effeito. Si não são, excusa da redundancia, apenas servem para accentuar mais o pensamento já expresso no art. 15 antes da intercalação desses dizeres. Apesar dellas, podem dous juizes de nações differentes julgar-se egualmente competentes, o da situação dos bens e o do domicilio, por exemplo. E, dado o conflicto, como se ha de solver? O nosso codigo determina: si o domicilio do *de cujus* estiver situado fóra do territorio nacional, não é competente o juiz brasileiro.

Reconhecendo os outros povos o mesmo principio, firmamos assim, de modo definitivo, este passo para a uniformisação do direito internacional privado. Basta ler os expositores da materia e as resoluções da Conferencia de Haya erigidas em base de tractados internacionaes, para se ter a certeza de que assim é.

O que se pôde allegar contra este artigo é que constitue uma verdade juridica inconcussa, geralmente sabida e universalmente acceita. Mas eu creio que ainda assim o seu restabelecimento é util.

Outro artigo que é conveniente salvar é o 41 do *Projecto revisto*, cujo pensamento liberal dispensa toda justificação. Diz elle :

*Não se exigirá fiança ás custas do processo áquelle que invocar a intervenção dos tribunaes brasileiros, para a solução de qualquer pendencia de ordem privada, ainda que resida fóra da Republica.*

PARTE GERAL

*Art. 16.* — Deve ser substituído este artigo pelo de igual numero do *Projecto*, em sua redacção final :

*São pessoas juridicas de direito privado :*

I. *As sociedades e as fundações, quando devidamente inscriptas ;*

II. *As sociedades mercantis, observadas, quanto a estas, as disposições do direito commercial.*

A formula actual exige para a personificação da sociedade a posse prévia de um *património*, quando a doutrina o que postula hoje é a capacidade para adquirir e não a aquisição realisada do *património*.

Ha muitas sociedades a que não é justo recusar a personalidade, mas que dispensam para seus fins essa base economica. Porque iriamos erigir em condição existencial da *Academia de lettras* a posse de umas tantas apolices ou de um predio ? E bastariam duas apolices ? Uma seria sufficiente ?

Não é, porém, este o unico defeito do art. 16 do *Projecto*. Determina o seu paragrapho unico que as so-

ciedades civis só podem constituir-se por escripto, que será lançado no registro geral, e se *regerão pelas disposições da parte especial do Código*. A parte especial no art. 1.402, n. IV, estabelece que a morte, a incapacidade ou insolvencia de um dos socios acarreta a dissolução da sociedade. Comprehende-se que este principio tenha natural applicação em se tractando de sociedades de fins economicos, mas de todo não se coaduna com as sociedades de fins ideaes, algumas das quaes se destinam a ter uma duração indefinida

Art. 23. — Alteração de fôrma :

*As sociedades organisadas como pessoas juridicas têm existencia distincta da dos individuos que as compõem.*

Além dessa modificação de fôrma, faz-se necessario introduzir uma outra de fundo, redigindo o resto do artigo pelo modo que se vê na redacção final do Projecto (art. 22):

§ 1.º *Aquellas que não tiverem personalidade juridica, serão regidas pelas disposições do livro III da Parte Especial deste Código, relativas á sociedade, valendo apenas como contractos entre os socios. Os actos juridicos praticados em nome dellas obrigarão pessoalmente o seu auctor, em relação a terceiro.*

§ 2.º *Havendo mais de um auctor, a responsabilidade será solidaria, salvo direito regressivo contra os demais socios, para a devida indemnisação.*

O § 1º do art. 23, que é o art. 23 da redacção final, passará a constituir um artigo independente.

O § 2º desaparece, porque está em contradicção consigo mesmo e com o art. 16.

Por este art. 16, as sociedades que tiverem *património* e se tiverem inscripto são pessoas jurídicas; pelo art. 23 § 2º se abre mão da existencia do patrimonio e parece condição bastante para a personalisação da sociedade a inscripção. Depois se diz *as sociedades que*, por falta de auctorisação ou registro, *não forem reputadas pessoas jurídicas*, não poderão accionar as pessoas que as compõem nem terceiros; *mas estes poderão responsabilisal-as por todos os actos que praticarem*.

Noto, em primeiro lugar, que a theoria sustentada em opposição ao Projecto foi a da liberdade corporativa plena. Basta que a sociedade exista para que se a deva considerar pessoa jurídica, proclama essa theoria. Agora se exigem, além da condição do Projecto, que era sómente o registro, mais a posse do patrimonio.

Em segundo lugar, parece incongruente dizer que as sociedades que não forem pessoas jurídicas podem ser juridicamente responsabilisadas, porquanto, para que essa responsabilidade se torne effectiva, ha de a sociedade ser accionada, e uma sociedade que responde pelos actos dos seus membros, comparece em juizo e póde ser condemnada ou absolvida, evidentemente *é uma pessoa jurídica*. Mas, si é pessoa jurídica independentemente de registro, como dizer que, por não ser registrada, não se reputa pessoa jurídica?

Art. 24. — Porque os artigos anteriores se apresentam sob fórma diversa, este, que nos expõe os modos de

extincção das sociedades personificadas, ha de correspondentemente soffrer alterações. Cumpre, em vista disso, restabelecer os arts. 24 e 25 da redacção final. <sup>1</sup>

Art. 223, I. — Esta disposição abre uma porta excessivamente larga ás nullidades do casamento, larga e perigosa, porque se abre pela móla do arbitrio. Qualquer insignificante defeito será considerado insupportavel, porque o juiz dessa qualificação só póde ser o allegante.

Art. 266, III e IV. — Não me parece justificavel a exclusão da communhão nestes casos, <sup>2</sup> porque, si o Projecto preferiu esse regimen para os casos em que as partes nada estipulassem ou em que fossem nullas as estipulações feitas, foi naturalmente por motivos de ordem moral

<sup>1</sup> Eis as disposições a que alludo :

Art. 24. — A sociedade, como pessoa juridica, deixa de existir, procedendo-se á respectiva liquidação :

I, quando cahir em estado de insolvencia judicialmente verificada ;

II, quando expirar o prazo estabelecido para a sua duração ;

III, quando a maioria dos socios tiver resolvido sua dissolução, resalvados os direitos da minoria e de terceiros ;

IV, quando realisado o fim para que fôra organizada ;

V, quando decretada a sua dissolução pela auctoridade competente ;

VI, quando o numero de socios ficar reduzido a menos de sete, si ella se tiver constituido sob a fórma anonyma, e a menos de tres, nos outros casos.

Art. 25. — A dissolução só póde ser decretada pela auctoridade nos casos dos ns. 2, 3 e 6 do artigo antecedente ou quando a direcção da sociedade comprometter o interesse publico.

§ unico. A dissolução das sociedades de fins commerciaes, não comprehendidas no art. 23, rege-se pelos preceitos estabelecidos na secção competente da parte especial deste codigo (*Trabalhos da Camara*, vol. VII, p. 6).

<sup>2</sup> Nos casos em que um dos conjuges fôr orpham de pae e mãe e em que fôr necessaria a auctorisação judicial (art. 265, ns. III e IV do *Projecto* em discussão no Senado).

ou social, e si esses motivos são reaes, si ha considerações valiosas que fazem preferivel o regimen da communhão ao da separação, porque é que desaparecem quando os nubentes são orphans e quando necessitam da auctorisação judicial para celebrar o seu casamento? Ou o regimen é conveniente, é aconselhado pelo direito e pela sociologia e se não devem privar essas pessôas dos beneficios que elle é destinado a produzir, ou taes beneficios não existem e o Projecto não deveria ter preferido o regimen que agora repudia.

Em um codigo que acceita a communhão universal de bens como regimen commum, a exclusão deste importa sempre uma pena, e as pessôas indicadas dos ns. III e IV do art. 223, não praticaram acto que reclame punição.

Art. 272.— A eliminação deste artigo impõe-se. Refere-se elle ás dividas anteriores ao casamento. Taes dividas, em regra, não se communicam (art. 271, n. VII). Si forem pagas na constancia do casamento, a despeza realisada para esse fim deverá ser imputada na meação do conjuge devedor, meação que sómente com a dissolução da sociedade conjugal pôde ser verificada. Antes disso, os bens de ambos os conjuges formam um só todo, uma só massa indivisa, onde se não distinguem bens adquiridos de bens trazidos para o casamento, bens de uns e bens de outro conjuge.

É certo que a Ord. 4, 95 § 4º auctorisa a disposição do art. 272, mas não é menos verdade que essa ordenação era criticada pelos melhores civilistas patrios, taes como COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 246, *escholio*; BOR-

GES CARNEIRO, *Direito Civil*, liv. 1, tit. 13 § 128 n. 11, e TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 7 ao art. 116. Dizem elles que esse preceito não se comprehende nem se póde applicar. Como será possível conhecer o que ha de adquirido sem partilha de todo o casal? pergunta TEIXEIRA DE FREITAS. E accrescenta: tal disposição é impraticavel; a praxe do fôro assim o confirma.

Depois o principio do artigo acha-se em antinomia com o paragrapho unico. Determina o principio do artigo que as dividas anteriores ao casamento, não sendo das exceptuadas na lei, *só poderão ser pagas na constancia do casamento pelos bens que o devedor trouxer para o casal e por sua exacção nos adquiridos*. Ha uma difficuldade pratica insuperavel na applicação dessa regra, mas não é isso o que agora tenho em vista. O que põe os dous membros do art. 272 em conflicto é que o primeiro manda fazer o pagamento *por duas classes de bens que não existem no regimen da communhão emquanto perdura*, ao passo que o segundo manda fazer imputação do pagamento *opportunamente*, isto é, quando a sociedade se dissolver e se fizer a partilha, na meação do conjuge devedor. Si a divida já foi paga pela *meação dos adquiridos*, segundo as palavras do começo do artigo, como será depois imputada nessa mesma meação?

Art. 365.— Este artigo exclue do beneficio do reconhecimento os filhos adulterinos e os incestuosos.

Foi realmente esta a opinião vencedora no seio da Commissão, mas consagra uma injustiça. Porque é que o

crime dos paes ha de ser razão para libertal-os do dever sagrado de prover á subsistencia de sua prole ?

Para manter-se integro e intangível o decoro das familias, dizem. Mas justamente o apparecimento desses filhos, e a lei não os manda eliminar do numero dos vivos, mostra, de um modo insistente, que esse decoro já foi enxovalhado.

Supponhamos que esse pae, um transviado do caminho recto da honra e da dignidade social, lamentando a sua falta, procura, tanto quanto está em seu poder, acarretar com as consequencias della e dar ao fructo de suas affeições reprovadas tanto maior somma de cuidados quanto mais culpado se reconhece. Porque razão e com que direito a lei, expressão da vontade collectiva, ha de dizer : não, não tens que te preoccupar com essa creatura, cujo destino, a bem da santidade da familia, ha de ser a roda ou a vagabundagem das ruas, que terminam pelo alcouce ou pelo carcere ?

E si esse reconhecimento tão temido resultar de um casamento nullo, de boa fé contrahido ? Não serão legitimos esses filhos ? Pois bem, si não se póde conceder tanto ao filho spurio, ao menos que se não o prive de ter, em face da lei, um pae que o quer reconhecer ; porquanto, assim procedendo, apenas conseguiremos punir no filho innocente a falta do pae, e porque, si o codigo não sancionar esse reconhecimento, nem por isso extinguirá no coração dos progenitores e dos procreados o vínculo de affecto que entre elles se tiver formado, desenvolvendo o germen plantado pela propria natureza.

A campanha feita no sentido do *Projecto* primitivo por homens da estatura moral dos LAURENT e dos CIMBALI está terminada. Cumpre agora que os legisladores consagrem o resultado da victoria da justiça sobre o preconceito.

*Das rendas constituídas sobre immovel.* Este capitulo começa por um artigo que parece pedir um antecedente. Deve ser o seguinte:

*Todo aquelle que tem a livre administração dos seus bens pôde constituir sobre a totalidade dos immoveis ou sobre parte delles uma renda nos termos dos arts. 1.427 a 1.433.*

Art. 763.— Esta disposição não é especial á hypotheca. Sua primeira parte é geral, deve abranger todos os direitos reaes de garantia.<sup>1</sup> Além disso a sua segunda parte tem sido objecto de duvidas e litigios a que procurou attender o *Projecto* no art. 799 de sua redacção final, que dispõe assim:

*A coisa commun, não pôde ser dada em garantia real na sua totalidade sem o consentimento de todos os proprietarios; mas cada proprietario pôde hypothecar individualmente a parte que tiver no immovel commun, si este fór manifestamente divisivel e só a respeito desta parte subsistirá a hypotheca.*

Art. 768, paragrapho unico.— Deve ser substituido este paragrapho pelo art. 808 da redacção final, mo-

---

<sup>1</sup> Esta observação foi attendida em sua primeira parte.

dificando-se o modo de dizer no principio do artigo pelo seguinte:<sup>1</sup>

*Estando seguro o immovel, o segurador não pôde pagar, etc. (o mais como está no citado art. 808 da redacção final).*

Art. 778 a.— O Projecto primitivo dispunha em seu art. 874: *Si a coisa dada em penhor não pertence ao constituinte, não se fixa sobre ella o direito real do credor, de cujo poder pôde ser reivindicada pelo proprietario.* O Projecto revisto manteve este mesmo principio, dizendo (art. 911): *Pertencendo a coisa a terceiro, si fôr empenhada sem conhecimento deste, fica sem effeito o penhor e pôde ser reivindicada.* É o principio do direito romano que foi recebido pela doutrina entre nós.

O Sr. barão de LORETO, porém, invocando razões de ordem economica e legislações extranhas, propoz a seguinte emenda, que foi accepta: *O credor pignoratício de boa fé adquire sobre os moveis corporeos e os titulos ao portador a elle empenhados, ainda que não pertençam a quem constitue o penhor. Todavia, contra o credor pignoratício, embora de boa fé, poderá ser reivindicada a coisa*

<sup>1</sup> Eis aqui o art. 808 a que se refere o texto:— *Si um immovel é seguro, o segurador não pôde pagar validamente ao segurado a indemnisação do sinistro, com effeito contra o credor hypothecario, si não quando a este credor o segurador ou o segurado houver avisado do sinistro e, depois da recepção do aviso, houver decorrido um mez. Até a expiração do prazo, o credor hypothecario pôde oppôr-se ao pagamento da indemnisação pelo segurador. Deixará de ser obrigatorio o aviso, quando fôr impossivel dal-o; neste caso, o mez calcula-se do vencimento da indemnisação.*

§ unico. O segurador não pôde prevalecer-se de sua ignorancia a respeito de uma hypotheca inscripta no registro predial.

*movel corporea, si foi perdida ou furtada ao dono ou a elle tirada de qualquer maneira.*

Paraphrasis unico. *Os titulos ao portador não são em caso algum reivindicaveis contra o credor pignoratício que de boa fé os recebeu.*

Na sua fórmula actual, o Projecto não consagra nem o principio romano, nem o principio novo que attende mais ás necessidades economicas do que ao rigor do direito.

Mas como deixar sem solução caso tam interessante, tam estudado, tam discutido entre os tractadistas? É preciso que o legislador brasileiro se decida por um dos principios.

Art. 923.— Peço a supressão das palavras finais do artigo— *ou das perdas e damnos resultantes da inexecução*, porque estas perdas e damnos podem ser, no caso do art. 1.064, simplesmente os juros da mora e custas. E como é que previamente se poderá saber a quanto montam para traçar, nesse caso, a medida da pena convencional?

Além disso, si é razoavel que a pena convencional não exceda o valor da obrigação principal, não se descobre o motivo por que deva ser sempre menor do que as perdas e damnos, quando é justamente em attenção á possibilidade destes, quando é justamente para evital-os que se a estipula.

Art. 1.521. — Diga-se: *o direito resultante da venda a contento não pôde ser cedido nem se transmite por successão.*

Como está redigido o artigo, não se manifesta bem o pensamento do legislador, porque todo direito de credito é pessoal. Para significar o que se pretende, ou se ha de usar do epitheto — *personalissimo*, ou da clausula da emenda agora apresentada.

*Locação de serviço.* — Excluíram-se desta secção (arts. 1.219 a 1.238) artigos cuja falta importará sensível lacuna em nosso Codigo Civil.

Tracta-se do serviço de menores. Si o Codigo guardar silencio estarão os tutores e quaesquer pessoas a cuja guarda forem elles confiados, sem regras que lhes dirijam o proceder, o que sobremodo ha de pesar em detrimento dos menores e diffcultar a benefica intervenção do juiz.

Além do serviço dos menores, tractam esses artigos suppressos de certas condições de hygiene que, a exemplo do codigo allemão, deve o brasileiro exigir em garantia dos operarios.

Consignada na lei civil tal exigencia, importa um direito para o trabalhador, além de que a hygiene publica sómente nas capitaes e cidades mais populosas está organisada entre nós.

Peço, por isso, o restabelecimento dos arts. 1.397 a 1.402 do Projecto revisto.

*Do serviço de transporte.* — Não vejo razão para eliminar-se do Projecto a secção referente a serviços de transporte, visto como a especie tem uma feição puramente civil e outra commercial. Esta ultima é, sem

duvida, mais importante, mas não faz desaparecer a primeira.

Como, porém, no Projecto revisto não se fez, com a precisão necessaria, a distincção entre o que é tracto civil e o que é acto de commercio, proponho a inserção dos arts. 1.384 a 1.387 do *Projecto primitivo*, que deverão formar uma secção IV do capitulo da locação.

Art. 1.639, n. I. — Não consigo capacitar-me de que a mulher, casada ou solteira, possa aos 14 annos ter o desenvolvimento mental e moral necessarios para dispôr de seus bens por testamento e o homem não o tenha. Dir-se-á que a idade nupcial differe segundo os sexos; mas eu retrucarei que essa differença se baseia em condições physiologicas que florescem primeiro na mulher do que no homem, condições physiologicas que nada têm de commum com as disposições dos bens por testamento.

Art. 1.655. — Prevê este artigo uma hypothese tão rara, si é que jámais se verificou, que sua supressão não occasionaria deficiencias. Antes faria cessar o reparo que a sua leitura naturalmente provoca. <sup>1</sup>

Art. 1.766. — Como está redigido, parece-me desnecessario o artigo, pois dá providencia para casos anteriormente previstos. O que é conveniente é attender

---

<sup>1</sup> — São inhabeis para dispôr dos seus bens, em testamento cerrado, os que não sabem ou não podem ler. Eis o artigo. Tracta-se dos que podem escrever, mas não sabem ler. Mas si o que não sabe ler nem escrever póde usar desta fórma de testamento, porque tal disposição?

á hypothese de que cogitava o art. 1.914 do Projecto revisto. Diga-se, portanto :

*Cessam as disposições dos artigos antecedentes, sempre que o testador, prevendo a possibilidade da existencia de herdeiro necessario, lhe reserva a legitima.*

*Nullidade da partilha.* — É indispensavel restabelecer os artigos do Projecto revisto que se referem á lesão na partilha. É da essencia desse acto juridico uma egualdade tão completa quanto possivel. Faltando esta condição essencial, a partilha está viciada, não satisfaz os seus fins.

Diferente é a posição do herdeiro da do pactuante. Este, quando vende, aluga ou empresta, visa ordinariamente um lucro cuja apreciação póde mesmo escapar aos olhos da outra parte. Na partilha os herdeiros têm o seu direito fixado na lei ou na vontade do disponente, direito que não é susceptivel de variação, como os lucros nos contractos, direito que preexiste á partilha, pois que esta é simplesmente declarativa e não attributiva de direitos.

Parece-me, por isso, que é imprescindivel o restabelecimento dos artigos do Projecto revisto, dizendo-se no art. 1.821 :

*Annulla-se tambem a partilha, quando um dos co-herdeiros provar que foi lesado em mais de um sexto do seu quinhão.*

Em seguida, accrescentem-se os artigos 2.199 até 2.202 do Projecto revisto, cuja ausencia seria deplorada mais tarde quando o Codigo estivesse em junção.

Não fiz observação que não me parecesse essencial para a correcção do Código. Em muitos pontos a doutrina vencedora não é a que abraço; mas não tive em vista propriamente a victoria de uma doutrina sympathica ao meu espirito, e sim a harmonia das linhas, a exacta coordenação do systema, o preenchimento de lacunas visiveis aos meus olhos e o ideal superior de justiça que deve reflectir-se nas phrases da lei civil brasileira.

Assim é que nada reclamo actualmente contra a exclusão da insolvencia civil, apesar de continuar convencido da necessidade da sua regulamentação.

Marchamos, neste ponto, para a uniformisação do direito, penso eu, e o passo que hoje se não poudé dar, será em breve realisado de modo mais decisivo, regulando-se a fallencia dos commerciantes por preceitos applicaveis aos não commerciantes.

Assim é que nada reclamo sobre outros pontos de menor relevo, nos quaes não logrei adquirir idéas novas em substituição das que possuia quando preparei o Projecto primitivo.

Não são idéas pessoases que intento fazer vingar.

É pela relativa perfeição da obra que envido esforços.

---

## EM TORNO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL

---

Das notas e observações que tenho remetido ao Senado Nacional, combatendo emendas ou por minha vez fazendo indicações que julgo necessarias para que oCodigo civil brasileiro saia menos tauxiado de defeitos do que se deve esperar de tantas remodelações por que tem passado, destaco algumas para que os leitores desta *Revista*,<sup>1</sup> que são principalmente os alumnos da Faculdade de Direito do Recife, tomem conhecimento desta phase da elaboração do direito civil patrio.

São simples notas e como taes aqui se apresentam, aliás destacadas das outras a que deveram estar irmanadas, pois formam um conjuncto, uma peça do processo instaurado para a analyse do *Projecto* do codigo civil. Mas o todo seria demasiado longo e talvez não sufficientemente interessante para quem não foi chamado a exercer as funcções de juiz no caso ~~sujeito~~.

---

<sup>1</sup> *Revista Academica* da Faculdade de Direito do Recife, anno XII, 1904, p. 122 e segs.

Parece-me que mais facilmente serão lidas estas notas si forem parcas e si versarem sobre assumpto de interesse mais geral ou mais visivel.

#### EXTRATERRITORIALIDADE

(Art. 2 da Lei Preliminar)

— Já o illustre representante do Espirito Santo na Camara dos Srs. Deputados, o sr. GALDINO LORETO, em magistral discurso proferido na sessão de 21 de março, mostrou que não se desviara das boas regras o *Projecto* anterior, conservando a palavra *extraterritorialidade* que encontrára no primitivo.

Será um termo de formação recente; mas os neologismos, quando creados para a satisfacção de uma necessidade mental e segundo a indole da lingua, não devem ser condemnados. Opulentam o lexico, dando-lhe maior flexibilidade e energia, para realisar a sua funcção de instrumento transmissor das idéas.

O adjectivo *internacional* que se depara no art. 2º, não póde fazer remontar o seu nascimento a época muito afastada.

É uma creação de BENTHAM, como o vocabulo *codificação*, de uso tão frequente. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Outros neologismos do grande jurista inglez não lograram o mesmo acolhimento sympathico. *Minimisar*, *maximisar* e sobretudo *pannonion* e *panopticon* feneceram com o seu creador. Veja-se ERNEST NYS, *Études de droit international*, 2<sup>me</sup> série. 1901, p. 137, nota 1.

Contra ella supponho que se não levantam as regras da morphologia. Deixo, porém, aos cultores da glottica e aos simples grammaticos o exame dessa questão. Quero falar exclusivamente como jurista que, costumando manusear o *Corpus juris civilis*, suppõe ter visto no fragmento de PAULO, exarado no *Digesto*, liv. II, tit. I, fr. 20, o germen de onde brotou o malsinado termo. EXTRA TERRITORIUM, diz o jurisconsulto romano, *jus dicenti impune non paretur*.<sup>1</sup>

E é realmente de *extraterritorialidade* que se tracta, de effeito produzido *fôra, além do territorio*, como o comprehendem muitos internacionalistas dos mais distinctos. E quem emprega os vocabulos—*extrajudicial, extrajudiciario, estrangeiro, extraordinario, extrathoraxico* e outros em cuja formação entra o prefixo *extra*, não deve ter grande escrupulo em acceitar *extraterritorial*.

Esses escrupulos não existem na sciencia, e o termo hoje é corrente na technologia do direito internacional.

TORRES CAMPOS escreveu um livro com este titulo significativo — *Bases de una legislacion sobre EXTRATERITORIALIDADE* (Madrid, 1896).

Na *Revista de Cataluña*, discutiu DE DIOS FRIAS a seguinte these: — *Fundamento racional de la EXTRATERITORIALIDADE de los actos soberanos* (anno III).

<sup>1</sup> Add.: Em *Burgundius, Tract. VI, n. 2, p. 128*. lê-se: *ut jura realia non perrigunt effectum extra territorium*. É bem conhecida a velha maxima: — *leges non valent extra-territorium*. VALASCO tambem usou da expressão *extra territorium statuentium* (*Inst. juris civilis lusitani, 2, 2 § 11*).

Uma das eruditas monographias de MARNOCO E SOUZA intitula-se — *Execução EXTRATERRITORIAL das sentenças* (Coimbra, 1898).

DESPAGNET, *Précis de droit international*, ns. 429 e seguintes, occupa-se *des effets* EXTRATERRITORIAUX *du jugement déclaratif de faillite*, e nos ns. 435 e seguintes é objecto de estudo *l'effet* EXTRATERRITORIAL *du concordat*.

Outra auctoridade das mais conspicias, A. PILLET, fornece estas palavras que me parecem decisivas: Au point de vue international, la continuité implique nécessairement L'EXTRATERRITORIALITÉ; la généralité subjective, la territorialité (*in Clunet*, 1894, p. 426); ... toutes les lois sont par leur nature à la fois territoriales et EXTRATERRITORIALES; ... cette territorialité n'exclue pas chez elle la qualité concurrente d'EXTRATERRITORIALITÉ...; le plus souvent cette EXTRATERRITORIALITÉ s'efface devant un principe d'ordre supérieure, etc.» (*Ibidem*, p. 428).

Os italianos tambem usam do termo, como se verá em FIORI, *Droit international privé*, traducção de Ch. Antoine, vol, I, n. 36: principe général rélatif à l'autorité territoriale et EXTRATERRITORIALE de chaque loi; como facil tambem será ver em GRASSO, *Diritto internazionale*, até para designar a immundade dos agentes diplomaticos: EXTRATERRITORIALITÀ degli agenti diplomatici (ed. Barbera, § 53, E).

Finalmente, o termo não é extranho aos norte-americanos. Effectivamente WHARTON, no seu justamente ce-

lebre tractado de direito internacional privado, *Treatise on the conflict of laws or Private international law*, escreve EXTRATERRITORIAL crimes (n.º 812); EXTRATERRITORIAL service (n.º 236); EXTRATERRITORIAL status (n.º 84); EXTRATERRITORIALITY (ns. 141, 204, etc.)<sup>1</sup>

Quer me parecer que para justificar-me do emprego do vocabulo censurado já disse bastante, e a Commissão egregia a que me dirijo encontrará na sua magnanimidade com que me excusar, si, por ventura, me detive mais do que devera em assumpto de somenos valor.

#### FIANÇA ÁS CUSTAS

(Art. 18 da Lei Preliminar)

Consagra este artigo um lamentavel regresso, quando tudo aconselhava a que se dêsse um passo no caminho da liberdade e da justiça, que não indaga si o individuo que a implora é nacional ou estrangeiro, si tem ou não com que pagar as custas do processo.

É um regresso, porque o decreto de 10 de junho de 1850 e o regulamento n. 737, de 25 de novembro do mesmo anno, contrariando, aliás, o impulso liberal que se expandira na legislação de 1832 (*Disposição provisoria*, art. 10) eximiam desse gravame os miseraveis, pro-

<sup>1</sup> *Add.*: Em FEDOZZI, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale*, pag. 9, lê-se: *l'azione extraterritoriale della capacità civile dello Stato non offende per nulla la sovranità dello Stato dove qu'el l'azione se esercita*;...

pag. 13: *Questa capacità generale permane anche nei rapporti extraterritoriali*;

pag. 38: *la sua nave non godeva del privilegio dell'extraterritorialità*.

vada a miserabilidade perante o juiz da causa, e não vi-savam especialmente o estrangeiro. Obrigados á caução tanto são os estrangeiros quanto os nacionaes.

Mantido esse principio restrictivo, ficará annullado ou sophismado o alcance do art. 3º do Codice:—*a lei não reconhece distincção entre nacionaes e estrangeiros para a aquisição e gozo dos direitos civis.* Na Italia, de uma disposição semelhante do codigo civil, tirou-se a conclu-são, acceita e acatada, de que os estrangeiros estão isem-ptos de prestar a caução *judicatum solvi*.<sup>1</sup> O principio da isempção é tambem acceito em Portugal, na Dinamarca, na Noruega, na Finlandia, no Montenegro, na Turquia, na Colonia da Victoria e no Imperio Austro-Hungaro.<sup>2</sup> Outros paizes admittem a isempção, porém mediante re-ciprocidade, e mesmo aquelles paizes onde a lei tem man-tido a sua prevenção contra os estrangeiros, como a França, o rigor dos principios se attenua mediante tra-ctados que dispensam o subdito do estado pactuante de prestar fiança ás custas perante os tribunaes france-zes.<sup>3</sup>

Assim vão os governos cedendo á pressão da opi-nião internacional, que reclama pura e simplesmente a liberdade do *forum*, a suppressão do embaraço da fiança erguido *in limine litis*.

<sup>1</sup> DRUKER, *La caution judicatum solvi en Allemagne*, em CLUNET 1893, p. 314; RAOUL DE LA GRASSERIE, *De la caution judicatum solvi* em CLUNET, 1898, p. 848.

<sup>2</sup> Escriptores citados na nota anterior.

<sup>3</sup> RAOUL DE LA GRASSERIE, em CLUNET cit., pag. 847.

Hoje, depois da convenção de 14 de novembro de 1896, ratificada em 1899 e posta em vigor desde 27 de maio desse ultimo anno, pôde-se dizer que na Europa, entre paizes europeus, não existe a prevenção que se traduz pela caução *judicatum solvi*. De facto essa convenção adoptou as conclusões da Conferencia de Haya, que repellem a fiança ás custas, e já em mais de um julgado os tribunaes europeus têm repellido as pretenções daquelles que recorrem a esse meio para fugir á acção da justiça. Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal Federal Suisso a 26 de dezembro de 1900, declarando :

« 1º, o Tribunal Federal não é competente para examinar a constitucionalidade da Convenção Internacional de Haya, de 14 de dezembro de 1896, relativa ao processo civil ; essa convenção é um tractado, approvado pela Assembléa Federal, tendo, como qualquer outra decisão da Assembléa Federal, força de lei ;

2º, o art. 11 da Constituição de Haya, que suprime a caução *judicatum solvi*, tem na Suissa um alcance internacional ; tal caução está, portanto, definitivamente abrogada na Suissa, tanto entre os cantões quanto com relação a um estado estrangeiro ; e, assim, um estrangeiro estabelecido em um cantão não tem necessidade de prestar essa fiança quando age como auctor em um outro cantão. » <sup>1</sup>

E a conclusão da Conferencia de Haya sobre este assumpto foi brilhantemente defendida pelo provector ASSER e pelo erudito ROGUIN.

---

<sup>1</sup> CLUNET, 1901, pag. 856.

« A fiança judiciaria, diz este ultimo, tornou-se actualmente mais nociva do que util, considerando a cousa em sua generalidade. Como disse excellentemente o Sr. ASSER, acarreta ella um grande embaraço ao livre exercicio do direito de estar em juizo, quer por causa dos depositos de dinheiro que exige, quer por causa da lentidão e das chicanas que provoca. O auctor estrangeiro encontra já em seu caminho uma serie de obstaculos resultantes do afastamento, da falta de relações com um advogado do paiz onde necessita propôr a sua demanda, das differenças de lingua, de habitos, de organização judiciaria e de legislação geral. Em materia pessoal, tem de accionar um adversario que muitas vezes especula com essas difficuldades, afim de fugir ao pagamento do que deve.

Porque não dizer? O auctor desconfia, com mais ou menos razão, dos juizes estrangeiros, e todos os homens praticos sabem com que difficuldade elle se resolve a intentar uma acção fóra do seu paiz. Para accionar no estrangeiro é preciso ter muita coragem, ou muito dinheiro, ou muita confiança em seu direito. Ajunctar a todos esses motivos de inacção o que procede da fiança ás custas, é decididamente commetter uma injustiça em detrimento do auctor e proveito do réo.»<sup>1</sup>

Estas e outras ponderações que hão de occorrer á mente illustrada da Comissão do Senado brasileiro, estou certo, militarão pelo restabelecimento do art. 41

---

<sup>1</sup> CLUNET, 1895, p. 736.

do *Projecto* revisto que corresponde ao art. 42 do *Projecto* primitivo:

*Não se exigirá fiança ás custas do processo, áquelle que invocar a intervenção dos tribunaes brasileiros, para a solução de qualquer pendencia de ordem privada, ainda que resida fóra da Republica.*

#### EMANCIPAÇÃO DOS MENORES

(Art. 9, ns. III, IV e V do *Projecto*)

O *projecto* primitivo e o revisto (art. 9<sup>o</sup>) não falam, na parte geral, sinão de maioridade e declaração de maioridade dos filhos-familias e orphans que tenham ultrapassado os 18 annos.

Na parte especial, consagrada ao *direito da familia*, estatuiram, em additamento, que o casamento contrahido na idade legal tinha por effeito conferir a emancipação plena aos conjuges.<sup>1</sup>

O *Projecto* actual, mudando a denominação de *declaração de maioridade* para *emancipação*, transportou para a *parte geral* a que resulta do casamento. Nenhum reparo tenciono fazer a essa transposição, nem creio que tenha necessidade de justificar-me por haver reservado para tractar no *direito da familia* de uma situação juridica que é um effeito directamente decorrente do casamento.

<sup>1</sup> *Projecto primitivo*, art. 271: «Os menores ficam, de direito, emancipados pelo casamento realisado na idade legal.»

*Projecto revisto*, art. 296: «Os menores ficam, de direito, emancipados pelo casamento realisado na idade legal.»

Não fôra, portanto, esquecida a hypothese.

Mas julgo indispensavel externar-me sobre a inclusão dos tres novos casos de emancipação introduzidos no *Projecto* actual :

- a) *exercicio de emprego publico effectivo;*
- b) *recebimento de gráo scientifico dos cursos superiores;*
- c) *estabelecimento civil ou commercial com economia propria.*

TEIXEIRA DE FREITAS <sup>1</sup> e LAFAYETTE <sup>2</sup> referem-se a esses tres casos. Sendo taes auctores vulgarmente conhecidos, deve-se crer que, si o *Projecto* primitivo e o *revisito* não os reproduziram, algum motivo tiveram, e valioso, para assim proceder.

Indaguemos, portanto, qual a razão que actuou sobre os citados juriconsultos para que puzessem em relevo os casos de emancipação agora intercalados no *Projecto*. Essa razão é a seguinte : — pensam ambos que o patrio poder se não extingue pelo facto de ter o individuo atingido á maioridade, apesar de esta o tornar apto para exercer todos os actos da vida civil (res. de 31 de out. de 1831). Entretanto, á vista do art. 92, ns. I e II da Constituição de 1824, que conferia direito de voto aos officiaes militares maiores de 21 annos, aos bachareis formados e clerigos de ordem sacra e aos que servissem officios publicos, ainda que menores de vinte e cinco annos, cumpria attenuar o rigor da doutrina com relação a essas

<sup>1</sup> *Consolidação das leis civis*, art. 202 e notas.

<sup>2</sup> *Direitos de família*, § 119.

pessôas, porquanto «quem pôde exercer direitos politicos está habilitado para os actos da vida civil», segundo raciocina TEIXEIRA DE FREITAS. Accrescentam ambos, porém, que sómente aos vinte e um annos pôde o filho estabelecer economia separada da de seu pae. <sup>1</sup>

De onde se deve concluir que para todas essas classes indicadas de pessôas, os empregados publicos, os militares e os que tivessem estabelecido economia separada da dos paes, a auctoridade paterna terminava aos vinte e um annos. Na mesma época extinguir-se-ia tambem para os graduados scientificamente, porquanto a idade da matricula nos cursos superiores era a de dezeseis annos. Tambem aos vinte e um annos eximia-se o individuo da auctoridade tutelar.

No systema do projecto, porém, todas essas distincções são ociosas. Aos vinte e um annos cessa a incapacidade civil dos individuos normaes, extingue-se o poder paterno e termina a tutela. O que no direito actual, interpretado pelos auctores citados, seria legitima attenuação de um rigor da lei, no *Projecto* não teria razão de ser, porque tal rigor não existe.

E accresce que a opinião de FREITAS e LAFAYETTE não encontra apoio no direito vigente.

Realmente partem elles do presupposto de que o patrio poder não se dissolve pela maioria do filho, e sómente forçados pelos dispositivos constitucionaes abrem exepções ao principio.

---

<sup>1</sup> T. DE FREITAS, obra cit., nota ao art. 202, § 4º; LAFAYETTE, obra cit., § 119, n. IV e notas.

Esse presupposto, porém, é falso, como victoriosamente demonstrou ORLANDO, argumentando com os termos peremptorios da resolução de 31 de outubro de 1831. «Nem ha razão para nos adstringirmos ás Felippinas com laivos do *quiritario romano*, exclama o annotador do Código Commercial <sup>1</sup>, que considerava o filho uma *cousa*, si attender-se a que a lei de 31 de outubro de 1831 teve por fonte o art. 488 do Cod. Nap., — que a dita lei investiu o que attinge 21 annos da capacidade civil para todos os actos da vida — que ficções e subtilezas não devem prevalecer ante a realidade dos factos. O contrario é até lançar-se a sizania no seio da familia: — o pae parasitando o filho, direito sem obrigação correlativa! Sim, porque quem poderia impedir o filho maior de vinte e um annos de entregar-se ou abraçar uma profissão decente e lucrativa? — O pae. — A este diria aquelle, afrouxando os laços de respeito natural, com os pés no limiar: — *Deixo sua casa!* E eis esboroado tal poder paterno.»

No mesmo sentido pronuncia-se TRIGO DE LOUREIRO, <sup>2</sup> declarando que aos vinte e um annos se liberta o individuo do patrio poder. A jurisprudencia enveredou definitivamente por essa trilha, que é a da verdade juridica. <sup>3</sup> E com essa feição consolidou CARLOS DE CARVALHO o nosso direito: o patrio poder termina pela maioridade; filho-familia é aquelle que está sob o patrio poder, emquanto não completa vinte e um annos. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Nota ao art. 1º, III, do Código Commercial.

<sup>2</sup> *Direito Civil*, § 91.

<sup>3</sup> *O Direito*, vol. 30, p. 192, e vol. 33, p. 499.

<sup>4</sup> *Direito Civil*, arts. 93, § 3, e 1.583, b.

Com este modo de ver tornam-se inuteis aquellas enumerações, de FREITAS e LAFAYETTE, que foram transportadas para o *Projecto* da Camara.

Accresce que a Constituição republicana, art. 70, fixou a maioria politica aos vinte e um annos, sem fazer, como a imperial que a fixava aos vinte e cinco, excepções em favor de funcionarios publicos, militares e outros individuos, pois que a todos nivelou, sob essa relação, comtanto que não incidissem nas exclusões do § 1º do mesmo artigo.

Pênsão, em conclusão, que os ns. III, IV e V do art. 9º devem ser eliminados, convindo mais notar que se acham essas disposições em desharmonia com os arts. 398, II, e 399 do *Projecto*. O art. 398 determina que são excluidos do usufructo e da administração do pae. . . . II, os (bens) adquiridos em *serviço militar, de magisterio ou em qualquer outra função publica*. Si estes filhos, *ex-vi* do art. 9, n. III, devem ser reputados, pelo facto de exercerem função publica, pessoas *sui juris*, como suppôr que seria possivel a administração dos paes sobre os bens dos dictos filhos, para della se isemptarem sómente os adquiridos no exercicio de função publica? Evidentemente o art. 399 foi redigido sob a inspiração de outras idéas. O art. 399 estatue que o patrio poder se extingue: pela morte do filho ou dos paes; pela emancipação resultante do casamento; pela maioria e pela adopção. Sómente o n. II fala de emancipação, e esta, esclarece o artigo, é a que resulta do casamento. Consequentemente as pessoas emancipadas pelo

art. 9º, ns. III, IV e V, ainda que emancipadas, ainda que plenamente capazes, continuam sob o patrio poder. Em que consiste, então, a sua capacidade plena ?

Do que acabo de expôr resulta que me ponho ao lado do Sr. AZEVEDO MARQUES, indo um pouco além. S. Ex. contenta-se com a supressão dos ns. III e V do art. 9º. Eu entendo que a mesma sorte deve ter o n. IV.

A Constituição não abriu excepção alguma em favor das laureas academicas; não a deve abrir tambem o codigo civil.

Em regra, sómente depois dos vinte e um annos é que se recebem essas investiduras scientificas; para os casos excepcionaes existe o recurso da emancipação aos dezoito annos. Antes dessa idade, não sendo o individuo casado, não sei qual é a necessidade que reclama a sua independencia civil. Com a carta, dirão, adquiriu o adolescente um meio de vida; e com a educação, o necessario desenvolvimento de espirito. Meio de vida tambem adquire o que se preparou em uma arte liberal ou mechanica, o musico ou o carpinteiro. Porque não dizer que tambem esses se equiparam legalmente aos maiores? Educação intellectual tambem recebem outros que se não destinam ao exercicio da medicina, do direito ou da engenharia. Para ser consequente seria necessario que a taes pessoas estendesse o codigo civil sua benignidade.

E pergunto mais: qualquer que seja a idade dos titulados pelos estabelecimentos officiaes, estarão elles

emancipados, mesmo quando esse titulo fôr conquistado aos quinze annos, o que não é impossivel, dada a facilidade dos exames e o desaparecimento do requisito da idade para a matricula? Não é impossivel um doutor de quinze annos, mas, em verdade, elles não surgem normalmente antes dos vinte e um annos. Que necessidade ha desse privilegio inutil?

#### CONDIÇÕES IMPOSSIVEIS

(Art. 121 do Projecto)

O que constitue a condição physicamente impossivel, ensina SAVIGNY <sup>1</sup>, é a ausencia do character de verdadeira condição. Não existe com relação a essa pretendida condição a incerteza do acontecimento a que se subordina. Não existe condição na clausula — *si os rios correrem da foz para as cabeceiras*, por isso que nella não existem os elementos constitutivos da condição, isto é, a subordinação da declaração da vontade a um acontecimento futuro incerto. Temos certeza de que os rios jamais correrão, contra leis naturaes de conhecimento vulgar, da foz para as nascentes. Si não existe condição, a doação do exemplo figurado é pura.

Foi, portanto, logico o *Projecto* formulando a regra: *as condições physicamente impossiveis e as de não fazer uma cousa impossivel reputam-se inexistentes.*

Nas condições contrarias ao direito e á moral, nas juridicamente impossiveis, existe sempre a incerteza, por

<sup>1</sup> *Systema*, § 122.

isso que o acontecimento se póde realizar ou não. Dada a determinação da vontade alheia, a clausula *si matares* é uma verdadeira condição, porque não é licito asseverar com certeza si a morte se dará ou não, si o mandatario executará ou não o mandato. Mas para a efficacia dessa condição contraria ao direito, subversiva da ordem juridica, é claro que não póde ser invocado o prestigio da lei, dessa mesma lei que ella intenta infringir.

Por isso e em punição da intenção malevola evidenciada, o *Projecto* annulla não sómente a condição, mas ainda o acto a que ella adhere e ao qual transmite a sua immoralidade.

Si os romanos assimilaram as condições impossiveis physicamente ás immorales, em seus effeitos, foi porque os juriconsultos, mais moralistas do que logicos, as consideravam umas e outras, não potestativas.<sup>1</sup> Não se deve admittir que qualquer pessoa possa praticar um acto immoral, pensava PAPINIANO. *Qua facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nõs posse credendum est* (D. 28, 7, fr. 15). E. porque não é crível que se possa praticar o mal, coimo não é crível que se possa exgottar o oceano com uma concha, as duas especies entravam na mesma classe, submettiam-se a principios similhantes.

O *Projecto* desprende-se dessas generosas illusões que os factos não applaudem, que a psychologia humana não deixa que se mantenham; considera como não sendo

<sup>1</sup> RIBAS, *Direito civil*, II, ps. 382-383.

condição a physicamente impossivel, e como sendo uma condição contaminadora de crimes a juridicamente impossivel.

#### PRESCRIPÇÃO E DECADENCIA DE DIREITOS

(Art. 180 do Projecto)

Como está redigido este artigo parecerá, *a contrario sensu*, que pôde o juiz declarar, *de officio*, a prescripção dos direitos não patrimoniaes, os de familia e os *jura personarum*, e este não é o intuito do *Projecto*, bem se comprehende.

No emtanto foi de grande utilidade a emenda do Sr. BARBOSA LIMA, que deu ao artigo a fórma que actualmente reveste, porquanto, restringindo aos direitos patrimoniaes o effeito do artigo, resalvou muitos casos em que é dever do juiz afastar as pretensões do auctor pela simples razão de ter o seu direito succumbido pelo transito do tempo.

Esta anomalia explica-se. O *Projecto* primitivo e o revisto distinguiam entre prescripção e decadencia ou termo extinctivo dos direitos, sem que aliás tivessem necessidade de dar a respeito esclarecimentos doutrinarios.

A prescripção tem regras especiaes, suspende-se, interrompe-se e é uma consequencia da inercia do titular do direito; a decadencia resulta simplesmente do decurso do tempo, porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se e num lapso limitado de tempo, si dentro delle não fôr posto em actividade.

« Algumas vezes, diz Huc, explicando a hypothese, <sup>1</sup> fóra de qualquer idéa de presumpção liberatoria, limita-se (a lei) a editar uma especie de exclusão a respeito daquelle que não exerceu, num prazo especialmente determinado, uma certa acção. Diz-se então que houve decadencia.

« A decadencia é a perda de uma faculdade, de um direito ou de uma acção, resultante unicamente da expiração de um termo extinctivo concedido pela lei para o exercicio dessa acção, desse direito ou dessa faculdade.

« O que caracteriza a decadencia é, pois, que ella não repousa nem sobre uma presumpção de aquisição, nem sobre uma presumpção de exoneração qualquer de obrigação. Tracta-se de uma pura regulamentação utilitaria, que apresenta certa analogia com os prazos de processo impostos para a execução ou notificação de certos actos. É o tempo que, por si sómente, produz o effeito extinctivo.»

Á vista desta distincção devemos dizer que a acção do credor para coagir o seu devedor ao cumprimento da obrigação *presereve* pela inactividade e negligencia do mesmo durante o tempo fixado na lei, e que o direito de pedir a nullidade do casamento *extingue-se* pelo exgottamento do prazo concedido para o seu exercicio.<sup>2</sup> Em

<sup>1</sup> *Commentaire*, XIV, n. 316. Vejam-se sobre o mesmo assumpto: FADDA E BENZA nos commentarios ás *Pandectas* de WINDSCHEID, vol. I, p. 1.055 e segs.; AUBRY ET RAU, *Cours*, § 771.

<sup>2</sup> *Déchéance*, dizem os francezes; *decadenza*, os italianos; *gesetzliche Befristung*, os allemães. Prescripção, dizemos nós commummente, mas cumpre designar cousas differentes por nomes diversos.

ambos os casos o direito *anniquila-se*, mas diferentes são as normas reguladoras dessa dissipação da energia jurídica.

Tomemos um exemplo. Diz o art. 182, § 3º, que *prescreve* em dous mezes a acção do marido para contestar a legitimidade do filho nascido de sua mulher, contado o prazo do dia do nascimento, si nessa occasião se achava presente o dito pae.

Appliquem-se as regras da prescripção a esta hypothese. A prescripção, affirma o art. 165, póde ser renunciada depois de consummada. Mas similhante renuncia é inadmissivel, no caso em questão, porque a ella se oppõem considerações de ordem publica, e porque é ella irrealisavel. Quem renunciaria a pretendida prescripção? Não seria o filho por si, porque não tem vontade propria, nem por seu representante legal, nem o pae, porque este já não póde, depois de vencido o prazo, usar do direito de contestação da legitimidade do mesmo filho, nem por seu curador *ad-hoc*, porque não é sómente o interesse do filho que está em causa, é tambem o da familia e o da sociedade. Por esta ultima razão, tambem não seria licita a renuncia feita pela mãe.

Determina o art. 172, I e II, que a prescripção não corre entre conjuges na constancia do casamento, nem entre ascendentes e descendentes. Mas a contestação da legitimidade vê o prazo extinctivo correr e eliminar o direito durante o casamento entre conjuges e entre ascendentes e descendentes submettidos ao poder dos mesmos.

Vê-se, por todas essas incongruências entre os princípios reguladores da prescrição e a força dissolvente dos prazos extinctivos, que as duas espécies não podem ser confundidas. Dada, porém, a commixtão do *Projecto*, foi uma resalva benéfica essa que o Sr. BARBOSA LIMA appoz ao art. 170, visto como o princípio neste consignado não se applica, em regra, aos prazos extinctivos das acções de que agora estou tractando.

O melhor, porém, será excluir do capitulo da prescrição propriamente dita o que com ella tem sómente um ponto de similhaça, que é o effeito dissolvente do tempo sobre a relação de direito. Para conseguil-o cumpre transportar para os seus logares proprios os §§ 1, 3, 4 e 5, ns. I, II e III, e § 7, n. I do art. 182.

Sem isso, um grave defeito de technica poderá reflectir-se de modo funesto na organização da vida jurídica.

#### PRAZOS DA GESTAÇÃO

(Arts. 344 a 347 do Projecto)

O notavel medico legista brasileiro, Dr. NINA RODRIGUES, censura estes artigos por não se terem modelado pelos ensinamentos da physiologia. É bem possivel. Afundidos como se acham os juristas nos tremedaes obscuros do *Corpus Juris* e da rotina, pouco sabem das sciencias que rebrilham faustosas em altitudes que lhes parecem inacessiveis. Todavia, é certo que o officio os fez cautelosos. Os romanos pediram luzes

a HIPPOCRATES; <sup>1</sup> os organisadores do codigo civil francez acostaram-se a FOURCROY, celebre chimico e naturalista, discipulo em medicina de um dos maiores vultos da sciencia medica franceza no seculo XVIII, o conhecidissimo VICQ D'AZIR <sup>2</sup>; e os allemães não descuraram as competencias medicas quando tractaram de articular esta parte de seu codigo civil.

É já uma excusa que deve ser acceita em boa fé. E ha outras ainda, que facilmente acudiriam á penna de advogado mais habil do que o escriptor destas linhas.

Não me proponho responder agora ás criticas do operoso professor a quem me prendem fortes laços de afeição pessoal, a par de muita estima por sua excepcional cultura. Para tanto faltar-me-ia, de todo, a competencia. Falarei apenas como legista, procurando respigar no proprio ataque os elementos da defeza.

E, desde logo, observo que, si homens da estatura de TAYLOR, de CRECCHIO, LAZZARETTI, TOURDES, STRASSMANN e LACASSAGNE, combatem a doutrina acceita pelo *Projecto*, auctoridades não menos respeitadas como HOFFMANN, SOEXINGER, LEGRAND DU SAULLE e

<sup>1</sup> D. I, 5 fr. 12 : *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri*—HIPPOCRATES: D. 38, 16 fr. §§ 11 e 12 : *Post decem menses mortis, natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, HIPPOCRATES scripsit et divus Pius Pontificibus rescripsit justo tempore videri natum.*

A duração da gravidez, segundo HIPPOCRATES, era, na média, de 280 dias, e no mínimo de 182 dias e 15 horas (*Œuvres*, trad. LITTRÉ, VII, p. 437. citação de BROUARDEL, *Marriage*, 172).

<sup>2</sup> *Précis présentés au conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, apud LOCRÉ, *Législation civile*, VI, p. 50.

BROUARDEL, lhe não recusam apoio. E combater é talvez uma expressão muito forte ; pelo menos, para alguns dos mestres do primeiro grupo, visto como é de LACASAGNE a seguinte afirmação : «Em regra, a viabilidade não se mostra antes do 180º dia : é inteiramente excepcional no correr do sexto mez e torna-se frequente no setimo.» <sup>1</sup>

Si antes do tempo indicado pelo *Projecto* não apparece a viabilidade, é que apparece depois, logo depois, deixa perceber o sabio professor de Lyon.

Deante dessa divergencia das summidades scientificas, na especialidade, e eu ainda poderia invocar LITTRÉ ET ROBIN, <sup>2</sup> ANGIOLO FILIPPI <sup>3</sup> e outros em favor do *Projecto* ; deante das concessões daquelles mesmos que lhe não offerecem franco apoio, julgo que foi muito rigoroso o DR. NINA RODRIGUES, escrevendo que «o *Projecto* vae de encontro a todos os ensinamentos da observação e da experiencia, e não faz mais do que facilitar a introdução impune, na familia legitima, de filhos concebidos antes do casamento.» <sup>4</sup>

Não são sómente os legistas, tenazes, na sua ignorancia, que se prendem aos prazos que o *Projecto* recebeu das legislações dos povos mais cultos ; são tambem os medicos, são tambem os que fizeram desta especialidade da medicina objecto de accurados estudos. Devo citar

<sup>1</sup> *Précis de médecine judiciaire*, Paris, 1886, p. 515.

<sup>2</sup> *Dictionnaire de médecine*, v. b. ACCOUCHEMENT.

<sup>3</sup> *Principii di medicina legale*, Firenze, 1892, p. 54.

<sup>4</sup> *O Direito*, vol. 88, p. 16.

textualmente as palavras de FILIPPI : — Entrando però dentro alle ragione storiche del diritto civile si rileva che il legislatore, prudente al evitare scandali e questioni interminabili, prescelse di indicare quelle due date estreme dei 180 e dei 300, senza pretendere stabilire una disposizione assoluta. . . Questa ragione storica, che io vedo da pochissimi autori, quanto si meriterebbe, poco valutata, *è quella che concilia stupendamente i principii del diritto civile e i predicati della scienza medica.*

O prazo de 180 dias é condemnado por excessivamente curto ; deveria protrahir-se até o 230° dia. Convenhamos que assim seja ; mas é preciso attender, por outro lado, a que não se tracta, no *codigo civil*, de dar força de lei a uma indicação, verdadeira ou falsa, da physiologia ou da obstetricia. Não pretende a lei affirmar que com 180 dias de gestação o feto alcança a plenitude de seu desenvolvimento e se acha apto para a vida extra-uterina. Seus intuitos são antes sociaes e moraes do que biologicos, e si anteriormente ao 180° dia os partos são abortivos, em regra, e depois dessa época vão se accentuando as condições de resistencia, não devemos accusar os legisladores que o adoptaram como poncto inicial da progenitura legitima, antes cumpre que se veja na largueza da lei o nobre empenho de não prejudicar o filho e de não facilitar uma grave injuria irrogada á mãe.

E, por ventura, o prazo de 270 dias estaria isempto de qualquer censura ? Creio que não, pois que o desenvolvimento do embryão não se faz obedecendo a uma marcha fatal que se reproduza sem discrepancia, em todos os

casos. Segundo LITTRÉ ET ROBIN <sup>1</sup>, a época do parto de tempo varia entre 260 e 280 dias, considerando-se prematuro o que se verifica antes do termo indicado. Teríamos, assim, um periodo de trinta dias, fornecendo largas ensanchas para a *introducção impune, na familia legitima, de filhos concebidos antes do casamento*. Mais concludente ainda é o ensino que se colhe das seguintes considerações de BROUARDEL : <sup>2</sup>

«Todo o mundo admittiu que crianças nascidas antes do sexto mez de gestação tivessem podido dar alguns signaes de vida, porém a maior parte dos auctores, MAURICEAU, BAUDELOCCQUE, MAHON, EDÈVÈ, não pensavam que a viabilidade pudesse começar antes de completado o setimo mez. Foi nessas condições que TARNIER fez a sciencia dos partos realizar uma conquista admiravel por um novo methodo de criação dos meninos nascidos antes do termo normal, pelo incubador e pela ceva. Desde essa época os factos publicados permitem pensar que o termo da viabilidade avança notavelmente.» Mas o Dr. NINA RODRIGUES, muito ao contrario, pensa que se deve ter por inaceitavel o prazo minimo da lei, e nós os leigos, os profanos, ficamos perplexos.

Note-se ainda que, de accôrdo com a regra, o *dies a quo non computetur in termino*, o prazo minimo fixado pelo *Projecto* ficará accrescido de um dia. É verdade que o art. 946, I, parece encurtal-o, mas ha, sem contestação, equi-

<sup>1</sup> *Loco citato*.

<sup>2</sup> Obra citada, pags. 180 a 181.

voco no modo de dizer. É necessario emendar essa disposição, reproduzindo o *Projecto* primitivo art. 398, 1º : — *Provando-se que o marido se achava physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam ao nascimento.*

O prazo de 300 dias é accusado tambem de curto, apesar de ensinarem os mestres que a gravidez não se prolonga, geralmente, além dos 280 dias. A estatistica de REID, em 40 parturientes, não vae além de 294 dias; a de OLDHAM, além de 285 dias; e a de RAVN, além de 272 dias. <sup>1</sup> Os casos que excedem ao lapso de tempo indicado nas leis devem ser tidos, consequentemente, por excepçoes. Ha estatisticas, bem sei, que fazem crer nessa duração maxima acima dos 300 dias, mas, além de que são raros os casos, é talvez necessario diminuir, ainda assim, alguns dias dos que se dizem consumidos pela gestação. É observação de HIPPOCRATES que JOULIN <sup>2</sup> ainda aconselha.

E não é sómente isso; nos casos de divorcio, a separação dos conjuges precede de muitos dias a sentença que o pronuncia. O mesmo se póde dizer nos casos de dissolução da sociedade conjugal por morte de um dos conjuges, porque, geralmente, a morte é produzida por enfermidades, mais ou menos prolongadas, que servem de barreira aos impulsos genesicos. O mesmo ainda se póde dizer dos casos de annullação de

<sup>1</sup> *Apud* BROUARDEL cit., pag. 175.

<sup>2</sup> *Traité complet d'accouchements*, Paris, 1866, p. 451.

casamentos pedida por um dos conjuges, pois a situação é a mesma que na hypothese do divorcio.

O que resta, então, para coagir o legislador a prolongar o termo maximo da duração da gravidez, quando elle tem de estabelecer regras para o que ordinariamente acontece? *Jura constitui oportet in his quæ plurimum accidunt, non quæ ex inopinato.* (D. 1, 3 fr. 2.)

E o proprio illustrado censor do *Projecto* parece não reputar muito curto o prazo de duração maxima da gravidez, pois que se contenta com 285 dias. De modo que, com 300 dias, o prazo de duração maxima « constitue uma ameaça de deshonra legal suspensa sobre a cabeça de todas as senhoras brazileiras, pois que ninguem poderá provar a qual dellas caberá a desventura de ver prolongar-se a sua gravidez, fructo de um amor legal, por mais de 300 dias; » <sup>1</sup> reduzido, porém, a 285 dias, todos esses perigos cessam, como por encanto.

É verdade que se appella para a intervenção dos peritos profissionaes. Mas, além de que seria difficil ter á mão esses profissionaes nos reconditos sertões do nosso vasto paiz parcamente povoado, eu não louvaria o legislador que adoptasse o perigoso alvitre. O já tantas vezes citado BROUARDEL, mestre eminente, cuja palavra deve ser ouvida por todos os que estudam a sciencia que elle professa com excepcional competencia, nos adverte de que « são inconstantes os signaes

---

<sup>1</sup> *O Direito*, vol. 88, p. 21.

que servem de base á apreciação da idade do feto. O peso fornece apenas dados muito vagos ; o mesmo se deve dizer do comprimento, e até da autopsia dos recém-nascidos ; embora saibamos que o ponto de ossificação do calcaneo se mostra no quinto mez e o do humerus no setimo, existem variações tão grandes que estes signaes não podem, por si sómente, formar a opinião do perito.»<sup>1</sup> Si os competentes nutrem duvidas, mais densas devem ellas se accumular deante dos que não adquiriram aptidões especiaes. Mas, ainda suppondo que qualquer medico esteja habilitado a determinar com exactidão a idade do feto, suppondo que a tabella fornecida pelos praticos não soffre alteração, repito, haveria sempre a difficuldade de encontrar um profissional ao lado de cada parturiente.

Affirma o DR. NINA que a sua proposta de modificação no modo de determinar os prazos extremos da gravidez com applicação á regra *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, equivale de modo claro e manifesto ás disposições em vigor do código civil austriaco e do proprio código allemão. Não obedece, portanto, a uma simples suggestão de estudos theoricos, sem justificação nos precedentes do direito civil.<sup>2</sup> Peço permissão para dissentir. O código civil allemão em nada patrocina a innovação proposta, ou, si a patrocina, tambem o *Projecto* não a contraria.

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, pag. 181. Vê-se que SAVIGNY não se achava muito alongado da razão, quando pensava na inconveniencia de entregar-se á decisão dos peritos, materia que reclama a firmeza de uma regra inamolgavel.

<sup>2</sup> *O Direito*, vol. cit., p. 25.

São estas as palavras do coligo civil allemão, art. 1.592: «Reputa-se periodo da concepção o tempo que decorre do 181º dia anterior ao nascimento ao 302º, comprehendendo-se nelle tanto um como o outro dos dois dias indicados. *Estabelecido* que a criança foi concebida dentro de um espaço de tempo maior do que os 302 dias que precedem ao nascimento, considera-se em favor da legitimidade do filho (*so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes*) que esse espaço de tempo é o periodo da concepção.»

Que permite o legislador allemão? Que se possa contestar a legitimidade do filho nascido 181 dias depois do casamento de seus progenitores, ou dentro d'os 302 seguintes á separação dos corpos? Absolutamente não. Que decidam os peritos profissionaes si a criança, que não attingir a esse termo de duração maxima, foi engendrada por união legitima de seus progenitores? Ainda menos. Que os filhos nascidos antes do termo minimo possam, pelo laudo dos peritos, ser reputados legitimos? Tambem não. <sup>1</sup>

O que sómente é licito no regimen do citado codigo é *provar que a criança nascida depois dos 302 dias seguintes á dissolução do casamento é producto de uma união legitima*. Esta solução é dada em *beneficio da legitimidade*. Mas tambem uma tal prova para o mesmo effeito é admissivel no systema do *Projecto*. Leiam-se os arts. 344 e

<sup>1</sup> «Porque a criança nascida antes do 181º dia, em regra, não é viavel, dizem as Actas, IV, 46.» (ENDEMANN, *Einführung*, II, § 194, nota 13:— *Weil ein von den 181 Tag geborenes Kind ohnedem nicht lebensfähig ist*.)

346 e se verá que o *Projecto* não acceita contestação da legitimidade do filho nascido dentro dos 300 dias posteriores á dissolução do casamento, á separação dos corpos ou ao ultimo dia em que cohabitaram os conjuges. Defende, assim, a legitimidade de quaesquer ataques aventureiros. Mas não interdiz que os interessados demonstrem, como fôr possível, que a vida intra-uterina da criança excedeu aos limites traçados na lei. O que foi estabelecido em beneficio da legitimidade não pretende o *Projecto* que se volva contra ella.

Mesmo o codigo civil austriaco, art. 157, embora admitta, em contrario ao allemão, que se prove, com exames periciaes, a legitimidade dos nascimentos prematuros sobrevindos antes do setimo mez da gestação, não offerece arrimo franco á innovação, pois que faculta a intervenção medica sómente depois do decimo mez ou antes do setimo. Em todo o caso, seria uma voz unica em frente a um numero consideravel de vozes oppostas.

Podemos, pois, repetir com TEIXEIRA DE FREITAS : « os prazos que temos adoptado, de dez mezes no maximo e seis mezes no minimo, são, com pequena differença, os de todos os codigos e os do direito romano. » <sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Esboço de Codigo Civil*, nota aos arts. 229 e 230. Vejam-se os codigos civis francez, art. 312; italiano, 160; austriaco 138 (7 e 10 mezes); allemão, 1.592 (181 e 302 dias); portuguez, 101; de Zurich, 648 e 469; do cantão dos Grisões, 57; do Perú, 4 e 5 (seis mezes e 305 dias); hespanhol, 108; chileno, 76; argentino, 77; uruguayano, 191; mexicano, 290; boliviano, 160; venezuelano, segundo R. DE LA GRASSERIE, p. 103, direito russo (180 e 306 dias), segundo LEHR, I, p. 71.

Ainda o moderno Projecto suíço, arts. 277 e 279, mantem os malsinados prazos de 180 e 300 dias.

O ponto de vista medico não póde ser o ponto de vista juridico. O medico attende á evolução biologica do feto; o jurista, ás condições de estabilidade da organização social. Emquanto os medicos podem discutir e permanecer em divergencias irreductiveis, o legislador tem que tomar uma resolução e agir como se já estivesse senhor da inaccessivel verdade.

Vem a proposito recordar umas palavras sensatas de DRAMARD: <sup>1</sup> « O legislador tomando os termos extremos indicados pela sciencia como sendo os das mais curtas e os das mais longas gestações humanas, collocou a concepção entre 180º e 300º dia que precede o nascimento. Esta solução juridica do problema *foi, é e será, por muito tempo ainda, criticada pela sciencia pura, que, aliás, não tem melhor para dar em substituição*; mas, na realidade, é uma verdade juridica que se impõe e contra a qual não poderia prevalecer, em tal conjunctura dada, uma demonstração scientifica, por mas solidamente estabelecida que se a possa imaginar. O interesse, a segurança e a paz da familia exigiam que assim fosse. »

#### PROPRIEDADE DO ESPAÇO AEREO

Entre os arts. 529 e 530 do *Projecto actual*, seria util, penso eu, intercalar o art. 636 do *Projecto primi-*

<sup>1</sup> *Grande encyclopédie française*, vb. CONCEPTION,

tivo, que cogita de uma hypothese interessante, principalmente onde ha exploração de vias ferreas que perfuram montanhas, e no momento actual em que se está fazendo effectiva a conquista dos ares pelas aeronaves dirigiveis.

O codigo civil allemão, art. 905, não transcurou a hypothese, influindo naturalmente para isso a critica percuciente de JHERING,<sup>1</sup> que poz em evidencia o erro dos que suppunham ser canon indiscutivel do direito romano a illimitação da propriedade *usque ad sidera et inferos*. Argumentando, principalmente, com o fr. 6 § 2 D. 47, 7 e com o direito bysantino acerca das minas, mostra o grande romanista que, no direito romano, a propriedade do espaço aereo e do subsolo se estende sómente até onde chega o *interesse pratico* do proprietario. Tam racional e fundada é a conclusão de JHERING que logo a ella adheriram ARNDTS e F'REND.

Na Italia, as censuras de GABBA ao art. 440 do codigo civil são um transumpto intelligente das idéas do jurisconsulto tudesco e de PAMPALONI que escreveu uma monographia—*Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo in diritto romano moderno*. A formula de PAMPALONI é uma simplificação da de JHERING: «A propriedade do espaço aereo e do subsolo se estende até onde o reclama o interesse do proprietario, em relação com o uso que é possível fazer do immovel de que se tracta, nas condições actuaes da arte e da industria humana.»

<sup>1</sup> *Œuvres choisies*, II, pg. 105.

E GABBA faz notar os absurdos manifestos que resultariam da illimitação da propriedade *usque ad sidera et inferos*. Um proprietario que pretendesse ver uma offensa ao seu direito e posse correspondente no facto de apanharem passaros a milhares de metros acima do seu campo, ou no facto de se abrir uma galeria subterranea que passe a centenaes de metros por baixo da sua casa, commetteria um grosso dispaunterio, pensa o egregio civilista. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Quistioni di diritto civile*, I, p. 149, ADD. : WINDSCHEID, §§ 139, nota 3, e 168 *in fine* e nota 2.

## A REDACÇÃO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL NO SENADO

---

### I

O choque violento dessa mole ingente de saber profundo e rude critica philologica, que, das mãos cyclopicas do senador RUY BARBOSA, acaba de ruir fragorosamente sobre o *Projecto de codigo civil*, deixou-me aturdido.

Fôra eu o primeiro a deslustrar, com a minha inhabilidade excepcional e a minha ignorancia incorrigivel, essa obra que todos requerem primorosa na fórma, tanto quanto solida e elegante na construcção systematica. Grande é, por isso, o peso da minha responsabilidade. E, para exculpar-me, em parte, da grave offensa que involuntariamente fiz á reputação da sociedade culta e da época illustre em que vivo, por lhes prender, ao manto rutilante, producto de tal modo mesquinho, só descubro uma levissima attenuante. O transito constitucional da formação das leis havia de levar o *Projecto* á Camara e ao Senado, onde, submettido á lima e ao

buril de tão insigne mestre, perderia as rudezas e as maculas da primeira factura.

Quer isto dizer que as correcções agora publicadas não podiam ser uma surpresa para mim. Eram esperadas. Mas nem as suppunha tão minuciosas e prolixas, nem tão ruidosamente clamadas, nem as imaginava antepostas aos aperfeiçoamentos da materia juridica fundida no *Projecto*.

Na minha ingenuidade, acreditava que sómente depois de assentados definitivamente quaes os preceitos cuja systematisação deveria constituir o nosso Codigo civil, é que caberia cuidar da fórma grammatical das proposições, do boleio rhetorico da phrase. E, ainda hoje, não atino com a explicação desse desvio da ordem natural das cousas, que faz exigir apuros requintados de estylo para revestir idéas ainda em elaboração.

Que razão justifica o dispendio de tanto tempo, de tão grande esforço, na escolha das palavras com que se hão de exprimir regras juridicas que, afinal, podem ser rejeitadas pela discussão? Confesso que não comprehendo. Mas, como guardar silencio, nesta emergencia, importaria reconhecer a procedencia de todas as increpações e a vantagem de todas as emendas sobre os differentes dispositivos do *Projecto*, vejo-me coagido o deixar-me levar pela torrente inversiva das boas normas da arte de preparar leis.

Melhor fôra que me dirigisse ao Senado, onde se acha em maceração o trabalho da Camara. Não me parece, entretanto, que seja possivel fazel-o deante da

resolução tomada pela douta Commissão daquelle ramo do poder legislativo nacional, declarando desde já approvadas as emendas propostas pelo illustre senador bahiano.

Seria impertinencia, sinão protervia, aggravar de sentença proferida solemnemente por entre applausos e saudações enthusiasticas.

Accresce que um preclaro director da mentalidade brazileira, o Sr. JOSÉ VERISSIMO, e devo crêr que a sua opinião seja a da maioria dos nossos concidadãos, já fez, pela imprensa, a peremptoria intimativa de minha exclusão do numero dos collaboradores do futuro *Codigo civil* brazileiro. E não sou o unico excluido. Afastados são tambem todos quantos se afadigaram por trazer o seu contingente de reflexão e experiencia á grandiosa lei em preparo. « *Pelo fundo e pela fórma*, diz S. S. que o senador Ruy Barbosa virá a ser o verdadeiro auctor do nosso futuro *Codigo civil*. » <sup>1</sup>

Que mais tenho eu com o que se disser a respeito do malsinado *Projecto*, si a esponja de auctoridade tão conspicua já obliterou o que, nesse trabalho, pudesse recordar o meu esteril, ainda que bem intencionado esforço ?

Nada, sem duvida. Mas para que não continuem a pesar impiedosamente sobre os meus hombros fragillimos, além das culpas de que me devo penitenciar, outras

---

<sup>1</sup> Veja-se o artigo publicado no *Correio da Manhã*, numero de 4 de agosto, sob o titulo—*Uma lição de portuquez*.

muitas que ou não existem ou não se prendem á minha individualidade por nexos causais, talvez fosse conveniente publicar as glosas que, ao fluir da leitura, fui escrevendo á margem do parecer do inclyto presidente da Comissão do Senado, cujas correccões, si realmente se devem reputar *uma alta e sabia lição de portuguez*, não se deixaram saturar desse grato aroma de sympathia e de equidade que sobe ao cerebro pelo caminho do coração.

Não quero, porém, aggravar a monotonia que naturalmente reçuma de trabalhos do genero deste que agora se lê, com inuteis minucias.

Pouco amante das discussões em qualquer terreno, tenho quasi horror ás disputas de grammatica. Mas a excepcional auctoridade do eruditó censor da redacção do *Projecto* não me permite o silencio que, não podendo ser, na hypothese, manifestação de menos preço, seria interpretado como signal de acquiescencia ou submissão. Escolho, por isso, um meio termo entre o que deseja a indole do meu espirito e o que pede a singularidade da minha situação.

Afim de pôr em relevo as imperfeições do *Projecto*, é o longo parecer precedido de uma introducção em que se destacam os mais graves desacertos e as mais extravagantes cincas linguisticas de que esse producto legislativo em formação se fez, pelos modos, ubertoso alfôbre.

Examinarei o valor dessas accusações. Não de todas, certamente, pelas razões já expostas.

Porei de lado, salvo uma ou outra excepção, os artigos que não tiverem correspondente no *Projecto primitivo*, ou cuja redacção differir, no ponto censurado, da que eu tinha escolhido. Taes são, por exemplo: a) Os artigos 200 (que sômente apparece na redacção final do *Projecto*,<sup>1</sup> 202, 219, <sup>2</sup> 232, 238, 294, 223, n. I, 477 § 1, 593, 670, 716, 1.228, 1.264, 1.558, 1.620, devidos á iniciativa da Comissão da Camara.<sup>3</sup>

b) Os arts. 593 § § 3 e 5, <sup>4</sup> 9 pr. e 673 introduzidos pela Comissão revisora do Governo.

c) Os arts. 10, 14 e 17, da lei preliminar, redigidos por modo diverso do que se encontra nos arts. 33, 39 e 14 da lei de introdução.

d) Os arts. 34, 46, n. II, 101, 185, 196, 199, n. I, 212, 255, n. IV, 262, § unico, 420, n. IV, 438, 558, § unico, 596, 627, 631, 694, 877, 937, 1.000, 1.093, 1.300, 1.385, 1.388, 1.690, § unico, 1.777 e 1.808, que não conservam as expressões usadas pelo *Projecto primitivo*, arts. 43, 60, n. 2, 212, 116, 226, 229, 247, 289, n. IV, 297, 491, 513, 514, 675, 586, 693, 734, 789, 1.083, 1.139, 1.230, 1.448, 1.515, 1.518, 1.860, 1.933 e 1.963.

e) O art. 767, n. IV, cuja redacção é do Sr. ANDRADE FIGUEIRA.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Trabalhos*, VIII, pag. 34, art. 202. Apenas exemplifico, não vejo necessidade de fazer uma enumeração completa.

<sup>2</sup> Este artigo foi extrahido do dec. 181 de 1890, art. 11 (*Trabalhos*, VI, p. 71).

<sup>3</sup> Consultem-se os *Trabalhos*, VI, p. 213, 239, 412, 451, 476 e 491.

<sup>4</sup> *Actas*, p. 106 a 107.

<sup>5</sup> *Trabalhos*, VII, p. 275, 1<sup>a</sup> col.

f) E ainda os arts. 163, 438, § unico, e 596 remodelados pela Comissão revisora do Governo,<sup>1</sup> sendo de notar que este ultimo dispositivo é litteralmente transcripto de TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 68. Resvalam, pois, os remoques do commentario e vão ferir em cheio o excelso jurisperito. É d'elle «o amphiguri.»

Afastando esses dispositivos criticados, não pretendo admittir que a respeito de todos procedam as censuras. Algumas serão acceitaveis; outras fazem cabedal de erros typographicos de facil correcção (arts. 1.000 e 1.777, por exemplo); outras ainda apegam-se a futilidades improprias da grandeza intellectual do censor.<sup>2</sup> Ha, porém, na Comissão da Camara quem melhor do que eu assuma a defeza do *Projecto* nesses pontos. O que me cumpre é tentar justificar-o das incorrecções oriundas do *Projecto primitivo* que, todas, devem ser levadas á conta do meu desaso.

Passarei tambem silencioso á margem das simples alterações no modo de dizer. Algumas dellas, realmente como era de esperar, melhoram a expressão da lei futura; outras, porém, podiam ser dispensadas por equivalerem perfeitamente, sob o ponto de vista da fórma, ao que estava escripto; e ainda outras são menos felizes, por conturbarem a intelligencia da phrase ou modificarem o pensamento.

<sup>1</sup> *Actas*, p. 75, 139 e 168.

<sup>2</sup> Não é para causar estranheza que se faça ruído commento por se pensar que uma virgula é incabível num determinado lugar (art. 122), ou porque ha signal de crase onde se acredita que é dispensavel essa notação lexica?

Exemplo de alterações da segunda classe offerece-nos a emenda ao art. 17 da lei preliminar. Dizia o *Projecto*, no art. citado, que não teriam efficacia no Brazil as leis e sentenças estrangeiras nem os actos juridicos fóra de nossas fronteiras realisados, nem tam pouco as convenções celebradas dentro do paiz, uma vez que importassem offensa ás leis de ordem publica, á soberania nacional e aos bons costumes. Não será, talvez, muito feliz a redacção do citado artigo, mas diz isso, como se poderá verificar, lendo-o :

Art. 17. *Em caso algum, as leis, os actos e as sentenças de um paiz estrangeiro e as convenções e disposições privadas poderão derogar as leis rigorosamente obrigatorias do Brazil, concernentes ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis por qualquer modo relativas á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*

Porque o adjectivo *privadas* não agradou, fez-se uma reconstrucção de phrase em virtude da qual a emenda assevera não terem efficacia, no Brazil, as leis estrangeiras concernentes ás pessoas, bens e actos. Ora, como não ha leis que se refiram a outro objecto além das pessoas, dos bens e dos actos (*omne jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*), está, de um jacto, eliminado o direito internacional privado.

Aqui estão as palavras da emenda :

Art. 17. *As leis, actos e sentenças de outro paiz, bem como as disposições e convenções particulares não derogarão, em caso nenhum, AS LEIS DO BRAZIL, CONCERNENTES*

às PESSÔAS, BENS E ACTOS *ou relativas*, por qualquer modo, á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.

Era conveniente concertar o enunciado do art. 17 da lei preliminar, mas, por certo, não assim. E nem era mister eliminar o epitheto *privadas*, que não póde ser convenientemente substituido por *particulares*. *Particular*, de parte, oppõe-se, mais directamente, a *geral*; *privado* é qualidade antithetica de publico. *Sunt quaedam PUBLICE utilia, quaedam PRIVATIM.* <sup>1</sup>

E quanto ao privilegio das terminações masculinas, sempre isemptas da tisona dos maus pensamentos, parece-me bem duvidoso.

O art. 492 fornece um bom exemplo das alterações que, mantendo o pensamento do Projecto, o envolvem mais em sombra.

Dizia o Projecto :

Art. 492. *A posse directa, mas temporaria, do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario e de todos aquelles que se acham em situação juridica que lhes dá direito ou impõe obrigação de possuir cousa alheia, não exclue a posse indirecta da pessoa em relação á qual o direito de possuir lhes é garantido.*

A emenda reconstroe a phrase por este modo :

Art. 492. *Quando, por força de obrigação ou direito em casos como o do usufructuario, do credor pignoratício, do*

<sup>1</sup> *Jus publicum e Jus privatum; sacra publica e sacra privata; vindicta publica e vindicta privata.* São expressões que, á similitude de outras muitas, traduzem a antithese a que allude o art. do Projecto.

*locatario, se exerce temporariamente a posse directa, não annulla esta ás pessóas, de quem elles a houveram, a posse indirecta.*

Si obscuridade havia, a diligencia empregada para removel-a foi infructifera, pois o final do artigo está agora mais burro do que antes da correcção. <sup>1</sup>

Tambem não me preocuparei com os echos, as collisões, as assonancias, porque seria, muitas vezes, necessario sacrificar a limpidez ou a energia da idéa, si tentassemos evitar esses inconvenientes. E é preferivel manter a pureza do pensamento a procurar simplesmente a sonoridade da phrase.

De cacophonias, no rigor da expressão, creio que não sou culpado. E parece que os melhores escriptores, como CAMÕES, VIEIRA, CAMILLO e o proprio senador RUY BARBOSA, que a justiça manda collocar entre os mais distinctos, podem ser accusados de peccados taes. Na introducção ao parecer que motiva estas linhas, apezar de cuidadosamente escripto, os fulgores da palavra, uma vez por outra, se empanam com algumas jaças deste genero, pois ahí se lêem no ultimo paragrapho, bem proximós uns dos outros, estes máos sons:—frouxo éco... por corromper... a não se desconvencerem. E, logo no primeiro paragrapho, a phrase se fecha com alguns ãos que lhe conservam a elegancia, mas que poderiam causar

---

<sup>1</sup> Outros exemplos occorrem, entre os quaes a emenda ao art. 315, onde não se sabe a que *outro conjuge* se refere a redacção approvada.

reparo em escriptos de outro qualquer:... «critica e decifração a que a redacção das leis não deve expol-as.»

De falhas typographicas é justo que não sobrecarregue estas glosas. Sabe-se quanto ellas abundam nos productos de nossas typographias. E é preciso uma dose bem forte de má vontade para suppôr que alguém, sabendo ler por cima, ignore que o verbo deve receber a flexão do plural, quando desse numero fôr o sujeito.

O revisor da imprensa nacional deixou passar esta discordancia, que tambem me escapou ao reler as ultimas provas:— Emquanto *alguns* dos credores solidarios não *accionar* o devedor commum (art. 1.045), este poderá pagar a qualquer delles.— O leitor mais prevenido logo veria que a ultima curva do *m* da palavra *algum* fôra transformada, pelo typographo em um *s*, e leria, sem difficuldade, a palavra como fôra naturalmente escripta. Mas a Commissão do Senado leva esse feio solecismo á conta de nossa ignorancia (minha e das Commissões revisoras).

O artigo em questão é uma simples variante do que se lê no livro *Direito das obrigações*, p. 95, linhas 8 e seguintes: « Porém si algum dos credores já tiver demandado o devedor, não terá mais este liberdade de fazer o pagamento a outro que não aquelle que o demandou em primeiro logar.»

E nem teria senso o plural de *algum* na enunciação do principio que se tenciona traduzir, pois que é da iniciativa de um dos credores que se cogita, para assignar-lhe um dos effeitos.

## II

Restam, para objecto destes artigos, os peccados grammaticaes e as impropriedades de linguagem.

Mas discutir si pôde ou não ser licito empregar intransitivamente verbos que no estado actual da evolução da lingua se incluem na classe dos transitivos; examinar si o vocabulo *interessado* comporta ou não depois de si uma certa preposição; deslindar outras graves questões de lexicologia ou syntaxe, pôde ser de alto interesse, mesmo quando se tracta de resolver um problema juridico tão grave e complexo como é um codigo civil, mas não me attráe, não me seduz. Será defeito da minha educação intellectual que me faz suppôr que a esthetica das construcções juridicas está antes na disposição e encadeiamento hierarchico das idéas, na clareza do pensamento que deve actuar como ordem, no matiz peculiar a cada conceito, do que no sabor classico da phrase.

Vejo-me, por isso, forçado a não aproveitar a oportunidade para expôr a defeza de alguns dizeres do *Projecto* que incorreram em censura, por terem, ao que se diz, irrogado offensa ás regras da grammatica.<sup>1</sup>

Entrarei, portanto, no capitulo das impropriedades de linguagem, porque mais de perto se ligam á rhetorica

---

<sup>1</sup> Entre as mais graves dessas offensas enumera-se uma discordancia do verbo com o sujeito, que se suppoz encontrar no art. 337 do *Projecto* actual, que reproduz exactamente o 389 do primitivo. Mas o engano da critica foi já patenteado por MEDEIROS e ALBUQUERQUE.

applicada á redacção das leis, segundo a expuzeram MONTESQUIEU, BENTHAM, ROSSI, LERMINIER e ROUSSET.

Art. 655 do *Projecto* actual e 758 do primitivo. «Desnatura-se a significação dos nomes ao ponto de *classificar, entre as obras, as revistas e os jornaes.*» «Certamente só por descuido se terá dado applicação tão incorrecta áquella palavra.» São as ponderações da critica.

O peccado dos redactores do *Projecto* aqui se agrava infelizmente, porque foi premeditadamente que o commetteram.

A lei de 1 de agosto de 1898, art. 2, declara que se comprehendem na expressão—*obra litteraria, scientifica ou artistica*—todas as producções do dominio das lettras, das sciencias ou das artes. Ninguem, creio eu, contestará que os jornaes e as revistas sejam producções da intelligencia, e, segundo a sua especialidade, se hão de classificar em alguma daquellas categorias a que se refere a lei. Portanto o *Projecto* não se desviou da tecnologia estabelecida pelo direito vigente.

E seria, ao menos, original, nessa designação, o legislador patrio?

Parece-me que não, porquanto LYON CAEN, na introdução á obra que escreveu em collaboração com DELALAIN, usa desta phrase: «Parmi les ŒUVRES LITTÉRAIRES, une place à part doit être faite AUX ARTICLES DES JOURNAUX ET REVUES.»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Propriété littéraire et artistique*, I, p. L.

Aos jornaes e revistas refere-se a lei hungara de 26 de abril de 1884, art. 2<sup>o</sup>, cuja traducção franceza é a seguinte : — Pour les œuvres littéraires composées d'articles de plusieurs personnes et considérées comme formant un seul tout, *le rédacteur en chef* bénéficie, comme les auteurs, de la protection légale. Le droit d'auteur appartient, pour chaque article séparé, à chaque collaborateur. <sup>1</sup>

Mais positiva é ainda a lei luxemburgueza de 10 de maio de 1898, art. 1<sup>o</sup>, 2<sup>a</sup> parte, cujo edicto muito se approxima do da lei patria citada.—L'expression *œuvre littéraire et artistique*, explica o legislador do Grão Ducado de Luxemburgo, comprend les livres, brochures et *touts autres écrits*... enfin toute production quelconque du domaine littéraire ou artistique, *qui pourrait être publiée de quelque manière et sous quelque forme que ce soit*. <sup>2</sup>

Si toda producção do dominio litterario, que pôde ser publicada por qualquer modo é— *obra litteraria*, o jornal e a revista devem ser incluídos nessa designação.

E tanto isto é verdade que os redactores da lei allemã, de 11 de junho de 1870, sentiram necessidade de, na hypothese a que nos estamos referindo, declarar que não comprehendiam as revistas *entre as obras compostas de fragmentos de auctores diversos*. <sup>3</sup> Não cumpre

<sup>1</sup> Op. cit., I, p. 143.

<sup>2</sup> CLUNET, 1899, p. 508.

<sup>3</sup> LYON CAEN et P. DELALAIN, op. cit., I, p. 55, not. 3.

agora verificar si essa é ou não a bôa doutrina. Mas o facto de se sentirem obrigados áquella confissão, claramente indica não ser uma extravagancia a inclusão dessas producções na classe das obras litterarias.

Realmente si era absurdo fazer similhante classificação, era inutil a ressalva.

Em relação ao art. 1.652, II, e 1.725, I, <sup>1</sup> o commentario assume um tom mais causticante, fazendo-se, a chasquear, a observação seguinte : «Leva-se a cacologia até ao *ridiculo*, appellidando com a designação de escriptor o individuo, talvez nem escrevedor ou escrevente, chamado pelo testante impedido ou analfabeto para por elle escrever o testamento.» (*Parecer*, p. 3, 1.<sup>a</sup> col.) «Esta extravagancia reproduz-se no art. 1.875 » (*Parecer*, p. 181, 1.<sup>a</sup> col.)

Quando isto li, vieram-me á lembrança umas palavras de EMILIO LITTRÉ, nas quaes a delicadeza, talvez melhor dissera a unção, disfarça a monitoria subtil.

O celebre estudo critico de S. MILL, sobre AUGUSTO COMTE e o positivismo, termina por uma phrase que soou mal aos ouvidos do bondoso e meigo LITTRÉ: But in an age less tolerant of palpable absurdities, and to which those he has committed, if not in themselves greater, at least appear *more ridiculous*. <sup>2</sup>

Desta ultima phrase da obra, a ultima palavra, a que ha de ficar gravada no ouvido e na mente do leitor é — *ridiculas*.

<sup>1</sup> *Projecto primitivo*, art. 1.882, 1.<sup>o</sup>

<sup>2</sup> *Comte and positivism*, London, 1866, p. 200.

Doído com o deprimente epitheto applicado a um pensador digno de respeito por seu valor e por sua sinceridade, reflexiona o sabio divulgador do positivismo, em sua feição puramente scientifica: «O que offende meu sentimento de equidade e até de artista é que esta palavra seja a ultima, com que se deixe o leitor, e que uma phrase digna do Sr. COMTE e do Sr. MILL não volva o espirito á contemplação das grandezas do homem e da sua obra.» <sup>1</sup>

Aliás uma pagina antes o philosopho inglez tivera, para com o creador da escola positivista, palavras de generosa e tocante emoção. <sup>2</sup>

Não por mim que nada sou, mas por alguns homens distinctissimos que tomaram parte na elaboração do *Projecto* de Codigo Civil brasileiro, lastimo sinceramente deparar no Parecer senatorial certos adjectivos deprimentes, vocabulos depreciativos e um tom geral de mordacidade e menosprezo que avultam ainda mais por virem do Senado e se referirem á Camara. <sup>3</sup>

Mas passemos cautelosamente por estas arestas cortantes sem dellas muito nos approximar, ponderando que *escriptor* é aquelle que escreve, pela mesma razão que *sub-*

<sup>1</sup> *Fragments de philosophie positive*, Paris, 1876, p. 244.

<sup>2</sup> *Comte and positivism*, p. 199: Other may laugh, but we could for rather weep at this melancholy decadence of a great intellect.

<sup>3</sup> Vejam-se ainda como exemplós de dureza de expressões: p. 90—*disposição mal amanhada*; p. 91—*embrulhadamente redige*; p. 99—*balburdiando... extravagancia*; p. 107—*não tem grammatica nem senso*; p. 144—*expressão original e ridicula*; p. 171—*é o cumulo da simplicidade no pleonasmo*. Simplicidade aqui vale por tolice. O tom escarninho é o dominante no *Parecer*.

*scriptor* é o que subscreeve; *prolator*, o que profere; *recedor*, o que recebe.

Si a designação—*escriptor* se applica especialmente ao productor de obras litterarias, não será isso razão invencivel para recusarmos a mesma denominação a quem escreve cousa diversa.

O uso juridico deve tambem ser levado em conta, e foi elle que auctorizou os redactores do *Projecto* a empregarem o vocabulo *escriptor* na accepção censurada.

COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 681, *escholio*) deporá em favor da existencia do uso que agora invoco, falando assim: «a Ord., quando diz que nesta disposição o testador ou *escriptor* do testamento seja tido no lugar do tabellião, dá logar a entender que o acto ficou authentic e concluido.»

TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, art. 1.060 e §§) contempla entre as solemnidades do testamento particular: «que intervenham cinco testemunhas varões e maiores de quatorze annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario do testamento.»

CARLOS DE CARVALHO, tractando do mesmo assumpto, repete as palavras de Teixeira de Freitas: «que intervenham cinco testemunhas, varões e maiores de 14 annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario do testamento.» — (*Direito civil brasileiro*, art. 1.765).

Como não extranhar a aspereza caustica do commentario, si a linguagem usual entre os doutos auctorisa o

emprego do vocabulo no sentido em que o tomou o *Projecto*? <sup>1</sup>

O art. 1.142 provoca este reparo: «Porque resgate, aqui e no art. 1.144?»

Na retrovenção, o termo tecnico para designar o resgate é *retracto*.

Ver Codigo Civil port. art. 1.588 e T. DE FREITAS, *Consolid.* nota 5, art. 351.» <sup>2</sup>

Não contestarei os foros do vocabulo *retracto*, de que me servi no *Direito das obrigações*; <sup>3</sup> mas affirmo que os seus titulos não são melhores do que os de *resgate*.

Abro o *Codigo Civil portuguez annotado* por DIAS FERREIRA, na parte referente ao artigo invocado, <sup>4</sup> e, nos esclarecimentos que ali se desenvolvem, nem uma vez sequer deparo o termo inculcado como tecnico. Em logar delle, o que se encontra é *remissão*.

Ora, o commentador não repetiria sete vezes na mesma pagina a palavra *remissão*, sem um certo proposito; não evitaria systematicamente o emprego do vocabulo *retracto*, que lhe estava indicando a letra da lei, si a sua educação juridica lhe não tivesse desenvolvido sympathias em favor de outra dicção. E esta supposição

<sup>1</sup> Nota add. 1905: Veja-se adeante o que a esse mesmo respeito ainda allego no capitulo intitulado *A replica do Senador Ruy Barbosa*.

<sup>2</sup> *Proj. primitivo*, arts. 1.281 e 1.285.

<sup>3</sup> § 147, 4º

<sup>4</sup> Vol. IV.

como que se confirma ao recordarmos que é esse mesmo commentador quem contesta a exactidão da phraseologia juridica do Codigo Civil portuguez. São delle estas palavras: «O Codigo seria um trabalho completo, si houvesse mais cuidado com a redacção juridica, que, em vez de ser tão trabalhada como a redacção grammatical, foi sempre preterida por esta.»<sup>1</sup>

*Remissão* é o termo de que se servem COELHO DA ROCHA e CORRÊA TELLES, quando tencionam designar, por um substantivo, o direito reservado ao vendedor de recobrar o objecto vendido, mediante certas condições.<sup>2</sup> *Direito de remir* é tambem expressão empregada quer pelos auctores citados quer por outros.<sup>3</sup>

Ora, *remir* e *resgatar* são vocabulos de significação identica, segundo se vê em AULETTE, por exemplo: REMIR, v. tr. — redimir, *resgatar*, etc.; RESGATAR, v. tr. — *remir* ou livrar do captivo a troco de presentes ou de dinheiro, etc. Portanto é possível substituir a *remissão* de que se servem os escriptores citados pelo synonymo que o *Projecto* preferiu. E a razão dessa preferencia é que a palavra *remissão* já se applica em direito para traduzir factos differentes. Temos a *remissão* das dividas, a *remissão* hypothecaria, a *remissão* dos bens do executado.

Cumpria não concorrer para a confusão da lingua-

<sup>1</sup> *Codigo civil portuguez annotado*, por JOSÉ DIAS FERREIRA, Lisboa, 1870—1876, vol. I.

<sup>2</sup> *Ins.*, § 823, texto e escholio; *Doutrina das acções*, ed. T. de Freitas, § 127.

<sup>3</sup> *Suzano*, á Ord. 4, 4.

gem da lei, mantendo a mesma expressão para significar ainda outra relação de direito.

O art. 1.429 <sup>1</sup> incorre em censura por ter falado em *direito de accrescer* a proposito de constituição de renda, quando a expressão é peculiar á theoria da successão. <sup>2</sup>

Mas o que se entende por direito de accrescer ? É o instituto em virtude do qual ao herdeiro ou legatario se transfere o quinhão do coherdeiro ou collegatario conjuncto que não poude ou não quiz adir á herança. Funda-se na vontade presumida do testador.

Ora, a constituição de renda póde resultar de uma disposição de ultima vontade. Portanto póde-se-lhe applicar, nesse caso, com toda a propriedade o direito de accrescer, salvo si o legislador entender que certas condições especiaes da figura juridica intitulado constituição de renda reclamam que para ella se abra uma excepção ao principio. Essas condições existem, e por terem impressionado os redactores do *Projecto* é que o art. 1.429 adverte de que, *sem declaração expressa*, não se dará accrescimo na constituição de rendas.

Não procede consequentemente a censura, quando a renda fôr constituída por testamento.

Procederá em relação ao caso em que fôr da classe dos *inter vivos* o acto que lhe servir de base ? Absolu-

<sup>1</sup> *Projecto primitivo*, art. 1.560. O art. 745 suscita o mesmo reparo (*Proj. prim.*, 839).

<sup>2</sup> *Parecer*, p. 3, 1.<sup>a</sup> col. 106 e 160.

tamente não, porque a analogia das situações jurídicas é manifesta.

Ha dois ou mais consortes beneficiados conjunctamente, com o direito de perceber, periodicamente uma certa prestação. O titulo desse direito poderá differir, segundo fôr uma disposição testamentaria ou uma doação entre vivos, mas a situação juridica é a mesma.

E a analogia das cousas auctorisa o uso do mesmo nome para significar-as.

Vindo o legislador brasileiro tão posteriormente a muitos outros, seria realmente extranho que fosse o primeiro a lobrigar essa analogia tão mal escondida. Mas a verdade é que muitos dos codigos, citados pelo *Parecer* em seu apoio, suffragam antes o dizer do *Projecto*. Taes são, por exemplo, o chileno e o argentino.

Não se pôde, portanto, afirmar tão peremptoriamente *que não se depara nem um codigo civil (ao menos dos imitaveis)* onde se use da formula *direito de accrescer* com outra applicação além da que lhe é tradicional. <sup>1</sup>

— La renta vitalicia podrá constituir-se a favor de dós ou mas personas que gocen de ella simultaneamente, CON DERECHO DE ACRECER o sin él, ou successivamente, segun él orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contracto.

Eis como fala o codigo civil chileno, art. 2.265. O argentino, art. 2.084 consagra a mesma doutrina,

---

<sup>1</sup> *Parecer*, p. 161.

mantendo a mesma locução. «Cuando la renta vitalicia, diz elle, fuese constituida a favor de dós o mas personas para que la perciban simultaneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda a cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene DERECHO Á ACRECER.»

O código civil do Uruguay, art. 2.162, reproduz o artigo citado do argentino com uma simples alteração de palavras que não influe sobre o que agora temos em vista. «Se debe declarar la parte que corresponde á cada uno de los pensionistas, diz elle, y si él que de éstos sobrevive tiene o NO DERECHO DE ACRECER.»

A fonte destes dois ultimos codigos, assim como a do *Projecto*, foi o art. 2. 261 do *Esboço*, de TEIXEIRA DE FREITAS, onde se lê: «Quando fôr constituida ou reservada em proveito de duas ou mais pessoas para a perceberem simultaneamente, deve-se declarar a parte que a cada um dos pensionistas compete e si o pensionista sobrevivente tem DIREITO DE ACCRESCER.»

O ponto juridico a fixar é si a reversibilidade da parte de um dos rendeiros conjunctos se presume ou deve resultar exclusivamente de clausula expressa, assumpto este que tem sido larga e proficientemente discutido em França.

O *Projecto* não podia deixar sem solução o problema, e acabo de mostrar que não foi infeliz nos termos de que se serviu, pois que os foi buscar em bôa fonte.

## III

O capitulo das faltas de exacção na linguagem technica é abundante e vasto. Não o exgottaremos facilmente, ainda mesmo que marchemos com rapidez e sómente nos detenhamos deante dos reparos mais graves.

O art. 18, n. XIV do *Projecto* estatue que se não pôde matrimoniar: — *A mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo si, antes de terminado o referido prazo, der á luz algum filho.* <sup>1</sup>

Arremina-se o *Parecer* deante dessa proposição e declara que « não pôde haver maior embrulhada » <sup>2</sup> do que a exhibida nesta pequena amostra, pela incuria dos collaboradores do *Projecto*, além de outros motivos, porque « estão em palpavel desencontro, nesta disposição, a primeira e a segunda parte. » <sup>3</sup>

Esta *embrulhada* vem do dec. n. 181, de 1890, art. 7 § 10, e os nossos juristas foram até hoje bastante felizes deslindando-a sem grandes gastos de argucia. Comprehenderam que a expressão usada pelo legislador— *separação judicial dos corpos* não significava a mesma cousa que desquite. Perceberam que na largueza d'aquella expressão havia ensancha apenas sufficiente, para, no logar em que se achava, comprehender os casos de nulli-

<sup>1</sup> *Projecto primitivo*, art. 218, n. 13.

<sup>2</sup> *Parecer*, p. 4, 1.<sup>a</sup> col.

<sup>3</sup> *Parecer*, p. 39, 1.<sup>a</sup> col.

dade e annullação do casamento, nada tendo o dispositivo transcripto com o desquite ou divorcio canonico, não obstante lhe convir algumas vezes a designação de que aqui se tracta : — *separação judicial de corpos*.

Mas o *Parecer*, partindo da falsa premissa de que, na linguagem do *Projecto*, *separação judicial dos corpos* e desquite são expressões equivalentes, amontôa sombras onde o pensamento é claro.

Leia-se o art. 228 e se reconhecerá que, para o *Projecto*, a separação dos corpos se pôde dar por decreto judicial: a) ou quando se pronuncia a nullidade do casamento; b) ou quando a sociedade conjugal se dissolve em consequencia do desquite. Eis como se exprime o citado artigo: *A acção de NULLIDADE OU ANNULLAÇÃO DO CASAMENTO e a DE DESQUITE serão precedidas de uma petição do auctor, documentada quanto baste para justificar A SEPARAÇÃO DE CORPOS, que será concedida pelo juiz com a possivel brevidade.*

E ninguem dirá que realmente, em qualquer dessas hypotheses, não se dá a separação dos corpos em consequencia de uma ordem da auctoridade judicial.

A emenda não me parece mais feliz do que a critica. Diz ella: «A viuva ou a descasada por nullidade ou annullação do matrimonio, até dez mezes do começo da viuvez ou da *dissolução da sociedade conjugal*, salvo se, antes de findo esse prazo, der á luz algum filho.»

Ao jurista logo occorre uma objecção. Só se dissolve a sociedade que existe, e, si o casamento está inquinado de nullidade absoluta, não deu lugar a que se

formasse a sociedade conjugal. Inexistente juridicamente, não pôde produzir efeito em relação aos contraentes e aos filhos, como preveniu o *Projecto*, art. 211. A excepção que se abre a este principio de logica irrecusavel, em favor da bôa fé dos que contrahiram casamento nullo, origina-se da intervenção benefica da equidade; não tem por base o rigor do direito.

É certo que o *Projecto*, art. 322, accetando doutrina pouco sustentavel da Comissão revisora do Governo (*Proj. rev.* art. 294), inclue, entre os modos de dissolução da sociedade conjugal, a declaração de nullidade do casamento. Mas, ainda que se possa invocar o exemplo da lei chilena de 10 de janeiro de 1884, art. 37, e do codigo civil uruguayano, art. 1.792, o equivoco é manifesto, si não tivermos o cuidado de restringir o alcance da phrase accrescentando que tal só é possivel, *quando o casamento fôr considerado putativo*.

Cumpre, portanto, desfazer esse equivoco e não erigil-o em poncto de apoio para a construcção juridica de que se cogita.

Si se tivesse attendido ao que acabo de ponderar, certamente os artigos referentes á constituição do dote se haveriam de bem comprehender como foram concebidos por quem os redigiu.

Suppõe o *Parecer* que nos arts. 307, 308, 309, 311, 313, 182 § 7 n. VI e § 9 n. I, 259 e 1.178, as palavras — *dissolução do matrimonio* se referem á nullidade ou

annulação do casamento. <sup>1</sup> E o argumento unico invocado para a sustentação de tão extranha affirmativa é que, «no art. 313, se determina como, *dado o desquite ou dissolvido o casamento*, os fructos dotaes que correspondam ao anno corrente, serão divididos *entre os dois conjuges*.» «Ambos os conjuges *estão vivos*», continúa o *Parecer*. «*Nenhum falleceu*. E, comtudo, segundo esses cinco artigos. o matrimonio *está dissolvido*; quando o art. 322 § unico terminantemente estabelece que, só morrendo um dos conjuges, se dissolve o casamento, indissolvel durante a co-existencia dos casados.» <sup>2</sup>

Este argumento unico seria improcedente si fosse real; porquanto uma disposição especial referente ao dote não poderia ter força para destruir um principio geral que domina, no systema do *Projecto*, a constituição da familia.

Mas, além de improcedente, não encontra base nos dizeres do *Projecto*. O art. citado como fornecedor dessa clava desmoronadora da engrenagem do *Projecto* contém algumas palavras, além das que o *Parecer* transcreve, e essas palavras não podiam ser supprimidas sem prejuizo da integridade do pensamento. O art. 313 está redigido nos termos seguintes: *Dado o desquite ou dissolvido o casamento, os fructos dotaes que correspondam ao anno corrente serão divididos entre os dous conjuges* OU ENTRE

<sup>1</sup> Cumpre advertir que o *Projecto* primitivo usou, nos arts. 349 a 357, de expressões mais genericas: *dissolução do matrimonio e separação dos corpos*.

<sup>2</sup> Arts. correspondentes do *Proj. prim.*:— 349 a 356.

UM E OS HERDEIROS DO OUTRO, *proporcionalmente á duração do casamento no decurso do mesmo anno.*

As palavras em versalête, que o *Parecer* não viu, estão indicando que um dos conjuges falleceu, pois que só ha herdeiros de pessoa morta, e que a dissolução do casamento de que se tracta nos arts. citados, é sempre a mesma, é sempre a unica reconhecida pelo *Projecto*, isto é, a que resulta do fallecimento real, não bastando o presumido, de um dos conjuges.

Assim o «erro crasso», contra o qual flammejaram tantas phrases iracundas tem... as apparencias de um acerto. Por ter deixado de ler uma clausula essencial do dispositivo, é que o illustre auctor do *Parecer* viu contradicção em vez de harmonia, confusão em vez de clareza, balburdia em vez de simplicidade correcta.

O art. 313 allude claramente aos casos de desquite e de morte. Si a separação provier da nullidade ou annullação do casamento, applicar-se-á o disposto no art. 226 combinado com o art. 238, segundo os quaes sómente em relação ao conjuge de bôa fé se ha de considerar a união sexual como produzindo effeitos civis de casamento valido.

A bôa fé fará com que, a favor de ambos os conjuges ou sómente em beneficio de um delles, a situação equivoca em que se acharam se equipare á sociedade dissolvida pela morte de um dos consortes.

Não havendo, porém, bôa fé, rigorosamente não houve dote, porque os pactos antenupciaes presuppõem a celebração do casamento e a sua efficacia legal, e porque

o art. 238 do *Projecto* estatue que «declarado nullo o casamento *por culpa de um dos conjuges este perderá todas as vantagens havidas do innocente.*

Acceita, portanto, a emenda que a Comissão do Senado approvou, e dizendo-se no art. 313—*dado o desquite ou annullado o casamento,* — em primeiro lugar, deixa-se de contemplar o caso commum da *morte de um dos conjuges,* imprevidencia gravissima; e, em segundo lugar, dá-se a entender que, na separação dos corpos determinada por nullidade do casamento, se effectuará normalmente a partilha dos fructos, segundo a regra firmada no mesmo dispositivo; o que não é absolutamente acceitavel, perante a razão juridica.

É indispensavel, penso eu, á vista das reflexões que acabo de suscitar, que se restabeçam os arts. 307 a 313 com a redacção que levaram da Camara. <sup>1</sup>

Quanto aos arts. 182 § 7 n. VI, 259 e 1.178, cumpre dar mais alguns esclarecimentos. <sup>2</sup>

Referem-se o primeiro e o setimo ás doações que o conjuge adultero fizer ao seu cúmplice, e o segundo aos actos praticados pela mulher sem auctorisação marital, decretando que a nullidade desses *negotia juris* pôde ser

<sup>1</sup> Art. correspondente do *Proj. prim.*: -- 1.317. Devo observar, de passagem, que é necessario harmonisar os prazos estabelecidos nos arts 182 § 7 n. VI e 182 § 9 n. III do *Proj.* da Camara. O primeiro é de dois annos e o segundo de quatro. No emtanto as hypotheses são perfeitamente analogas e no *Proj. prim.* eram tractadas com egualdade (art. 290 cbn. com 289 n. 2 e 1.317).

<sup>2</sup> Auctorisam-me o emprego da palavra *esposo* no sentido de conjuge: AULETTE, *Diccionario Contemporaneo*, e LATINO COELHO, *Theatro*, I, pag 152, linha 16, e pag. 218, linhas 12 e 22.

pedida ou durante a permanencia do casamento ou até certo prazo após a dissolução do vinculo matrimonial.

É justamente do *ligamen* creado pelo matrimonio legalmente celebrado que ali se tracta e não da sociedade conjugal que desaparece pelo desquite.

Não ha difficuldade em reconhecel-o. Considere-se em primeiro logar a hypothese da doação do conjuge adultero. É uma injuria irrogada ao consorte, e é em desaffronta da dignidade da familia, do respeito que os conjuges devem um ao outro, e da obrigação de mutua fidelidade por esse modo menosprezada, que a lei concede ao conjuge offendido pela indecorosa liberalidade do outro, o direito de a desfazer.

Porque no regimen da communhão universal ou limitada, essa liberalidade acarreta prejuizo á meação do conjuge innocente, e ainda para reforçar a reacção legal contra a immoralidade, o direito de annullar a doação passa do conjuge aos seus herdeiros. Comprehende-se bem a intenção do legislador e vê-se o alcance do dispositivo.

Mas supponha-se que, por esse mesmo facto, ou por outros aos quaes elle se associe, os esposos se desquitaram. Já o facto injurioso produziu as suas naturaes consequencias, destruindo a associação conjugal, dispersando a familia. Já o conjuge innocente desaffrontou a sua dignidade e a moralidade social, obtendo o divorcio. Já o culpado foi punido, soffrendo os effeitos que a lei faz recahir sobre o conjuge que, por seu proceder, deu causa á desagregação da familia. Porque e em nome de que prin-

cipio, ainda se viria, passados annos, levantar novamente o véo do esquecimento e da quietude que cobria essa magoa ou essa miseria? Depois de attendidos, pelo divorcio, os resentimentos que um conjuge tinha do outro, e depois de liquidados os seus interesses economicos, não ha razão jurídica sufficiente para se virem levantar novas questões sobre o mesmo assumpto, ou seja o proprio divorciado quem as levante, ou sejam os seus herdeiros, o que ainda mais improcedente será. O divorcio deu satisfação a todos os reclamos e poz termo á situação jurídica em que se achavam os conjuges antes de desquitados.

Foi esse o pensamento do *Projecto*, e supponho que não lhe recusarão a sua approvação os que o considerarem de animo desprevenido.

Mas, si assim é, não deve ser admittida a emenda que nos arts. citados manda dizer *dissolução da sociedade conjugal* em vez de dissolução do casamento, como intencionalmente se expressara o *Projecto*.

#### IV

No art. 4 da lei preliminar, tentaram os redactores do *Projecto* condensar os principios geraes da revogação quer expressa quer implicita da lei <sup>1</sup>, dizendo: *A lei só pôde ser derogada ou revogada por outra lei posterior em contrario; mas a disposição especial anterior não revoga a geral anterior, nem a geral posterior revoga a especial*

<sup>1</sup> *Projecto primitivo*, arts. 8 e 9 da lei de introd.

*anterior, sinão quando a ella se referir para alteral-a explicita ou implicitamente.*

Apezar do que se diz no *Parecer*,<sup>1</sup> acho mais incisiva, mais energica, a formula do *Projecto*, do que a da emenda. Prefiro, neste caso, a «conjugação paraphrastica, mediante o auxilio do verbo ser», para dar uma expressão mais frisante ao pensamento, e não acho razão sufficiente para refugal-a o pretendido máo som resultante da combinação das duas palavras *só* e *póde*. Ou havemos de reconhecer que o portuguez é lingua aspera, pouco malleavel e sem plastica, visto serem inevitaveis simillhantes combinações de sons, ou que são excessivos os escrupulos, aliás sómente agora revelados pela critica.

Mas certamente não pediria a attenção dos leitores para este reparo, si cousa de maior interesse não me parecesse estar envolvida na emenda.

Supprime ella as noções de *posterioridade e contrariedade*, essenciaes ao conceito da revogação, mas não evidentes de modo tal que se os possa calar sem prejuizo da limpidez do pensamento.

Desde os legisladores romanos até os de nossos dias, todos sentiram a necessidade mental de accentuar que a acção revogatoria de uma lei sobre outra é uma reflexão da posterior sobre a anterior, sem a qual esta continuaria actuando sobre as relações juridicas.

*Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores ad priores pertinent.* São pa-

<sup>1</sup> Pag. 2.

lavras de PAULO no D. 1, 3, frs. 26 e 28. MODESTINO tambem diz no D. 1, 4, fr. 4: *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quae ipsas praecesserunt*. E TERTULIANO insiste: *antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est* (D. 1, 3, fr. 27).

O dec. de 6 de julho de 1693 por sua vez não se esqueceu de enunciar a relação de posterioridade, segundo a emenda que nos dá NOGUEIRA COELHO: <sup>1</sup> *Lei posterior derogava a anterior na parte em que especialmente dispõe*.

Abro ao acaso um dos nossos auctorisados escriptores de direito civil e leio: « Dá-se a abrogação expressa, quando, por uma lei *nova ou posterior*, se declara que outra lei precedente ou anterior deixará de ser executada.» <sup>2</sup>

Entre os codigos civis estrangeiros, são muitos os que auctorisam este modo de dizer.

Le leggi non sono abrogate che da leggi *posteriori* etc., estatue o codigo civil italiano, art. 5 das *disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis*. O hespanhol expressa-se tambem por este modo: Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores (art. 5). São do chileno, art. 52, as palavras seguintes: La derogacion de las leyes podrá ser espresa o tacita. Es espresa, quando la *nuova* ley dice espresamente que

<sup>1</sup> Apud TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de direito*, pag. 362, ed. Garnier, 1882.

<sup>2</sup> LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuguez*, Coimbra, 1848, I, pag. 40.

deroga la *antigua*. Es tacita, cuando la *nuova* ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley *anterior*. Linguagem identica é a do uruguayano, art. 10, e semelhante a do mexicano, art. 8.

Ainda nos escriptores estrangeiros não seria difficil deparar exemplos em apoio da linguagem do *Projecto*. Limito-me a citar um. CHIRONI, falando da cessação da força obrigatoria da lei, depois de alludir á revogação tanto geral quanto parcial, explica : Il primo caso si avverà, quando il legislatore abbia con disposizione *posteriori* tolto forza a tutta la legge *anteriore* (*abrogazione*) o da parte de essa (*derogazione*).<sup>1</sup>

Eis ali, em todos esses auctores e codigos, juriscultos e legisladores, posto em relevo o elemento da posterioridade na acção revocatoria da lei.

O mesmo, talvez com razão maior, se deve dizer do elemento que traduz a idéa de opposição ou incompatibilidade. Não é, portanto, uma expletiva superflua, a que se depara na locução adverbial—*em contrario*, de que se serve o *Projecto*.

Sem essa condição, a lei posterior não annullará nenhum dispositivo da anterior, salvo si o fizer por declaração expressa.

Não diz o *Projecto*, como suppoz o *Parecer*, que é indispensavel fazer-se a declaração de que se acham revogadas todas as disposições em contrario. Não foi, portanto, adequada a invocação da auctoridade de PLANIOL.

<sup>1</sup> *Istituzione*, I, § 20.

O douto civilista francez condemna, por inutil, a declaração que costuma apparecer como fecho de todas as leis : *revogam-se as disposições em contrario*. O principio da abrogação tacita é sufficiente, diz elle, e todos os juristas se hão de inclinar deante da verdade dessa affirmação.

Mas o *Projecto* não exige que a lei contenha essa viciosa precaução. Quer apenas que a lei posterior disponha em sentido opposto ao da lei anterior, se mostre incompativel com ella. Nisto é que consiste a revogação tacita.

Les lois régulièrement promulguées et publiées conservent une autorité tant qu'elles existent, et elles existent tant qu'elles n'ont pas été détruites par une loi contraire.

La destruction ou anéantissement d'une loi par une autre loi, constitue l'*abrogation*.

L'*abrogation est expresse* ou *tacite*, suivant qu'elle résulte d'une déclaration formelle du législateur, ou de l'incompatibilité qui existe entre les dispositions d'une nouvelle loi et celles d'une loi ancienne. On admet, en cette matière, qu'une loi spéciale n'est jamais tacitement abrogée par une loi générale. <sup>1</sup>

Estas palavras do circumspecto THEOPHILO HUC expõem toda a doutrina reflectida no art. 4 da lei preliminar do *Projecto* brazileiro, do qual constitue o melhor commentario.

<sup>1</sup> Huc, *Commentaire*, I, n. 47.

Passemos a outro poncto.

A emenda ao artigo primeiro do *Projecto*, parte geral, não me parece acceptavel, nem fundado em bôa razão o commentario que a explana.

As palavras do *Projecto* são estas: Art. 1.<sup>o</sup> *Este Codigo regula os direitos e as obrigações de character privado das pessoas quer naturaes, quer juridicas, entre si e em relação aos bens.*

A emenda, para evitar o adjectivo *privado*, que lhe desagrada, transforma aquelle enunciado, que já se me afigura por demais restricto, na proposição seguinte: *Este código regula os direitos e obrigações PARTICULARES concernentes ás pessoas, aos bens e ás suas relações.*

Nada quero dizer quanto ao complemento — *ás suas relações*, porque não será certamente ás relações dos bens que allude o artigo correcto. Mas está me parecendo que si fôra do *Projecto* aquelle modo de dizer, logo lhe faria a critica a interrogação que, em muitos passos, reproduz: relações de quem? Dos bens ou das pessoas? <sup>1</sup>

O que importa notar é que o qualificativo *particulares* não substitue satisfactoriamente o epitheto — *privadas*, no caso em questão. Obrigações particulares serão obrigações especiaes, em opposição ás geraes, e não obri-

<sup>1</sup> Realmente, em muitos passos, o *Parecer* arvora o principio da proximidade para a referencia do adjectivo possessivo á cousa possuida em regra inflexível, sem modificação, sem a tolerancia de um ligeiro desvio auctorizado pela evidencia do pensamento. Vejam-se: pag. 30, nota ao art. 154; pag. 72, commento ao art. 423; e ainda outros ponctos em que se insiste sobre esse preceito.

No entanto aqui se depara uma flagrante infracção da norma considerada inamolgavel.

gações de character privado em opposição ás de feição publica.

Seria de todo inconveniente que por motivo de ogerisa infundada a um nome, se o excluísse do Codigo civil, quando na linguagem corrente, scientifica ou commum, essa dicção é que mais precisa e exactamente traduz a idéa que se tem em vista.

«Aliás não sei para que esse texto», observa o commentario. «Nem o codigo civil francez, nem o portuguez, nem o hespanhol, nem o chileno, nem o argentino, nem o italiano, nem o montenegrino, nem o allemão, nem o ante projecto do codigo civil suísso encerram disposição semelhante.»<sup>1</sup>

O fim desse texto é determinar, numa formula geral, o objecto do Codigo civil, fazendo as vezes de uma definição que, aliás, seria ahi descabida. Apresenta elle a synthese do Codigo, o seu campo de acção e o seu modo de actuar sobre as relações humanas.

Sempre me pareceu vantajoso abrir-se o Codigo civil por essa declaração que valia por uma janella aberta sobre a perspectiva desdobrada em face do observador. E essa minha convicção foi corroborada pelas observações de ENDEMANN ao Codigo civil allemão.<sup>2</sup> Mostra o preclaro expositor de direito civil que, ao preparar-se o Codigo civil era a occasião mais azada para se fazer exacta discriminação entre a materia do direito civil e a dos ou-

<sup>1</sup> *Parecer*, pag. 10, 1<sup>a</sup> col.

<sup>2</sup> *Einführung*, I, p. 86.

tros dominios juridicos, particularmente do direito publico e do processual, até porque o codigo veio abrogar todas as leis locais concernentes ao direito privado, salvo os casos expressamente reservados.

Não foi simplesmente a novidade da empresa que fez recuar o legislador tudesco deante de uma definição ou de uma enumeração da materia propria do direito civil. Mais talvez tivessem pesado em seu espirito as difficuldades da tentativa. <sup>1</sup> Mas, pondera o sensato jurista, não se tractava de obter uma definição exhaustiva e rigorosamente scientifica. Devia aproveitar-se a oportunidade para dar, numa formula concisa e frisante, a verdadeira noção do direito privado e separar a sua materia da do direito publico. Era o sufficiente. <sup>2</sup>

Inspirou-se nestas idéas o *Projecto* brasileiro, e agora o censuram por isso. Bem difficil é contentar a critica.

E não está assim desacompanhado, como se pretende fazer acreditar, o artigo primeiro do *Projecto*. Póde invocar precedentes honrosos. O codigo civil d'Austria encabeça os seus preceitos pelo artigo que passo a transcrever:

Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht indemselben aus. O que póde ser trasladado a portuguez

<sup>1</sup> *Einführung* cit. pag. 29: Zum Verzicht auf eine gesetzliche Definition oder eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Gebiete des bürgerlichen Rechtes bewog indessen aufs Neue die Schwierigkeit eines solchen Versuches.

<sup>2</sup> Op. cit., I, pag. 29, nota 5.

pelo modo seguinte : O complexo das leis que determinam os direitos e deveres privados dos habitantes do Estado entre si, constitue o direito civil.

O codigo civil portuguez incluido foi pelo *Parecer* entre os que desabonam o systema do *Projecto*. No entanto o seu artigo 3 bem pôde ser aponctado como uma das fontes em que se inspiraram os redactores do flagellado ensaio de codificação do direito civil patrio.

Verifiquem por si os que me lerem.

Eis o art. 3 do codigo civil portuguez :

SE OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES SE LIMITAM ÀS RELAÇÕES RECÍPROCAS DOS CIDADÃOS ENTRE SI, COMO MEROS PARTICULARES, OU ENTRE OS CIDADÃOS E O ESTADO EM QUESTÕES DE PROPRIEDADE OU DE DIREITOS PURAMENTE INDIVIDUAES, ESSES DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONSTITUEM A CAPACIDADE CIVIL DOS CIDADÃOS, DENOMINAM-SE DIREITOS E OBRIGAÇÕES CIVIS E SÃO REGIDOS PELO DÍREITO PRIVADO CONTIDO NO CODIGO CIVIL, *excepto na parte que é regulada por lei especial.*

Não falta ao dispositivo que o *Projecto* colloca justamente no portico da *parte geral* nem o apoio dos precedentes, nem a egide efficaz das auctoridades, nem a razão de utilidade.

Ainda neste lanço, se me afiguram improcedentes as observações do *Parecer*, sustentando que as expressões que enformam o art. 1.º do *Projecto*, na sua parte geral, não traduzem com exactidão e rigor tudo quanto deviam comprehender.

A formula do art. 1 é a do *Projecto* revisto, condensada pelo Sr. ANDRADE FIGUEIRA <sup>1</sup> e, ao meu ver, abrange os direitos e obrigações de ordem privada, inclusive os que são irradiações da personalidade e os que são organicos ás pessôas juridicas.

Todo direito é uma relação entre dois termos, o *sujeito* e o *objecto*, e esse objecto ou ha de ser o proprio homem em seu corpo e em suas faculdades mentaes, <sup>2</sup> ou uma acção de outro homem, ou finalmente o mundo material externo e distincto do ser composito de cada homem em favor do qual o direito existe.

«Ter um direito, ensina o grande JHERING, significa: — alguma cousa existe para nós, o poder publico o reconhece e nol-o assegura. O que, porém, existe para nós pôde ser:

1) *Nós mesmos.*

A expressão juridica desse facto é o direito da *Personalidade*. O fundamento ethico desta noção é o principio: o homem é fim de si mesmo. O escravo não existe para si, mas para o seu senhor, não tem em si o seu proprio fim, é apenas meio para fins alheios.

O que existe para nós pôde ser:

2) *Uma cousa.*

A expressão desta relação que destina as cousas á satisfacção de nossos fins é o direito das cousas ou a propriedade no sentido mais amplo. (É neste sentido que os phi-

<sup>1</sup> *Projecto* rev. art. 1; *Trabalhos* VI, pag. 81.

<sup>2</sup> KOHLER—*Einf. in die Rechtswissenschaft*, § 16.

losophos e os economistas costumam empregar esta expressão. Abrange ella, então, a propriedade no sentido dos juristas, a posse, o direito sobre cousas alheias e o direito hereditario).

O que existe para nós pôde ser :

3) *Uma pessoa*, seja em sua totalidade e com reciprocidade (*relações de familia*), seja em razão de prestações isoladas (obrigações).

O que existe para nós pôde finalmente ser :

4) *O Estado*.

A expressão juridica desse facto, sua relação attributiva de direitos é a *cidadania*.<sup>1</sup>

Consequentemente, dizendo o Codigo civil que todos os direitos se reduzem a relações das pessoas entre si e em referencia aos bens, exgottou a materia, muito embora pudesse particularisal-as, separando o direito da personalidade, o da familia e dos bens.

Por outro lado, só existem direitos, isto é, poderes de acção, entre homens e dentro da sociedade. Os proprios direitos organicos das pessoas juridicas, sómente existem enquanto importarem *afirmações juridicas da existencia dessas pessoas em frente* a outras pessoas naturaes ou juridicas. O direito não constitue um conceito absoluto, uma idéa de relação. É, para quem o possui, uma faculdade, um poder. Sobre os outros actúa exigindo que o respeitem, sob pena de invocar em seu favor a protecção coactiva do poder publico.

<sup>1</sup> JHERING.—*Der Zweck im Recht*, I, pag. 66, Leipzig, 1884.

## V

Reza o art. 2: « Todo o *ser humano* é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. » E o art. 4, descorrinando outro aspecto da mesma idéa :

« A personalidade civil do *ser humano* começa do nascimento com vida; mas, desde a concepção, a lei põe a salvo os direitos do nascituro. »

Exprobam-se estes dispositivos por empregarem a expressão *ser humano* em vez do vocabulo—*homem*.

É certo, como pondera o *Parecer*,<sup>1</sup> que no *Projecto Primitivo* havia mais fortes motivos para se preferir aquella dicção; mas nem por ter desaparecido a idéa que exigira esse revestimento adequado, valeria a pena fazer a alteração. Será impossível que o Senado restaure a doutrina rigorosamente logica do *Projecto primitivo* e do *Esboço*, segundo a qual a pessoa começa a existir, desde que é portadora de direitos, isto é, desde a concepção? Si não é impossível, e si parece inapplicavel ao feto, ao embryão, a designação de homem, porque, ao menos, não esperar pela solução definitiva da pendencia? Allega-se que o Codigo civil portuguez, art. 1, usa da palavra—*homem*, como o allemão, art. 1, e tambem o projecto suiso. Quanto ao Codigo Allemão peço venia para advertir que *der Mensch* corresponde exactamente a *ser humano*, porque a lingua allemã distingue entre *homo* (*der Mensch*) e *vir* (*der Mann*). Attendeu a essa

---

<sup>1</sup> Pag. 12.

distincção o projecto ERNESTO LEHR, quando traduziu o art. 7 do Código civil de Zurich.

As palavras do legislador zurichense são estas: *Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechtes fähig. Kein Mensch ist rechtlos.* O erudito conselheiro da embaixada de França na Suíça passou-as, deste modo, para o francez: En principe, *tout être humain a capacité pour l'ensemble des droits civils.* Nul être humain n'est sans droits. E explica em nota: « Vertemos a palavra *Mensch* do texto allemão por *ser humano*, para evitar toda confusão entre *vir e homo.*»

Não é tão profunda a ignorancia ruidosamente apregoada dos collaboradores do *Projecto*, a ponto de não saberem que o appellativo *homem* designa a especie humana, nem que *hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur* (D. 50, 16, fr. 152). Reflectidamente escolheram uma expressão isempta de quaesquer laivos de equívoco e, sobretudo, capaz de corresponder á extensão toda do pensamento do legislador.

A locução *ser humano*, sobre ser mais vigorosa, mais extensa e mais flexivel, tem, na parte geral do Código civil, um alcance para o qual mais uma vez chamo a attenção dos legisladores do meu paiz. Ella exclue o requisito da fôrma humana de entre as condições necessarias para que se attribua a alguém a personalidade civil. E não era extranho cogitar da persistencia desse romanismo, quando o Código civil portuguez, art. 110, o peruano, art. 4, o mexicano, n. 303, e o

hespanhol, art. 30, ainda o consagram de modo expresso, ou indirectamente o mencionam.

Resolve tambem a questão da *viabilidade*.<sup>1</sup> Si todo ser humano é capaz de direitos, não temos que indagar si, ao nascer, se mostra elle com força de prolongar a sua existencia, no meio novo em que se acha. Basta-nos saber que existe.

Em conclusão, si o codigo civil portuguez prefere dizer *homem*, quando o *Projecto* diz *ser humano*, á sua auctoridade se pôde contrapôr a de outros productos legislativos de igual respeitabilidade.

Eis aqui como se expressa o Codigo civil argentino, art. 51: Todos *los entes* que presentasen signos caracteristicos de humanidade, sin distincion de cualidades ó accidentes son personas de existencia visible.

O chileno, por sua vez, estatue, art. 55: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

O do Uruguay, art. 21: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

E o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 35: « Todos os entes que apresentem signaes caracteristicos

<sup>1</sup> Apezar da reverencia com que encato sempre as lições do *Parecer*, continúo distinguindo entre *viabilidade*, aptidão para a vida extra-uterina, e *vitalidade*, força, exuberancia de vida ou qualidade do que tem vida. Esta é susceptivel de augmento ou diminuição, pôde ser maior ou menor, variar com as circumstancias, e tanto se diz do recém-nascido quanto do adulto. Aquella é uma qualidade especial do recém-nascido, e qualidade, por assim dizer, absoluta. Ou a criança desprende-se, das visceras maternas, viavel ou não. Mais viavel ou menos viavel é que, ao menos para o direito, não teria sentido. Vide LITTRÉ ET ROBIN, *Dict. de Méd.* verb. *Viabilité*, e BROUARDEL, *Mariage*, Paris, 1900, pag. 178—179.

da\* humanidade, sem distincção de qualidades ou acci-  
dentes, são pessoas de existencia visivel.»

As correções feitas ao art. 5 do *Projecto* são de  
menor monta, pois não envolvem materia de doutrina;  
mas, não obstante, pedem alguns ligeiros reparos.

O principio do citado artigo preceitúa: « São abso-  
lutamente incapazes de exercer *por si* os actos da vida  
civil: I, os menores etc.

A emenda retira o adjuncto adverbial—*por si*, para  
em seu logar escrever—*pessoalmente*: «São absoluta-  
mente incapazes de exercer *pessoalmente* os actos da  
vida civil...»

Dois inconvenientes descubro no vocabulo prefe-  
rido. Parece mal escolhido no momento em que se está  
expondo a theoria das pessoas, e faz suppôr que os  
menores de quatorze annos, os loucos de todo genero  
e os ausentes podem confiar o exercicio de seus direitos  
a mandatarios eleitos por sua vontade.

A formula do n. IV do mesmo artigo,—os ausentes  
*declarados taes em juizo*, suscita objecções. «Declarados,  
por quem?» interpella o *Parecer*. « Não diga a lei mais,  
continúa admoestando, mas tambem não diga menos do  
que deve, para exprimir o que quer.»<sup>1</sup>

No emtanto a linguagem do *Projecto*, nesta pas-  
sagem, pensava eu que fosse genuinamente juridica, por  
vel-a reproduzida em mestres que apuraram as finas  
qualidades de seu espirito numa educação exclusiva-

<sup>1</sup> *Parecer*, pag. 13, 1<sup>a</sup> col.

mente jurídica. TEIXEIRA DE FREITAS<sup>1</sup> e NABUCO<sup>2</sup> disseram ambos— *declarados taes em juizo*, e diariamente se repete essa expressão em papeis juridicos.

Todos sabem que declarado em juizo quer dizer declarado pelo juiz no exercicio de sua jurisdicção, a requerimento de um interessado.

Esta ultima circumstancia, que a linguagem usual presuppõe inclusa na formula do *Projecto*, não se pôde subentender na phrase da emenda. *Por acto do juiz* tanto pôde indicar o exercicio da jurisdicção honoraria por solicitação dos interessados, quanto o desenvolvimento da auctoridade judiciaria por determinação propria, deante de qualquer circumstancia que o solicite. Até parece que é mais propriamente essa manifestação espontanea do *imperium mixtum* que se quer significar, quando se usa da formula—*por acto do juiz*. No emtanto bem outra deve ser a intenção do legislador.

Por uma facil transição, irei passando das pretendidas impropriedades da terminologia do *Projecto* para as que se me afiguram reaes do *Parecer*.

Pela remodelação que soffreu o art. 9 § unico, a idade de dezoito annos é sómente requisito necessario para a declaração da maioridade dos tutelados. A emancipação dos filhos-familias pôde verificar-se em qualquer idade. Mas não ha razão alguma que justifique essa differença no tractamento dos menores, e foi pensamento do *Projecto*

<sup>1</sup> *Esboço*, arts. 41, ns. 3 e 5 e 107.

<sup>2</sup> *Projecto*, art. 16, n. 3.

fixar a mesma idade de dezoito annos para a concessão da capacidade juridica por antecipação. É a emenda que o faz manquejar neste passo.

Diz ella: «Cessarà para os menores, a incapacidade: I. Por concessão do pae, ou, si fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, *si o tutelado tiver dezoito annos completos.*

Esta ultima clausula — *si tiver dezoito annos completos* — não é simplesmente ao *tutelado* que se deve referir, mas a todos os menores que pretendam ser declarados maiores. Não se tracta neste artigo simplesmente do supplemento de idade segundo existe no direito patrio em vigor. Tem maior amplitude e é mais completo o instituto a que elle dá fôrma, pois que, remontando a um principio mais geral, abrange os filhos-familias e os orphans.

Outra emenda que desvirtua, penso eu, a *mens legis*, é a que soffreu o art. 18. As palavras do *Pròjecto* são estas: «*As pessoas juridicas estrangeiras de direito publico não podem adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brazil nem direito susceptivel de desapropriação.*»

Tive occasião de reclamar, por mais de uma vez, contra este dispositivo. Primeiramente contra a sua doutrina pouco liberal; depois contra o emprego do verbo *possuir* que impossibilitará as potencias até de alugarem predios para as suas legações no Brazil, visto o alcance dado, pelo *Projecto*, ao conceito da posse; e, finalmente,

contra a expressão pouco precisa — *direitos susceptíveis de desapropriação*.

Não fui atendido, mas diz-me a consciencia que cum-pri lealmente o meu dever.

A correcção feita pela douta Commissão do Senado não melhorou, infelizmente, nenhum desses ponctos a meu ver defeituosos. Onde reformou, estou convencido de que não o fez com vantagem.

Refere-se o *Projecto ás pessoas jurídicas estrangeiras de direito publico*. Sob o fundamento de uniformisar a linguagem do futuro Codigo, a Commissão do Senado quer que se diga : — *As pessoas de direito publico externo não podem adquirir etc.*

Direito publico externo é o direito publico internacional. Pessoas jurídicas do direito publico internacional são os diversos Estados e a Igreja catholica. Entre os Estados se enfileira forçosamente o Brazil. E, assim, a nação brasileira, como pessoa de direito publico interno, art. 14, póde ter propriedades immoveis no paiz, e como pessoa do direito publico internacional está sujeita ás restricções do art. 18. Similhante antinomia desaparece, desde que se respeite a terminologia do *Projecto* : — *pessoas jurídicas estrangeiras de direito publico*.

Além disso, ha entre os internacionalistas uma disputa bem conhecida sobre quaes são as pessoas de direito publico internacional. A opinião mais segura não considera taes sinão os Estados e a Igreja Catholica, ou, segundo alguns, o summo pontifice. Outra, mais radical, exclue dessa classificação a Igreja e o seu chefe. Não

falemos agora de uma terceira opinião que attribue esse predicado tambem ao homem, ao individuo, considerado independentemente do vinculo da nacionalidade. Mas, si o Codigo civil brasileiro disser que as pessoas juridicas de direito publico externo não podem adquirir immoveis no Brazil, terá recusado o direito de propriedade immovel sómente aos Estados estrangeiros e á Egreja, pois que são ellas pessoas juridicas de direito publico externo. As provincias estrangeiras, os municipios estrangeiros e certos estabelecimentos publicos erigidos em pessoas juridicas não incidirão nesse impedimento, porque a sua personalidade lhes foi attribuida pelo *direito interno* do respectivo Estado. São pessoas estrangeiras, mas não de direito publico externo.

E seria intuito do dispositivo fazer semelhante concessão, recusando ao todo o que faculta a cada uma de suas partes?

Creio que, depois desta reflexão, ninguem dirá que a redacção correcta se mostre mais previdente neste artigo, do que a incorrecta.

Si duas virgulas, flanqueando um innocente adverbio, motivam cogitações valiosas como as do *Parecer* (pag. 26) que mostra dissentir, no modo de considerar a punctuação, do Visconde de CASTILHO, não será muito que a substituição de uma palavra, capital para a transmissão do pensamento, acarrete consequencias tão graves.

Passemos a outro assumpto.

A inscripção da secção III, liv. I da parte geral — *Sociedades e associações* pareceu-me, desde o começo, velada e perigosa, porque nem claramente affirma a distincção entre sociedades e associações, nem deixa a consciencia do interprete segura acerca da synonymia entre os dois termos. Essa ambiguidade eu a quizera ver desfeita. Por isso chamei para ella a attenção do Senado.<sup>1</sup>

A emenda elidiu, com effeito, a perplexidade da inscripção, declarando synonymos os dois vocabulos—*sociedade e associação*. Esqueceu-se, entretanto, de que o assumpto já deixara raizes no art. 16,<sup>2</sup> onde o legislador parece reservar a palavra associação para uma especie determinada: os conjunctos de homens tendo em vista a consecução de fins de utilidade publica.

As associações de utilidade publica não podem ter fim que não seja religioso, pio, moral, scientifico ou litterario, e esses mesmos fins podem ser proseguidos pelas sociedades (art. 16, I). Resulta desta observação que não é sob o poncto de vista teleologico que se poderá fazer a distincção entre sociedade e associação. Qual será, então, o criterio para a distincção? Não cabe agora examinar, mas tambem não se póde suppôr que sejam synonymos os dois vocabulos, quando o art. 16, I, depois de alludir aos differentes fins que podem dar existencia ás sociedades de character privado, destaca as *associações de utilidade publica*.

<sup>1</sup> *Observações*, p. 4 a 5.

<sup>2</sup> Reclamei contra a doutrina deste artigo (*Diario do Congresso* de 27 de fev. de 1902, p. 350, e *Observações* ao Senado, p. 4).

A conclusão que se impõe é que as duas palavras não são synonymas para o *Projecto*, e não havendo synonymia, a emenda augmentou as difficuldades, retocando a inscripção da secção III, sem attender ao que anteriormente dispuzera o art. 16.

Ao art. 40, antes e depois de correcto, caberia interrogar qual é o domicilio anterior a que elle se reporta, quando é de um domicilio unico que se tracta. «Os funcionarios publicos, é a linguagem da emenda, reputam-se domiciliados onde exercem as suas funcções, não sendo temporarias, periodicas ou de simples commissão; porque, nestes casos, não operam mudança no domicilio anterior.»

Si não operam mudança no domicilio, este continua o mesmo, e, si continua o mesmo, não pôde ser anterior, porque outro não foi constituido.

Da emenda ao art. 46, I, não tenho que dizer, pois me parece bôa a sua redacção. Mas não posso deixar de attender ás censuras do commentario, tendo contribuido para a formula acceita pela Commissão da Camara. Eil-a: <sup>1</sup> — «São bens immoveis: I. O solo, no qual se comprehendem: a superficie, com as arvores e fructos pendentes, o espaço aereo e o sub-solo.»

A critica a esta proposição assevera que «não se pôde correctamente dizer que o solo comprehenda o espaço aereo. Contra essa arrojada ficção protesta a realidade physica.» <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Trabalhos, IV, pag. 172.

<sup>2</sup> Parecer, pag. 19, 1.<sup>a</sup> col.

A emenda, entretanto, destôa dos conselhos e das increpações da critica, porquanto diz tambem que o espaço aereo faz parte do solo. São estas as suas palavras : — «O solo, com os seus accessorios e adjacencias, comprehendendo: a superficie, as arvores e os fructos pendentes, o espaço aereo e o sub-solo.»

Eis ahi :—o solo . . . . .comprehendendo. . . .o espaço aereo.

E fez bem a emenda em desprezar a parenese da critica, porque si, physicamente, o espaço aereo não é parte do solo, não ha duvida que, juridicamente, é um dos seus elementos integrantes, por ser indispensavel ao exercicio do direito de propriedade e de seus desmembramentos, quando tiverem o solo por objecto.

Em sociologia, observa DE GREEF <sup>1</sup> entende-se por territorio, toda a phenomenalidade inorganica e mesmo organica exceptuado o homem. No direito não é tão ampla a noção de solo, mas não se reduz á parte solida da crusta terrestre.

Dir-se-á tambem, e mais razoavelmente, que «repugna á realidade physica» serem immoveis os rios que aqui deslisam mansamente na planicie e além se despeñham atroadoramente em catadupas; <sup>2</sup> serem immoveis as estatuas collocadas em nichos nas paredes de um palacio; serem immoveis certos direitos. No emtanto nin-

<sup>1</sup> *Introduction à la sociologie*, I, p. 50.

<sup>2</sup> ROTH, *System der deut. Privatrechtes*, I, § 75; cod. ital. art. 412; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 47.

guem se lembrou de contestar á sciencia juridica, em nome da physica, a faculdade de attribuir essa qualidade aos mencionados objectos, ninguem lhe combateu a pretenção de affeição os seus conceitos segundo os fins que lhe são espezias.

Não ha, portanto, o arrojo que se lobrigou na phrase do *Projecto*. Ao contrario, rasteja ella a realidade juridica dos phenomenos.

## VI

O *Parecer*, inexoravel com os erros typographicos que zombaram dos mais sollicitos cuidados da revisão, deixou-se enredar nas malhas que um delles lhe teceu no art. 54. Tracta-se, nesse poncto, de fixar a noção de *cousas consumiveis*, distinguindo as que o são materialmente das que se consideram taes por sua funcção economico-juridica. As cousas destinadas á alienação capitulam-se entre as *juridicamente consumiveis*.<sup>1</sup> O *Projecto* primitivo dissera-o de modo claro (art. 68): «São consumiveis os bens moveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque o uso delles importa destruição de sua substancia, seja porque são destinados á alienação.»

Esta formula, que continuo a reputar scientificamente exacta, assumiu outra physionomia na primeira revisão. «São consumiveis os bens moveis, alvitrou que se

<sup>1</sup> PLANIOL, *Traité*, I, n. 784; ROTH, *System*, I, § 76; WINDSCHEID, *Pand.*, § 140; Cod. civ. all., art. 92.

dissesse, a commissão revisora do Governo, cujo uso importa destruição immediata de sua substancia, *sendo considerados taes os destinados á alienação.*»

Evidentemente esta redacção deixa de accentuar, como tivera o cuidado de fazer a primeira, a differença entre o consumo juridico e o material, mas sempre se vislumbra o matiz assignalado, através das ultimas palavras do dispositivo.

Foi na redacção da Commissão da Camara que, pela primeira vez, se instillou na phrase do *Projecto* a incorrecção typographica <sup>1</sup> destinada a perdurar e metamorphosear-se na emenda a que alludo. No art. 56, *in fine*, do *Projecto* da Camara, lê-se realmente : «sendo considerados taes os destinados á alimentação.» Era de *alienação* que se tractava.

Agora desaparece o erro de composição typographica ; occupa o seu posto, porém, uma negligencia de redacção ou inadvertencia no encadeiamento das idéas juridicas que, penso eu, não é despicienda.

Em primeiro logar, a formula correcta <sup>2</sup> eliminou, por completo, o consumo juridico. O dinheiro e as mercadorias expostas á venda são desclassificadas. Não pertencem mais á categoria das cousas consumiveis, pois que o uso normal que se faz desses bens não lhes acarreta immediato anniquilamento da substancia ; nem se enqua-

<sup>1</sup> *Trabalhos*, vol. VII, p. 10, art. 56.

<sup>2</sup> Eil-a : Art. 54 «Consumiveis são os moveis, cujo uso lhes destróe para logo a substancia. Taes se consideram os *generos alimentares.*»

dram entre as inconsumíveis, porque, uma vez realizado o uso a que se destinam, saem do patrimonio a que pertenciam, deslocam-se arrastadas pela corrente da circulação que as vae conduzindo para onde as necessidades as sollicitam. No entanto já os romanos ensinavam que o dinheiro é consumível: *consumitur pecunia*.<sup>1</sup>

Depois, os generos alimentares entram na classe geral dos bens que se destroem pelo uso, e não ha necessidade de fazer qualquer declaração especial a respeito delles. A consumibilidade é, neste caso, material, e, portanto, intuitiva. Porque haveremos de destacal-a?

É indispensavel, vê-se, que se restaure o enunciado do art. 54, de modo que se não mutile o pensamento juridico.

Da emenda ao art. 77 por certo nada me abalancaria a dizer, si não fosse o commentario que a illustra; porque para o fim que ahi se tem deante dos olhos, tanto importa asseverar que todo direito é provido de uma acção que lhe garante o exercicio, como affirmar que a todo direito corresponde uma acção que o assegura.<sup>2</sup>

O intuito da emenda e a explanação que a fundamenta é que reclamam alguns reparos. Suppõe o Parecer que a acção se destina a assegurar o gozo e não o

---

<sup>1</sup> D. 4, 4, fr. 32 e 12, 1, fr. 13. WINDSCHEID faz a ponderação de que essa mesma idéa está consignada nas *Inst.* 2, 4 § 2: *in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur*. Allude a phrase transcripta ao gasto pelo uso e não ao que possa produzir o attrito das moedas em curso quotidiano.

<sup>2</sup> Pag. 23 do Parecer.

exercício do direito, e que o *Projecto*, na sua insciencia desastrosa, toma um pelo outro. <sup>1</sup>

Examinemos si realmente a linguagem do *Projecto* merece, neste poncto, a increpação que se lhe faz. Antes disso, porém, será de bom conselho abroquelar esse producto do *deleixo*, <sup>2</sup> com a auctoridade do codigo civil portuguez, art. 12, que assim se expressa: « Toda lei, que reconhece um direito, legitima os meios necessarios para o seu exercicio. » É o mesmo pensamento, variando a fórma porque se externa verbalmente. E não é de gozo, mas de *exercicio* que fala o legislador portuguez.

Prosigamos agora mais desassombradamente.

Ninguem, que haja passado por nossas escholas de direito, ignora que os escriptores francezes distinguem o gozo, do exercicio do direito. *Gozo* de um direito, dizem elles, é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei. *Exercicio* de um direito é a realisação effectiva do gozo. Este confunde-se com o proprio direito, e o exercicio é o *facto* que corresponde ao direito. <sup>3</sup> Por outros termos um pouco mais precisos: o gozo é a faculdade concedida pela lei; o exercicio é o uso dessa faculdade. <sup>4</sup> Ou ainda: gozar de um direito é ser titular delle; exercer um direito é extrahir delle as vantagens que possa fornecer.

<sup>1</sup> Pag. 24.

<sup>2</sup> *Parecer*, p. 18, linha 59.

<sup>3</sup> HUC, *Commentaire*, I, n. 219; PLANIOL, *Traité*, I, n. 416.

<sup>4</sup> LAURENT, *Principes*, I, n. 319; *Cours*, I, n. 56.

O primeiro destes estados poder-se-á denominar *estatico* e o segundo, *dynamico*.<sup>1</sup>

São, porém, os proprios juriconsultos francezes que nos descobrem a falta de precisão desses termos—*gozo* e *exercício* de direitos, e a consequente vacillação da doutrina a que elles procuram dar fôrma. PICARD não o desconhece.<sup>2</sup> Mais positivo, PLANIOL externa o seu pouco affecto por essa dichotomia da idéa do direito subjectivo. « Estas duas expressões, diz elle, têm um duplo defeito : em primeiro logar, não accentuam claramente a antithese, porque o vocabulo *gozo*, em seu sentido natural, designa antes um simples uso do que uma attribuição definitiva. Depois não despertam sinão uma idéa de direitos, e acabamos de ver que é preciso pensar tambem nos deveres, encargos e obrigações.»<sup>3</sup> E poderia o douto juriconsulto insistir na incerteza dessas noções que muito ainda teria que dizer.

Para evitar a amphibologia, para desfazer o equivoco das alludidas expressões, quando tomadas em accepção antithetica, prefere a sciencia assignalar os momentos da actividade juridica das pessoas por meio das noções de *capacidade* e de *exercício dos direitos*. A personalidade é um enfeixamento de direitos ; a capacidade é

<sup>1</sup> E. PICARD, *Droit pur*, § CXI.

<sup>2</sup> E. PICARD, *op. cit.* § cit.

<sup>3</sup> *Op. cit.* n. 416. ADD. (1905): O eminente FIORI, combatendo BIANCHI e GIANANZA que adoptaram essa infundada distincção, diz, ao concluir a sua argumentação victoriosa : *não se pôde comprehender o gozo de um direito civil independente do seu exercicio*. (*Droit intern. privé*, trad. Antoine, I, n. 281).

a extensão concedida a esses poderes de acção, o modo geral de ser da pessoa; e o exercício dos direitos é a personalidade em acção, usando, segundo a sua capacidade, das faculdades que a ordem jurídica lhe assegura.

Para este modo de ver, que é o do *Projecto*, o exercício dos direitos é a sua effectividade, o seu gozo, a sua realisação, o seu funcionamento. Foi, portanto, com a maxima propriedade que o art. 77 declarou que as acções se destinam a assegurar o exercício dos direitos.

Mas supponhamos que seja aceitavel a distincção refugada pela propria doutrina que a engendrou. Poder-se-á dizer que as acções garantem sempre o gozo do direito? <sup>1</sup>

Invertida, estaria certamente mais perto da verdade a affirmação. As acções são sempre solicitadas pelo exercício, mas aproveitam ao gozo.

Realmente, si acção é o meio para fazer reintegrar ou reconhecer em juizo o direito violado <sup>2</sup>, é necessario que o exercício do direito tenha sido obstado para que a ordem jurídica intervenha e o restabeleça. Si o direito ainda não se manifestou, não foi usado, não foi posto em pratica, como diremos que houve a perturbação contra a qual virá reagir o poder publico solicitado pelo titular do direito?

---

<sup>1</sup> «Nem sempre a acção se destina a assegurar o exercício de um direito. Mas assegura sempre o seu gozo» (*Parecer*, p. 24.)

<sup>2</sup> GIANTURCO, *Istituzione*, § 124; P. BAPTISTA (*Pratica*, § 2; S. NAVARRO, *Processo civil*, art. 2; JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, I §§ 12 e 13.

O gozo, simples aptidão, mera faculdade ainda não utilizada, emquanto não se manifesta em acto, como se dirá que foi tolhido? O gozo é o poder juridico em *quie-tação* e o remedio trazido pela acção foi inventado particularmente para soccorrer o direito em *realisação* e *movimento*.

Gozar de um direito é ser o seu titular; exercel-o é tirar do mesmo direito as vantagens que elle possa fornecer, disse PICARD. Pergunto eu agora: Si alguém me contestar a posse de um direito, será pelo simples prazer de se declarar senhor dessa faculdade moral de agir, ou para colher as vantagens que o direito proporciona? Evidentemente é o interesse real, o accrescimo de energia que todo direito contém que pretende o demandista, e não um titulo desprovido de utilidade. É o direito poder, na ordem social, é o direito valor, na ordem economica, o que a acção garante, e não uma simples abstracção em que a metaphysica de alguns ideologos se deleita.

Desenvolvendo o seu pensamento, acrescenta o *Parecer*: «Si o direito sobre ser uma faculdade moral de praticar, tambem é a de não praticar certos factos (Cod. civ. port. art. 12), claro está que, para os direitos da segunda categoria, ha de haver na acção o mesmo escudo que para os da primeira. O direito á honra, por exemplo, não é sinão o titulo que nos assiste ao respeito da nossa dignidade moral pelos nossos semelhantes. Esse direito, pois, só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado: a acção de perdas e damnos (art. 1.550). Antes da acção haverá o *gozo* ou fruição do direito, frui-

ção ou gozo que está no sentimento de consideração, em que a sociedade e os individuos o envolvem.»<sup>1</sup>

Ha no trecho que acabo de transcrever, certas asserções que me parece não reflectirem a verdade juridica.

Os direitos que consistem em não praticar determinados actos são protegidos por acções e estas emergem, como nos direitos positivos, quando alguém os viola pretendendo impôr a pratica do acto a quem possui a faculdade, legalmente assegurada, de omittil-o, exigindo que se ponha em actividade quem se acha auctorizado por direito a conservar-se inactivo. Não ha, portanto, sob o poncto de vista da acção, differença alguma entre os direitos positivos e os negativos, ou, como dizia TOBIAS BARRETO, entre os direitos commissivos e os omissivos.

O direito á honra, como o direito á vida, á liberdade, á integridade de corpo etc., constitue emanação directa da personalidade, é um dos modos pelos quaes o eu se affirma juridicamente. Não se pôde, consequentemente, asseverar que tal direito «só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado.» A violação suppõe impedimento ao exercicio, ao uso do direito. E a acção não é neste caso como em nenhum outro o modo pelo qual o direito se exercita normalmente; é sim o modo pelo qual o direito reage contra as turbações que o molestam; é o apparelho defensivo do direito posto em movimento; é o tegumento protector,

---

<sup>1</sup> *Parecer*, p. 24.

que se antepõe ás ameaças de lesão, ou que tende a restaurar o equilibrio perturbado.

Todo direito suppõe a garantia da ordem juridica. Emquanto se desenvolve sem contrariedade, essa garantia permanece em repouso.

Logo, porém, que surge o estorvo á expansão da actividade juridica, o titular do direito póde reclamar do poder publico a effectividade da segurança que lhe é promettida por lei. Como dizer que, numa classe de direitos, o seu exercicio, isto é, a sua utilização, se confunde com a acção destinada a defendel-o das aggressões ou a restabelecel-o depois do esbulho ?

Por outro lado, não me parece exacto dizer-se, como no *Parecer*, que o direito á honra consiste em não praticar certos actos. Ao contrario, a sua manifestação é positiva: affirma a dignidade como predicado da pessoa e exige que todos a respeitem. Não é sómente quando o violam que reconhecemos existir o direito á honra. Nas diversas relações da vida elle apparece e brilha de modo positivo.

KOHLER faz a observação de que os direitos sobre as cousas do mundo physico se traduzem por uma relação de *dominação*, e os direitos pessoaes, ou sejam os chamados individuaes, ou sejam os obrigacionaes, se manifestam por uma *coacção*, porque «os individuos são coagidos pela ordem juridica, á pratica de certos actos correspondentes ao direito alheio.»<sup>1</sup> No caso examinado, teriamos, segundo a theoria de KOHLER, que o direito á

<sup>1</sup> *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 17

honra consiste, para cada um de nós, na faculdade de exigir dos outros certas acções ou inacções que sejam como que a repercussão desse nosso direito no meio social que nos circumda.

Tal concepção reflecte melhor a realidade das cousas do que o modo de ver esposado pelo *Parecer*.

Finalmente reputo aventurosa a proposição final do trecho transcripto acima « fruição ou gozo que está no sentimento de consideração em que a sociedade e os individuos o envolvem. »

O gozo de um direito, segundo a doutrina franceza reflectida nas passagens de HUC, PLANIOL, LAURENT e PICARD, que acima foram resumidas ou transcriptas, não é o respeito de que o cercam os individuos e a sociedade. Esse momento do respeito, que importa reconhecimento e attitude amiga, já corresponde ao exercicio.

Eu possuo um campo. Meus vizinhos não penetram nelle sem meu assentimento, nenhuma utilidade delle colhem sem concessão minha, numa palavra, por seu procedimento reconhecem e acatam o meu direito. Dir-se-á que eu, por isso, me conservo na phase ataraxica do gozo, sem baixar ao estadio mais humano da actividade pelo exercicio do direito ?

Não, por certo.

Pois o mesmo se dá com o direito á honra. Na consideração que me prestam os meus concidadãos está uma feição do exercicio do meu direito á honra.

Nada tem, portanto, de orthodoxa a doutrina do *Parecer*, no passo transcripto; antes francamente se desvia da trilha aberta pelos mestres.

## VII

Sem outorga uxoriana, o marido não pôde validamente praticar certos actos juridicos, nem tambem a mulher sem auctorisação marital. Contra a infracção desse preceito de lei é comminada a pena civil da nullidade.

Esta reacção da ordem juridica poderá, porém, acarretar detrimento injusto a quem haja, de bôa fé, tomado parte no acto que se annulla. O que fazer então? Coagir a quem deu causa á nullidade a satisfazer, por seus bens proprios, o damno que resultou da sua acção contraria ás normas juridicas.

Esta é a solução natural. Entretanto o principio ethico-juridico de que ninguem se deve locupletar com a jactura alheia, nem sempre se satisfará com esta simples providencia. Cumpre, em vista disso, additar: — si o casal tiver colhido vantagens do acto annullado, deve restituil-as, porque esse proveito é um modo franco de enriquecer illicitamente.

Tentou reflectir essas idéas o *Projecto* primitivo, art. 297, determinando: « Annullado o acto da mulher,

por falta de auctorisação do marido, repõem-se as cousas no estado anterior, satisfazendo ella, por seus bens particulares, e pelos communs na proporção do proveito colhido pelo casal, os damnos resultantes do acto annullado, si os prejudicados estiverem de bôa fé. A mesma disposição é applicavel ao caso de ser annullado o acto do marido por falta de consentimento da mulher.

A revisão da Camara dos srs. Deputados transformou o dispositivo que acaba de ser transcripto, neste outro em que algumas das providencias aconselhadas foram omittidas—« Art. 262. A annullação dos actos do marido ou da mulher, por falta de auctorisação necessaria de um ao outro, importa a divida do proveito que a cada um, a ambos ou ao casal tenha resultado do acto annullado. »

Evidentemente a concisão aqui sacrificou a idéa. A regra de direito, comprimida nesta formula, desarticula-se e não pôde satisfazer plenamente as exigencias da consciencia juridica. Mas comprehende-se o que pretende o legislador prescrever:— *annullado o acto, restitue-se o proveito obtido e não mais do que o proveito, devendo fazer a restituição quem teve o lucro.*

A emenda nenhum desafogo trouxe á regra de direito. Ao contrario mais a constrange, obrigando, em todos os casos, o agente pelas vantagens do acto, mesmo quando foi o outro conjuge quem as grangeou. « *A annullação dos actos de um dos conjuges por falta da outorga indispensavel do outro, propõe a emenda, importa em ficar obrigado aquelle pela importancia da vantagem, que*

do acto annullado haja advindo a esse conjuge, aos dois ou ao casal.<sup>1</sup>

Nem o direito estricito nem a equidade approva semelhante rigor. O que ensinam os mestres é que respondam pelo enriquecimento illicito os que o desfructaram, os que com elle augmentaram os seus haveres.

Si, como affirma o *Parecer*, a redacção da Camara estava « mal ageitada, viciosa e obscura »<sup>2</sup>, cumpria melhora-la sem destruir o pensamento, que, neste caso, constitue applicação de um dos principios mais solidos e elevados da sciencia do direito.

As correcções feitas no capitulo consagrado ao regimen dotal foram das menos adequadas. Já, noutra parte, alludi a algumas. Os arts. 288 e 310 deram motivo a outras que prejudicam a flexibilidade e a precisão dos dispositivos.

No primeiro, substitue-se a palavra *terceiro* pelo termo *extranho*, dando ao artigo pensamento muito outro do que obteve a approvação da Camara. *Dote constituido por terceiro*, na constancia do casamento, é modo de dizer equivalente a este outro: dote constituido, na constancia do casamento, por quem não é conjuge.

*Dote constituido por extranho*, durante o matrimonio, vem a ser o mesmo que dote constituido por quem não é parente. E não é isso o que se teve em vista.

---

<sup>1</sup> e <sup>2</sup> Pag. 51.

Já vimos que no art. 307 se traduz *dissolução do casamento* por annullação e desquite, quando nenhum desses factos importa rompimento do vinculo conjugal. Fonte de lamentaveis confusões será igualmente o art. 310, si fôr conservada a redacção do *Parecer*.

«A mulher pôde, em todo caso, reter os objectos de seu uso, estatue esse art. em conformidade com a disposição do art. 270 n. X, deduzindo-se-lhes o valor do que o marido houver de restituir.»

O art. 270 n. X, a que se refere o texto reproduzido aqui, declara que são excluidas da communhão: « as roupas de uso pessoal, as joias esponsalicias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de familia.»

Sómente porque o art. 310, tractando da restituição do dote destaca as roupas de uso da mulher, dir-se-á que exista conformidade entre o pensamento expresso por elle e o que traduz o art. 270 n. X? Absolutamente não. Em um caso, o regimen é de communhão universal e no outro o de separação modificada pela clausula dotal. Os preceitos a que obedecem diversificam fundamentalmente. Em um caso os objectos referidos escapam á lei do regimen, conservando-se incommunicaveis; no outro, o regimen, que é o dotal, não soffre excepção. A mulher pôde reter os objectos do seu uso pessoal em qualquer hypothese; mas si tiverem elles sido computados no valor do dote, cumpre deduzir deste valor a importancia a que montarem esses objectos.

Não se percebe, portanto, a relação entre os dois

artigos. Approximal-os é lançar o espirito do interprete em perplexidade.

Ao passar pelos arts. 331 e seguintes, condemna o *Parecer*<sup>1</sup> a expressão— *posse dos filhos*, que, diz elle, devemos ao dec. n. 181 de 24 de janeiro de 1890, mas que não vê como justificar.

Não sei si ao decreto citado cabe a responsabilidade dessa innovação no falar juridico. O que me parece é que, em parte por um phenomeno de persistencia, common nas formulas e nos vocabulos do direito, e, em parte, por um natural processo de analogia, os nossos civilistas foram sempre levados a approximar a posse das cousas do direito que têm os paes de conservar os filhos menores em sua companhia e sob a sua guarda.

É assim que LOUREIRO, no seu livro classico, decompõe o patrio poder, quanto á pessoa dos filhos, em nove elementos, o terceiro dos quaes é o seguinte: —« exigir a exhibição ou *tradição* delles de quem lh'os *subtrahir*. »<sup>2</sup> LIS TEIXEIRA, examinando, de accôrdo com MELLO FREIRE, as acções que se originam do patrio poder, fala na de «*reivindicação* para haver d'outrem o filho ». <sup>3</sup> A COELHO DA ROCHA, si pareceu excessivo o vocabulo tecnico usado por seu illustre confrade, não repugnou o verbo *repetir*, que mais convém ás cousas do que ás pessoas. <sup>4</sup> Tambem foi esse o termo preferido por

<sup>1</sup> Pag. 62.

<sup>2</sup> *Inst. de dir. civil brasileiro*, § 41.

<sup>3</sup> *Curso de dir. civil*, I, p. 197.

<sup>4</sup> *Instituições de dir. civil*, § 304. Outros exprimem a mesma idéa por outras palavras equipolentes.

LOUREIRO quando se referiu á acção do pae «para *repetir* seu filho.»

A phrase da lei, por seu lado, auctorisou tambem esse modo de dizer, pois na Ord. 1, 88 § 6 se deparam estas palavras:— *emquanto tiver seus filhos em poder.*

Foi, portanto, levado pela corrente tradicional que o *Projecto* no art. 391 n. I, que escapou á censura meticulosa do *Parecer*, apontou entre os direitos do progenitor sobre a pessoa do filho:— *tel-os em sua companhia, posse e guarda.* LAFAYETTE<sup>1</sup> e CARLOS DE CARVALHO<sup>2</sup> disseram: «tel-os em sua companhia, sob sua guarda e sujeição.» Mas a palavra *posse* suggere pensamento mais benevolo, sentimento mais delicado e affectuoso do que *sujeição*. Aspiramos á posse do que amamos, mas a sujeição não diz bem com os laços atados pelas expansões da ternura e do affecto.

Dizendo que os paes têm a posse de seus filhos, alludimos ao dever que elles têm de conservar em sua companhia, sob as suas vistas, as frageis creaturas que trouxeram á luz da vida, e fazemos sentir que esse dever oriundo do amor se transforma em poder pela intervenção da lei.

E assim o que é a resultante da convergencia, da persistencia e da analogia, recebe um jacto de luz da verdade permanente.

A persistencia consiste na conservação de certas fórmãs depois que perderam a sua significação propria.

<sup>1</sup> *Direitos de família*, § 114.

<sup>2</sup> *Direito civil brasileiro*, n. 1.564.

JHERING, que estudou este phenomeno com a sua costumada superioridade, designou-o sob o titulo de *fórmulas residuarias* e nos apresentou innumerous casos delle no direito romano e no inglez. <sup>1</sup>

Ha residuos reaes como a *hasta celibaris*, o *licium liteum* (mandil de couro) do direito romano, e ha residuos nominaes como a *hasta publica*, a *vara* do juiz e outras expressões frequentes na linguagem forense de nossos dias.

A *posse* dos filhos póde ser considerada um caso de residuo verbal. O *pater familias* entre os romanos tinha a posse dos filhos, porque dispunha delles como de sua propriedade, podendo a principio vendel-os, dal-os *noxaliter* e até matal-os. O abrandamento dos costumes eliminou essas grosserias do antigo direito, porém algumas palavras subsistiram, perdendo o valor e a significação de outr'ora.

Esse caso de evolução progressiva da idéa dentro de fórmulas ou de palavras que serviram para traduzil-a em seus rudes inicios, quando estava longe de ter a extensão e o brilho que depois adquiriu, é muito commum. Quem supporia hoje que a *vara* da judicatura fosse alguma cousa mais do que a palavra destinada a symbolisar a auctoridade do juiz? Quem esperaria em nossas arre-matações publicas encontrar fincada a *hasta* dos velhos tempos? Quem na palavra *municipio*, sem que a historia

---

<sup>1</sup> *Espiritu del derecho romano*, III, p. 221 a 230; *Prehistoria de los indo-europeus*, p. 23 a 27.

e a glottica o revelassem, reconheceria o estado vencido <sup>1</sup> a que era imposta a obrigação (*munus*) de prestar serviços militares e outros encargos, mas a cujos habitantes eram concedidos alguns direitos dos attribuidos ao cidadão romano (*cives romani sine suffragio et jure honorum*)? A palavra *precarium* significava, a principio, tudo o que o *patrono* cedia ao seu *cliente*, a pedido deste (*preces*), e que podia em qualquer tempo ser retirado do poder do mesmo. Mais tarde foi dado esse nome ao pacto pelo qual o proprietario de uma cousa cedia o uso della ou uma das suas utilidades, reservando-se o direito de fazer terminar essa concessão quando lhe aprouvesse. Hoje ora se toma o vocabulo na accepção de posse por tempo indeterminado, até que se manifeste em contrario a vontade do proprietario, ora no sentido de detenção por tempo certo ou incerto. Foi o codigo civil francez art. 2.236 que deu auctoridade a esta ultima applicação do termo, considerando detentores precarios o rendeiro, o depositario, o usufructuario, o emphyteuta, o credor pignoraticio etc. <sup>2</sup>

No caso da posse dos filhos, a persistencia verbal foi auxiliada pela analogia, porque o direito attribuido aos progenitores de os terem sob sua guarda e direcção, direito que os auctorisa a promover acção adequada contra quem injustamente os detiver, offerece notavel simi-

<sup>1</sup> *Municipium* deriva-se de *manus capere* ou *capessere*. *A quo munere capessendo appellati videntur*, diz Varro. Veja-se PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del Diritto romano*, nota 1 ao Cap. VI.

<sup>2</sup> HUC, *Commentaire*, XIV, n. 371 e segs.; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 992 e segs.

lhança com a posse das cousas protegidas pelos interdictos. E assim é licito usar do termo, sem aliás pretender-se estabelecer identidade entre as duas relações jurídicas.

O art. 499 § unico do *Projecto* declara applicavel á aquisição da posse o disposto no titulo I, liv. III da parte geral. Tenho por ociosa semelhante remissão, porém ella quer dizer que os principios reguladores dos actos juridicos presidem tambem á aquisição da posse. A emenda que caberia fazer neste passo seria ou elidir a remissão por desnecessaria, ou fazel-a abranger as disposições preliminares do livro III citado, porque foram deslocadas do titulo I a que allude o art. 499 § unico.

Em vez disso, a emenda restringe a referencia aos arts. 83 e seguintes até 87, cujos dizeres ou são de todo extranhos á materia da posse, por constarem de simples definições, ou a ella tanto se applicam quanto outros muitos do mesmo titulo. A razão da preferencia escapa inteiramente ao leitor, pois não é crível que se queira insinuar não ter applicação, aos modos de adquirir a posse, o que o Codigo civil estatuir relativamente á coacção, ao dolo e a outros vicios da vontade, porque, si assim fosse, como é que se dizem applicaveis os preceitos dos arts. 83 a 87 que estabelecem os principios geraes reguladores dos actos juridicos, isto é, das declarações de vontade?

#### VIII

Não quer o douto *Parecer* da Commissão do Senado que se extenda « o designativo de *inscripção* á fórma de

publicidade adoptada para os actos de constituição e transmissão da propriedade sobre immoveis.»<sup>1</sup>

«Essa alteração na linguagem juridica é indefensavel », sentençaia, sem cogitar da possibilidade de quaesquer embargos infringentes do julgado.

Pesemos, porém, as razões de tam peremptoria condemnação. Indicam-se duas. A primeira é que « a legislação patria sempre reservou o nome de inscripção ao registro de hypotheca. »<sup>2</sup> Não me parece irrefragavel esta primeira razão. Tem-me ao contrario visos de fragillima. Si prevalecesse, nenhuma alteração se faria na linguagem do direito. E si o verbo do direito deve ter esse dom da inalterabilidade, privilegio identico ha de ser attribuido, e com melhores motivos, aos institutos que são a essencia de que a palavra é a fôrma imperfeita. Em que grosseiro estadio da evolução chapinhariamos ainda? Nem um passo teriamos dado para aquem do tartamudear monosyllabico e da affirmação da vida pelo desenvolvimento rude da força physica, si assim fosse.

Consiste a segunda razão em asseverar-se que a distincção entre os dois vocabulos—*inscripção* e *transcripção*—é tradicional nas principaes legislações estrangeiras, das quaes se afastou apenas o codigo civil allemão.<sup>3</sup> Em apoio dessa allegação citam-se apenas a legislação civil franceza e a italiana, deixando-se em olvido injusto todas as outras, que emittiriam voto divergente si fossem invocadas.

<sup>1</sup> e <sup>2</sup> *Parecer*, p. 83.

<sup>3</sup> *Parecer*, p. 83-84.

Realmente em direito francez se faz a distincção alludida, mas na França, como na Italia, a palavra *transcripção* corresponde ao seu significado, é cópia integral do titulo. <sup>1</sup> Ahi a linguagem do direito está em harmonia com a realidade dos factos, ao contrario do que se observa entre nós onde o registro dos actos translativos da propriedade se faz normalmente *por extracto*. <sup>2</sup> Entre nós, portanto, o que realmente existe é inscripção, como bem ponderára LAFAYETTE mostrando a incorrecção da nomenclatura do nosso direito hypothecario. <sup>3</sup>

E o *Projecto*, conservando o registro por extracto, nada mais fez do que lhe dar o nome adequado.

Não colhe, parece claro, nem o argumento da tradição nacional, por mal fundado, nem o do direito francez e italiano, porque por modo differente determinam elles que se opere o registro dos titulos de transmissão da propriedade immovel.

Agora vejamos a tradição das outras legislações que o *Parecer* dá como seguindo a esteira do codigo civil francez. Abramos primeiramente o codigo civil portuguez. Ahi está o art. 953: A INSCRIPÇÃO NO registro de um TITULO TRANSLATIVO da propriedade etc.»

---

<sup>1</sup> Vejam-se TROPLONG, *Priv. et hyp.* p. XXXVIII; PLANIOL, *Traité*, I, n. 1371. La transcription, diz este ultimo, est une formalité qui consiste à copier un acte sur des registres spéciaux tenus dans chaque arrondissement par le conservateur des hypothèques.

<sup>2</sup> Dec 169 A, de 19 de Jan. de 1890, art. 8 § I.

<sup>3</sup> *Direito das cousas*, § 52, nota 6.

É de *inscripção* que também falam os arts. 956, 950, 960 e outros. Já se vae quebrando a uniformidade da allegada tradição.

Passemos ao código civil hespanhol. As palavras de seu art. 605 são as seguintes:— El Registro de la Propiedad tiene por objecto la INSCRIPCIÓN ó anotacion de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Os artigos seguintes não se afastam desse modo de dizer. SANCHES ROMAN, expondo esta materia, muito a esclarece, dando o conceito de inscripção, distinguindo os elementos reaes e pessoaes della, e mostrando como se opera. Traduzirei delle apenas uma passagem: *Actos sujetos á inscripção: 1.º Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales sobre los mismos.* <sup>1</sup>

Não usa de linguagem differente o código civil do Chile, cujo artigo 686 assim começa: Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raices por la INSCRIPCIÓN del título en *el Registro conservador*. Poderia ainda fazer appello ao código civil do Mexico, art. 3.190 e seguintes e ao do Cantão de Zurich, art. 118, letra *d*. Mas creio já ter mostrado, sem possibilidade de contestação, que a proposição categorica do *Parecer* não coincide com a verdade, e que não é a unidade do código allemão que apoia a linguagem do *Projecto*, mas sim a pluralidade preponderante das legislações mais chegadas á nossa.

<sup>1</sup> *Derecho civil español*, vol. III, p. 894.

O dispositivo do artigo 1.346 é accusado por *desageitado* em sua locução, assim como o do art. 1.356 pecca, segundo o *Parecer*<sup>1</sup>, por excessiva ingenuidade.

Taes artigos tiveram por fonte o Codigo suisso federal das obrigações, onde se encontram o vilipendiado desazo de linguagem e a escarnecida ingenuidade no providenciar.

*Pelo contracto de edição*, diz o *Projecto*, art. 1.346, *o editor não só se obriga a reproduzir, por algum processo mechanico e a espalhar pelo publico a produção scientifica, litteraria ou artistica etc. Espalhar pelo publico*, observa o *Parecer* que não é expressão *legislativa*. Si tivesse affirmado:— não é dizer portuguez, eu... passaria adeante. Mas tendo a censura em vista essa parte da nomotechnica a que não descabe a denominação de rhetorica legislativa, apadrinho o *Projecto* com o exemplo de uma lei bem trabalhada e tida como capaz de servir de paradigma a outras.

De facto o art. 372 do Codigo suisso das obrigações, termina por estas palavras: — *à la reproduire en un nombre plus ou moins considerable d'exemplaires et à la repandre dans le public*. Si a dicção é *legislativa* na Helvecia através do francez, deve tambem ser no Brazil, utilizando-se do portuguez.

O art. 1.356 do *Projecto* é uma transplantação do art. 377 do citado codigo suisso. A linguagem do primeiro é a seguinte: — *Entende-se que o contracto versa apenas*

<sup>1</sup> Pag. 154 e 155.

sobre uma edição si o contrario não resultar expressa ou implicitamente de seu texto. Confronte-se este dispositivo com o edictado pelo legislador helvético : — Si le contrat ne précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule. Si a phrase varia, o pensamento se unifica na mesma pretendida pequice, na qual anteriormente incidira tambem o *codigo baltico*, segundo refere LEHR : — Dans le doute, l'éditeur n'a le droit de faire qu'une seule édition. <sup>1</sup>

O art. 391 do *Projecto*, usou do vocabulo *progenitor*, para frisar bem o pensamento de que os direitos inherentes no patrio poder eram exercidos, não conjunctamente pelo pae e pela mãe do menor, nem exclusivamente por aquelle na constancia do matrimonio, mas precisamente, e salvo excepções, por aquelle dos dois ascendentes immediatos a quem coubesse a posse, o uso effectivo desse poder. O *Parecer*, <sup>2</sup> sob o fundamento de que *progenitor* significa *avô*, no que se divorcia da opinião de quasi todos os nossos dicionaristas, ordena que, em vez do que está no *Projecto*, se diga : — *Compete aos paes quanto á pessoa dos filhos : I Dirigir-lhes a educação ; II Tel-os em sua companhia, posse e guarda ; etc.*

Mas, pergunto eu : quem representa o filho nos actos da vida civil ? Serão os dois, pae e mãe, simultanea ou indistinctamente ? A linguagem correcta faz suppôr a affirmativa, mas creio que não é bem isso o que se pre-

<sup>1</sup> *Droit civil russe*, II, p. 299.

<sup>2</sup> Pag. 68.

tende estabelecer. Procederíamos sem duvida com acerto, si, menos rigorosos neste apuro de linguagem quinhentista, attendessemos de preferencia á exacta conformidade do pensamento da lei com a sua clara expressão.

Estas glosas muito ainda se poderiam desenvolver. A cada passo, uma observação mais ou menos valiosa aco-dia-me ao espirito, quando ia passando os olhos pelo *Pa-recer*. Mas quando a messe é farta não vale a pena res-tolhar, e penso já ter dicto o bastante para que as almas justas reconheçam que o *Projecto* não constituia, antes da limpa do Senado, um acervo de erros juridicos envolvidos no textura mal alinhavada de desconchavos gram-maticaes, nem surgiu, depois dessa operação, um rutilo brilhante sem jaça.

Não foi o meu trabalho que procurei defender. Esse desapareceu na assimilação das commissões e dos colla-boradores successivos. Meu esforço, ainda quando tenho por fito explicar os dizeres do *Projecto* primitivo, é em prol do *Projecto* actual que desejo aperfeiçoado, mas cujo sossobro se me afigura de muita gravidade. Os esforços de natureza tam diversa que em synergia produziram esse resultado, devem ser secundados e não combatidos, porque vêm do imo da consciencia nacional e são a fórma que ella ensaia consolidar, neste momento, para revelar-se expandindo-se ao sol do direito. Orientemol-os, corrija-mos-lhes os desvios, mas não os malbaratemos.

«Uma epocha que sente a necessidade da reorgani-sação de seu estado juridico ou simplesmente de uma co-dificação, escreveu o preclaro JHERING, e que se abstem,

sob pretexto de que lhe falta maturidade scientifica, confessa, ao contrario, possuir em excesso esse espirito scientifico, e toma para si o privilegio não da indigencia scientifica, mas da indigencia moral.»<sup>1</sup>

Tenho certeza de que o Brazil republicano, no começo do seculo vinte não ha de ostentar sob a fórma de escrupulos litterarios ou scientificos essa fraqueza moral. Reagindo contra os obstaculos e transformando os obices em elementos de combate, saberá colher o fructo de tantos labores, desdobrando deante dos olhos dos incréos o seu *Codigo civil*.

Recife, 25 de Setembro de 1902.

---

---

<sup>1</sup> *Mélanges*, F. C. DE SAVIGNY, p. 57, trad. Meulencœre, 1902.

## A REPLICA DO SENADOR RUY BARBOSA

### I

O eminente senador RUY BARBOSA escreveu um volumoso *in folio*, de 214 paginas, para pulverisar as objecções feitas á critica evidentemente inopportuna, clamorosamente injusta e desusadamente causticante, com que s. ex. recebeu o *Projecto de codigo civil*. Não extranho a vastidão desse trabalho, porque estou habituado a admirar, no egregio escriptor bahiano, essa faculdade surprehendente de produzir grandiosos fragmentos em que a minucia paciente da analyse corre parelhas com o fluir estrepitoso da phrase. Extranho, porém, que, sendo tão extensa, não seja completa a *Replica*.

De quanto escrevi, sómente uma quarta parte, talvez menos, considera a *Replica*. Os criteriosos reparos de OLIVEIRA FONCECA, publicados no *Jornal do Commercio*, em sete artigos incisivos, não tiveram sequer uma referencia.

Oppor-me-ão que a *Replica* vem datada de 31 de dezembro do anno passado. Bem vejo; mas, em primeiro

logar, até 31 de dezembro de 1902, a *Revista de Legislação* havia já publicado alguma cousa mais além dos dois primeiros artigos meus a que attendeu a *Replica*, e, depois, tendo a série terminado em abril (fasciculo da *Revista de Legislação* correspondente ao mez de março), era natural que fosse della destacada a materia de maior relevancia para uma resposta annunciada como cabal e exhaustiva <sup>1</sup> e que sómente a 10 de outubro ultimo saiu a publico.

Ha uma escusa para esse proceder que não devera ser invocada: Tendo que responder a diversos contendores, forçoso foi restringir o quinhão destinado a cada um na *Replica*.

Esses contendores são, ao todo, cinco. Mas de um delles, certamente dos mais possantes, a *Replica* se descarta por uma simples palavra, quasi estou a dizer por um simples gesto, *qui le déboute de toutes ses fins et conclusions*: — aggressor !... Refiro-me a MEDEIROS E ALBUQUERQUE. JOSÉ VERISSIMO escreveu um artigo apologetico do serviço prestado pelo douto senador com expurgir do *Projecto de codigo civil* as maculas de redacção, com ter dado a todos nós uma *bella e alta licção de por-*

---

<sup>1</sup> Em memoravel discurso estampado no *Diario do Congresso* de 12 de novembro do anno passado, declarava o preclaro senador: «Hei de responder tópico por tópico a esses trabalhos, em todos os pontos dignos de consideração, em todos os reparos que merecerem resposta.»

«Espero, sr. presidente, espero que o farei de modo que satisfaça os meus honrados collegas; e devo declarar que si alguma cousa me cria difficuldade é a abundancia de material dentro do qual tenho de mover-me; é a exuberancia de recursos para a minha defeza e para a minha resposta.»

*tuguez*. Bem longe está de ser um contradictor. Apenas, porque se amerceiou compassivo dos que o *Parecer* flagellára desapiedado, pediu clemencia para uns peccadilhos que podiam ter sido detergidos sem o grande alarido que se fez.

Restam, portanto: o dr. ERNESTO CARNEIRO, a commissão da Camara e o rascunhador destas phrases. Tres, não mais de tres adversarios. Ninguem dirá que constituamos cohorte e muito menos legião.

Porque então lembrar o dito de CAMÕES :

—O animo valente

Perca a virtude contra tanta gente ?

Porque lembrar a phrase de VIEIRA : — Pois tanto empenho, tanto apparatus, tanto estrondo, tanta machina para reduzir a um homem ? <sup>1</sup>

Eu que sou uma insignificancia, que não sei manejar a lingua de que me sirvo, segundo me faz sentir amiudadamente o erudito senador, tive de terçar armas com adversarios mais numerosos : — o sr. dr. COELHO RODRIGUES, a Faculdade de Direito de Minas Geraes, a Faculdade de Direito do Rio de Janeiro (apaixonada e aggressiva) ; o dr. BULHÕES CARVALHO, presidente do Instituto da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, e cujo valor como jurisprudente é bastante conhecido ; a commissão revisora do governo, composta, ao tempo em que com ella tive de discutir, dos srs. drs. AQUINO E CASTRO, AMPHILOPHIO, LACERDA E BARRADAS.

<sup>1</sup> *Replica*, pag. 3, 1 col.

No seio da commissão da Camara, ainda me veio contradictar a critica severa e tenaz do sr. ANDRADE FIGUEIRA. Ali mesmo tive que attender ás duvidas e objecções levantadas pelos illustres membros da commissão parlamentar e por conspicuos advogados do fôro da Capital da Republica, SOLIDONIO LEITE, FABIO LEAL, SERGIO LORETO, GABRIEL FERREIRA, e outros ainda. Revestiam estas ultimas objecções a fôrma da mais correcta polidez, nada tinham de aggressivas, é certo; mas nem por isso exigiam menos esforço mental no consideral-as.

Por fim a sorte adversa me fez cair nas mãos de adversario mais temivel do que qualquer outro—o emérito presidente da Comissão do Senado.

No emtanto, sem achar o caso excepcional, falando cassange <sup>1</sup> quando não podia falar portuguez, bem ou

---

<sup>1</sup> Esta historia do cassange mereceria ser posta em relevo. Em phrases resumidas, porém, reduz-se ao seguinte: o capitulo III da parte geral da *Replika*, e que tem por titulo—o jurista, desdobra, no alto, a seguinte epigraphe de BAPTISTA CAETANO: *Nas escolas de ensino superior, ha lentes que fazem as prelecções em cassange.* O capitulo me é destinado, mas em nota se pondera: «Estas palavras que aqui transcrevo sem o menor intuito de allusão pessoal ao illustre professor do Recife, cujo valor sei honrar, levam apenas em proposito dar a ver ha quanto tempo se sente, entre nós, nas mais altas espheras da nossa educação patria, esse desprezo do nosso idioma, transparente nas idéas do eminente jurisperito quanto á relevancia da fôrma e da grammatica no legislar.» (*Replika*, pg. 18, 2<sup>a</sup> col., nota 1.)

Mas ou o dito de BAPTISTA CAETANO tinha applicação a mim, que sou a pessoa de que tracta o capitulo citado, e a nota não devia ter vindo annullar-lhe o effeito, ou não se applica a mim, e difficilmente se comprehende porque o foram arrancar do livro do distincto indianologo.

Quando um espirito poderoso como o douto senador lança mão de recursos destes, é porque de todo lhe fallece a razão.

mal, foi cumprido o meu dever. «Outros fariam ou farão melhor, eu fiz o que pude.»<sup>1</sup>

Não intento estabelecer comparação ; não é licito comparar as cousas deslumbrantes com as humildes, *parvis componere magna* ; mas si eu pude responder a tantos, a muitos mais tinha o senador RUY BARBOSA capacidade para honrar com a sua *Replica*.

Não o quiz, e eu sinto-me inclinado a pensar que assim procedeu, porque já vae se convencendo de que se estão perdendo muitas horas preciosas nesta questão de grammatica, com que se está retardando o advento do codigo civil. Realmente se o vernaculismo já nos consumiu dois annos, quando lhe bastariam dois mezes, si tanto, de que tempo não haveremos mister para resolver questões mais graves ?

Responda esta passagem do ultimo discurso do senador BARBOSA :

«É por isso que TEIXEIRA DE FREITAS não pode fazer um codigo civil em sete annos ; é por isso que os allemães levaram mais de vinte, e outros povos adiantados têm levado dezenas de annos. Não quero reclamar para a Commissão do codigo civil prazo tão longo ; mas preciso reclamar, ao menos, o que fôr necessario para que a nossa consciencia se sinta satisfeita, e *este não se*

---

<sup>1</sup> CASTILHO, trad. do *Fausto*, advertencia, pag. XVI.

póde predeterminar. Elle tem limites que só a successão das circumstancias póde ir indicando.» <sup>1</sup>

Si a leitura da *Replica* deixa a impressão de um grande esforço desviado de seu natural objectivo, a leitura do discurso que me forneceu este pequeno trecho, produz a convicção de que esbarramos deante de uma barreira intransponivel.

Si o Brazil quizer dar-se ao luxo, que está parecendo inutil, de possuir um codigo civil, que recomece pela sexta vez, ou então, si não tiver paciencia para tanto, continue com as *Ordenações do Reino*.

## II

A *Replica* é sem duvida um optimo expositor de grammatica portugueza, grammatica pratica, á moda CANDIDO DE FIGUEIREDO, com adubos de erudição mais extensa. Não serviria, porém, para modelo de argumentação.

Vejam-se estes exemplos. Fizera eu o reparo de que o substitutivo Ruy Barbosa, no art. 17 da lei preliminar, tivera por effeito eliminar, banir o direito internacional privado. Não ha nessa affirmacão mais do que a rigorosa expressão da verdade, como se póde verificar ainda uma vez.

---

<sup>1</sup> *Diario do Congresso*, de 15 de outubro, pag. 2.460, 2ª col. Ha trechos ainda mais decisivos, talvez.

Diz a redacção do illustre senador:

“ As leis, actos e sentenças de outro paiz, bem como as disposições e convenções particulares não derogarão, em caso nenhum, as leis do Brazil concernentes ás pessoas, bens e actos, ou relativas, por qualquer modo, á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes. <sup>1</sup>

Veja-se bem:— *as leis, actos e sentenças de outro paiz... não derogarão as leis do Brazil concernentes ás pessoas, bens e actos ou relativas á soberania nacional etc.*

Deixei de lado o que havia de inadequado na inclusão da palavra *actos* no começo do artigo. E podia increpar-a por muitas razões, entre as quaes basta destacar a seguinte: estamos regulando o direito internacional privado, e os actos dos outros paizes, abstrahindo das leis e das sentenças, ou são actos arbitrarios ou actos extranhos á nós, categoria de que não devemos cogitar, ou são os *tractados*, que entram na esphera do direito internacional publico.

Deixei de notar que o dispositivo do inclyto senador creára uma antithese inacceptavel entre leis referentes ás pessoas, bens e actos e leis concernentes á

<sup>1</sup> *Parecer*, p 10, 2<sup>a</sup> col.

soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.

Deixei de salientar outros defeitos do artigo, porque um havia que a todos sobrepujava, e era a annullação do direito internacional que a lei preliminar vinha laboriosamente consolidando em artigos anteriores.

Não é inexplicavel que o mesmo legislador, depois de ter affirmado que o estado e a capacidade das pessoas se regulam pela lei da respectiva nacionalidade (lei estrangeira) diga mais tarde que as leis de outro paiz não derogarão, *em caso nenhum*, as leis do Brazil concernentes ás pessoas ? !

A lei brazileira declara que a idade nupcial é de 14 annos para a mulher e de 16 para o varão, a allemã um pouco mais exigente, eleva essa idade aos 18 e 21 annos (codigo civil, art. 130 I). Poderá um allemão casar-se no Brazil antes de ser capaz por sua lei nacional? Pela negativa responde o art. 8, pr. da lei preliminar; pela affirmativa sentença a nova redacção dada ao art. 17 da mesma lei.

O art. 14 dessa lei annexa ao codigo civil estatue, segundo a redacção do senador Ruy: “A successão, legitima ou testamentaria, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a validade intrinseca das disposições do testamento, *qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz onde se achem obedecerão á lei nacional do fallecido.*” Si o fallecido fôr um estrangeiro, a lei reguladora será a do seu paiz, preceitua este artigo, de

accôrdo com a doutrina victoriosa na sciencia. Mas o art. 17 oppõe-se a esta derogação da lei patria. Qual o meio de sairmos desse labyrintho ?

Estas antinomias manifestas se poderiam reproduzir, pondo em confronto este questionado art. 17 com qualquer dos outros anteriores a começar do oitavo. E sabem como a *Replica* desfaz estas objecções ?

Declarando que eu acho obscuro o substitutivo porque, tendo afinado o ouvido por lingua diversa da que fala o eminente senador, não o posso comprehender bem, e que a outros, aos que falam a lingua de nossos paes, compete o julgar si realmente ha passagens de intelligencia duvidosa no seu trabalho. <sup>1</sup>

Mas neste artigo, tal como se acha redigido, ha mais do que simples obscuridade. Diz elle claramente o que não devera dizer; proclama bem alto a negação dos principios que devera respeitar.

Consideremos outro caso.

O *Projecto* chamava, como todo o mundo, *escriptor* á pessôa que escreve o testamento de outrem. Deante desse hediondo attentado á vernaculidade, a indignação do *Parecer* vibra em phrases que fustigam como a *burning line*, o verso candente, com que BYRON stigmatiza lord Elgin por não ter sabido venerar os escombros sagrados da fachada do Parthenon: «enfim se leva a cacologia até ao ridiculo, appellidando com a designação de *escriptor* o individuo, talvez nem escrevedor ou escrevente» etc <sup>2</sup> —

<sup>1</sup> *Replica*, n. 425 p. 182.

<sup>2</sup> *Parecer*, p. 3, 1<sup>a</sup> col.

«É uma das impropriedades mais flagrantes e curiosas do vocabulario do projecto a que, neste artigo (1.652) e no art. 1.725 n. I honra com os fóros de escriptor o individuo que escreve o testamento a rogo do testante.»<sup>1</sup> — «Esta extravagancia reproduz-se no art. 1.725.»<sup>2</sup>

É o sentimento de estranheza deante do inaudito, que anima essas phrases; é a irritação provocada por uma audacia injustificavel que lhe empresta esse fogo de indignação, não attendendo o eximio escriptor a que as regras da analogia auctorisam perfeitamente o emprego da palavra *escriptor* no sentido em que a tomou o *Projecto*.

Na minha defeza mostrei que o *Projeto* recebera esse vocabulo do uso juridico fixado entre nós. Em apoio da minha asserção citei COELHO DA ROCHA (*Inst*, § 681), TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolid.*, art. 1.060) e CARLOS DE CARVALHO (*Direito civil*, art. 1.765).

Sabem como a isto se responde?

Dizendo entre outras cousas que COELHO DA ROCHA, de certo bom escriptor, não tem auctoridade vernacula e «que, ainda quando a possuísse, não teria a de reformar *de golpe* uma inveterada tradição da nossa lingua»;<sup>3</sup> quanto aos outros dois: «limitaram-se a compilar do primeiro.»<sup>4</sup> Para accentuar bem o seu pensamento, acrescenta o doutissimo critico do *Projecto*: «Privado assim do concurso de todas as auctoridades capazes de o legitimar, não tem por si, antes contra si tem esse uso

<sup>1</sup> e <sup>2</sup> *Parecer*, p. 181, 1<sup>a</sup> col.

<sup>3</sup> *Replika*, n. 441, p. 188.

<sup>4</sup> *Replika*, n. 141, p. 188.

juridico invocado á sombra de um só *jurista* portuguez e *dois compiladores* brasileiros.»<sup>1</sup>

Note-se, em primeiro logar, como são reduzidas, em beneficio da argumentação, as estaturas dos dois juristas patrios: CARLOS DE CARVALHO, um profundo conhecedor da sciencia do direito, e TEIXEIRA DE FREITAS, o vulto excelso da nossa jurisprudencia, que o proprio *Parecer* apresenta como paradigma aos codificadores, mesmo sob o poncto de vista da vernaculidade.<sup>2</sup>

Repare-se, depois, que COELHO DA ROCHA é tido como o iniciador desse desvio da linguagem juridica. Mas a verdade é que, como CARLOS DE CARVALHO e TEIXEIRA DE FREITAS, o professor de Coimbra já encontrou, incorporada ao vocabulario juridico, a palavra que hoje se julga de impropriedade revoltante. Nem foi o *Projecto* que fez uso irregular da analogia, nem tambem COELHO DA ROCHA.

CORREIA TELLES, que é mais antigo e mais auctorizado ainda, no seu estimado *Digesto portuguez*, art. 1.698, tambem se utiliza do termo reprovado e diz:—«Tambem é nullo o legado que o *escriptor* do testamento escrever para si ou para algum seu ascendente ou descendente.»<sup>3</sup>

Antes de CORREIA TELLES, já nos juristas latinisantes é corrente a expressão—*testamenti scriptor*, como se póde ver em PINHEIRO, *Tractatus de testamentis*, vol. 1,

<sup>1</sup> *Replica*, n. 445, p. 189.

<sup>2</sup> *Parecer*, pag. 18, 1<sup>a</sup> col.

<sup>3</sup> Ed. de 1838, Pernambuco.

p. 169 da ed. de 1759, citado por OLIVEIRA FONCECA:—  
 «Generalis resolutio hæc in re est, non valere testa-  
 mentum quoad id, quod talis *scriptor* sibi, aut in suum  
 commodum scripsit, ipsumque *scriptorem* incurrere in  
 pœnam falsi... Fala o velho tractadista do testamento  
*aliena manu-scriptum*.

A estes auctores accrescenta o proprio senador RUY  
 BARBOSA um outro digno do maximo apreço, o historiador  
 SÜETONIO, de quem transcreve essa phrase: *Cautum ne  
 quis alieni testamenti scriptor sibi adscriberit*.

É este, diz a *Replica*, um trecho solitario na litte-  
 ratura latina, de que se teriam servido os apologistas  
 do *Projecto*, se o donhecessem <sup>1</sup>. Aceito de bom grado  
 o auxilio, embora envolvido em termos depreciativos  
 dos conhecimentos litterarios dos que não são hostis ao  
*Projecto*. Observo que não tinha eu necessidade de,  
 arrimado em qualquer dictionarista, invocar o depoi-  
 mento da litteratura latina, quando era a existencia de  
*uso juridico* luso-brazileiro que estava em causa.

Mas já que apraz ao douto senador ir mais longe,  
 mostrando as raizes desse uso em escriptores latinos dos  
 mais conceituados, seja bemvindo.

Para o que eu tinha em vista era sufficiente mostrar  
 os proceres da jurisprudencia patria auctorizando o  
 dizer do *Projecto*, mas de melhor partido fico, sem duvida,  
 com a nova face que as cousas tomaram.

<sup>1</sup> *Replica*, p. 189, n. 443.

É certo que se diz ser solitario, em toda vastíssima litteratura latina, o trecho citado, mas ignoro com que fundamento.

FREUND ET THEIL, <sup>1</sup> onde se encontra a citação de Suetonio a que se refere a *Replica*, e que, provavelmente foi o seu Mentor nesta peregrinação atravez da litteratura latina, bem longe de apresentarem-no como solitario, offerecem-no como exemplo de um uso estabelecido. Lá está na palavra *scriptor*: en t. de droit public et de droit civil d'après *scribo*, n. II B)—écrivain, redacteur, auteur d'une loi, d'un code, D'UN TESTAMENT, d'un acte public quelconque. Em seguida cita Suetonio, Nev. 17. Podemos d'ahi concluir que o trecho do historiador é solitario? Seria realmente tirar conclusão muito precipitada.

Da leitura dos notaveis dictionaristas citados o que se deve razoavelmente concluir é que a locução *testamenti scriptor* é correcta e usual no latim, como é correcta e usual em portuguez, pois della usaram PINHEIRO, CORREIA TELLES, COELHO DA ROCHA, TEIXEIRA DE FREITAS, CARLOS DE CARVALHO, FERREIRA ALVES <sup>2</sup> e não sei quantos mais que sobre inutil seria enfadonho procurar.

Como é, pois, que se affirma ser extravagancia do *Projecto* o uso de uma expressão trivial? Como é que se assevera ser « avessa ás tradições profissionaes » uma

<sup>1</sup> *Grand dict. de la langue latine*, verb. *scriptor*.

<sup>2</sup> *Leis da procedoria*, § 3 da ed. de 1897.

expressão reiteradamente empregada em livros de direito, desde os primeiros momentos da litteratura juridica lusitana ?

A auctoridade do preclaro senador pesa muitissimo; contraposta, porém, a tantas outras cujo valor augmenta a *longa consuetudo*, é natural que não prevaleça.

Cabe aqui ainda uma observação. Segundo a licção da *Replica*, o escriptor do testamento é denominado, nas fontes romanas como *subscriptor*, citando-se em apoio o D. 6, 23 fr. 21: *Quod si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat, OCTAVO SUBSCRIPTORE pro eo adhibitio eadem servare decernimur*. «Era, pois, com o nome de testemunha que a phraseologia juridica designava a pessoa cujo punho no escrever do testamento fazia as vezes de testador.»<sup>1</sup>

Com a devida venia, avento que ha, nesta passagem, confusão entre duas entidades bem distinctas. O ritual do testamento privado, em direito romano, era o seguinte: — o testador apresentava a sua carta testamentaria ás sete testemunhas ordinarias, e deante dellas subscrevia o papel que apresentava, podendo dispensar-se desta formalidade da assignatura, si o documento tivesse sido escripto por elle e no contexto se tivesse feito menção do facto. As testemunhas subscreviam em seguida. Si, por ventura, o testador não sabia escrever ou não podia pôr a sua assignatura por baixo do documento que outrem

<sup>1</sup> *Replica*. n. 443, p. 189.

escrevera (si litteras testator ignoret vel *subscribere* nequeat, dizia a lei) intervinha então, uma oitava testemunha para *subscriver* por elle (*octavus subscriptor*).<sup>1</sup> Este personagem não é, porém, forçosamente o escriptor do testamento. O testamento podia ter sido escripto por pessoa diversa.

Aquelle que escreve o testamento por outrem é designado nas fontes romanas pela expressão *testamentum scribens*, que é o participio presente do verbo *scribere* precedido do objecto directo. Vejam-se o fr. 1 § 8 D. 48, 10: *Inter filium et servum e extraneum testamentum scribentes hoc interest* etc. Veja-se mais o fr. 14 § 1 *cod.*..... *quod servo communi scribentis et alterius ad scriptum est* etc.

Do *scribens* fizeram os italianos *scrivente*. Il suo contenute immediato (do senatus consulto Liboniano) era che lo *scrivente* fosse colpito della pena della *lex Cornelia*..... Le disposizioni a favore d'un proximo congiunto dello *scrivente* non sottostano alla nullità. São palavras de FADDA e BENZA traduzindo WINDSCHEID.<sup>2</sup>

Não é menos interessante o caso do *direito de accrescer*. Censurando o *Projecto* por ter usado da expressão

<sup>1</sup> WINDSCHEID, *Pand.* 541 e 543; *Cod.* 6, 22; I, 21 e 28.

<sup>2</sup> WINDSCHEID, *Pand.* § 546, not. 4 da trad. ital. Add. 1905: OLIVEIRA FONCECA, em suas *Observações*, de uma erudição discreta e adequada, mostrou que em CUJACIO, em BRISSON e nas proprias fontes romanas (D. 48, 10 frs. 15 § 5 e 22) se encontra a censurada expressão *testamenti scriptor*, que a *Replica* descobrira através de FREUND e THEIL, a brilhar solitariamente num trecho de SUETONIO! Merecem ser lidas essas paginas do saudoso mestre. Sobre a questão do *escriptor* de testamento, vejam-se as paginas 100-105.

technica—*direito de accrescer*, nos casos de renda vitalicia e de usufructo, dissera o parecer: «Egualmente restricta á theoria das successões é a locução *direito de accrescer* no codigo civ. port. arts. 1.853 e 1.854, *derecho de acrecer* no codigo civ. hesp. arts. 982 e 987, no codigo civ. ARGENTINO art. 1.345, no codigo civ. CHILENO, arts. 1.147 a 1.153, *diritto de accrescere* no codigo civ. ital. arts. 879 a 894 e 946.» E mais adeante, depois de algumas considerações, ainda mais affirmativo, assertara: De modo que não se me depara nem um codigo civil (ao menos dos imitaveis, e dos que neste momento me é dado compulsar) onde se use da formula *direito de accrescer* com outra applicação, além da que lhe é habitual.<sup>1</sup> A applicação habitual de que fala o *Parecer* é a da theoria da successão.

Mostro-lhe que não ha motivo para essa restricção e que dos codigos citados, dois pelo menos, o chileno e o argentino, ministravam amparo ao *Projecto*, em artigos que transcrevo. Indico ainda o codigo civil do Uruguay e o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS.

Estava evidenciada a sem razão da censura e, principalmente, a insubsistencia do argumento colhido nos codigos citados.

E sabem como a isso se replica? Dizendo que o codigo civil allemão não me é favoravel; que apenas pude citar em beneficio do meu alvitre os exemplos da vizinhança que se encontram nos codigos chileno, argentino

<sup>1</sup> *Parecer*, p. 161.

e uruguayo; e que a essas fontes se contrapõem os grandes mestres romanos, todos os codigos europeus, entre os quaes não me foi dado achar padrinho. <sup>1</sup>

Esses codigos civis do Chile e da Argentina, que agora se menoscabam, tinham sido invocados precisamente pelo accusador do *Projecto*. E si é necessario o baptismo europeu para que uma idéa tenha valor para nós, ali está o que diz ENDEMANN no § 182, n. 3 de sua *Einführung in das Studium des B. Gesetzbuches*, ao tractar da renda vitalicia (Leibrente): Durch besondere Vertrag ist die Bestimmung zulässig, dass der Antheil des Verstorbenen dem Überlebenden *anwachsen soll*. Em portuguez: É permittido estabelecer por clausula especial que a parte do premorto *acresça* ao sobrevivivo.

Com relação ao termo *resgate*, basta lêr o que agora allega a *Replica* para firmar-se no animo do leitor a convicção de que fôra descabida a censura do *Parecer* ao *Projecto*.

Quanto ao adjectivo *privada*, ao qual mostra especial ogerisa o douto senador, allega a *Replica* uma serie de argumentos que têm a desvantagem de deixar a questão no mesmo pé.

O que eu affirmei foi que, em muitos casos, não se podia substituir, *privado* por *particular*. Para nos convençermos disso, não é preciso mais do que relançar a vista

<sup>1</sup> *Replica*, n. 450, p. 190.

para as locuções que aqui vão alinhadas, aliás sem pretenção a exgottar o quadro :

Carcere *privado*—carcere particular.

Direito *privado*—direito particular.

Interpretação *privada* — interpretação particular (dos auctores, não dos que exercem auctoridade publica).

Relações de ordem *privada*—relações de ordem particular.

Nestes casos e em outros simillhantes, bem se vê que os adjectivos—*privado* e *particular*—não se substituem satisfactoriamente. Expulsar da linguagem juridica o vocabulo—privado é tirar-lhe um valioso instrumento de communicação de idéas elementares e fundamentaes da jurisprudencia. E em troca dessa perda, o que nos offerecem ? Cousa alguma.

Os dictionarios garantem a synonymia que eu não pretendi nem pretendo negar. O que elles não poderão dizer é que o adjectivo *privado* tende a perder a flexão do genero feminino como assegura a *Replica*, recorrendo a um simile que mais parece um contraste.

Transcrevo as sua palavras:—« Temos a este respeito um simile frisante. Tambem o adjectivo *commum* soffreu no portuguez flexão feminina. THOMÉ DE JESUS, referindo-se ao berço do Christo no presepe, disse : Escolhe a terra por cama *commua* aos bispos. (*Trabalh. de Jesus*, vol. I, p. 64). Ainda no primeiro quartel do seculo XVII escrevia BLUTEAU : O uso fez esta palavra *commua*. É voz *commua*. (Voc. VII, p. 405). E porque desapareceu

do uso vernaculo essa fórma do adjectivo ? Por se confundir com o substantivo *commua*, synonymo de *cloaca* ou *privada*. . . Pois não será natural que, assim como d'ahi resultou a prescripção do adjectivo *commua*, assim d'ahi se siga a eliminação do adjectivo *privada*? <sup>1</sup>

Presa a esses recantos, por decencia absconsos, a discussão se torna desagradavel, mas era necessario expôr a idéa do meu illustre censor em toda a sua clareza. Posso agora dizer : si o simille é perfeito, como o adjectivo *commum*, de biforme que era se reduziu a uniforme, e o mesmo se imagina que ha de succeder com relação ao qualificativo *privado*, diremos d'agora em diante — *cousa privado*, convenções *privados* sem flexão feminina, como dizemos *cousa commum*, convenções *communs*. Quando chegarmos a essa perfeição, melhor será rejeitar de vez o vocabulo e apegar-nos ao particular que é uniforme, sem offensa ás regras fundamentaes da grammatica.

E haverá quem, lendo-nos, imagine que estamos a discutir o *Projecto* de codigo civil brasileiro ?

### III

Avara na resposta aos punctos litigiosos e prodiga em considerações extranhas ao assumpto em debate. Tal se mostra a *Replika*, ao menos na parte que mais de perto me toca. E não tanto por nos ter dado um farto volume

<sup>1</sup> *Replika*, n. 427, p. 182, 2ª col.

de philologia, após outro pouco menos volumoso, como inesperado exordio de um debate juridico, e sim principalmente por achar sempre meios de trazer para o pleito o que melhor seria que permanecesse fóra d'elle.

A minha personalidade litteraria, já de si apagada e sem valia, não reclamava essa marcha de flanco que a *Imprensa* começou a desenvolver, a que discursos proferidos no senado imprimiram movimento mais acceelerado e que a *Replica* acaba de transformar em ataque mais directo.

Entre os defeitos que me tornavam improprio para realisar a assoberbante empreza de redigir um *Projecto* de codigo civil, salientava a *Imprensa* <sup>1</sup> como primacial a ignorancia da lingua. «Falta-lhe um requisito PRIMARIO, *essencial, soberano*, para taes obras: a sciencia da sua lingua, a casta correcção do escrever.»

Eis ahi: para elaborar um codigo civil, o saber juridico é requisito secundario e subordinado; o essencial, o indispensavel, o soberano, a qualidade primaria é «a casta correcção do escrever.» Sobre essa idéa original tem sido construida toda a critica ao *Projecto* actual. O *Parecer* e a *Replica* são desdobramentos logicos desse pensamento primordial. E sómente por uma inconsequencia, como ha muitas na *Replica*, acha censuravel o egregio senador RUY BARBOSA que a commissão da camara tenha pedido ao dr. ERNESTO CARNEIRO, pro-

---

<sup>1</sup> Numero de 15 de março de 1899.

fundo conhecedor da lingua e elegante escriptor, o auxilio valioso da sua competencia.

Si para codificar é bastante possuir a casta correção do escrever, porque exigir conhecimentos juridicos de quem fôra chamado exclusivamente para dizer sobre a linguagem?

O pregão da minha incompetencia tem sido martelado sobre esta base. "Bem se vê que vive fóra do idioma em que se exprime," diz a *Replica* a chasquear<sup>1</sup>. E a cada passo a obsessão se revela, lampejando ás vezes numa phrase rapida, espraiando-se, outras vezes, em exclamações emocionantes, transpondo mesmo, em certo momento, os limites do que me parece o terreno proprio de discussões como esta.

As accusações objectivadas em factos não são por ora mais de tres. Uma verbera a locução *escriptor de testamento*.

Não ha mais que dizer a respeito. Em attenção ao critico que reflecte a elevação de seu espirito sobre a pequenez da censura, consideremos as outras duas.

Primeiro artigo do libello : terminei as minhas observações para esclarecimento do Projecto de codigo civil por uma adversativa -- *porém*. Este feio delicto foi exposto á execração do senado como caracteristico da mais lamentavel... negligencia. "Eu creio que nos annaes do escrever o facto é virgem. Ha nesta assembléa escriptores, grammaticos, homens de letras, e mesmo aos

<sup>1</sup> *Replica*, n. 19, p. 15, 1.<sup>a</sup> columna.

que o não são, eu estou certo, não ha de deixar de produzir uma impressão de estranheza e de inverdade (?) extraordinaria entre nós, verem acabar um livro por uma adversativa." <sup>1</sup> Na *Replica* esta minha falta de tacto grammatical e de gosto litterario é novamente celebrada. O nobre senador gosta de insistir na mesma idéa, apraz-se em referir a mesma historia duas, tres e mais vezes.

Diz a *Replica*: "O que ella (a tradição da lingua) não tolera é encerrar com essa adversativa, periodos, paragraphos e obras, como fez o sr. Clovis Bevilaqua, em cuja longa introduccão ao seu projecto de codigo civil, um *porém* sem precedente na historia do nosso idioma remata aquelle escripto, antecedendo ao ultimo ponto final e á assignatura do auctor." <sup>2</sup>

Deve ter razão o illustre censor. Mas observo, em minha defeza, que essa adversativa tem a particularidade de ser frequentemente usada como pospositiva, construindo-se figuradamente as phrases em que ella entra. Se nos classicos não se deparam exemplos que me apadrihem, nem por isso me sinto mais acabrunhado. Aprendi com ARISTOTELES que se deve procurar não o que é antigo, mas o que é bom, e tenho serios motivos para suspeitar que no seculo vinte, o cabedal de conhecimentos da humanidade seja maior e mais solido do que foi ao tempo dos quinhentistas.

Exclamações não são razões; portanto, emquanto estas se não revelarem, continuo a pensar que não é tam

<sup>1</sup> *Diario do Congresso*, de 12 de nov. p. 4219 a 4220.

<sup>2</sup> *Replica*, pag. 212, 2ª col. nota *in fine*.

nefando o caso quanto se faz suppôr, e commigo pensa MARIA AMALIA VAZ DE CARVALHO, escriptora muito conceituada, que não trepidou em collocar, como eu, adversativa no fim de um periodo <sup>1</sup>: “Tirem da historia do mundo, em que já tem logar primacial, toda a questão Dreyfus, e o romance de Zola talvez possa interessar-nos. Duvido, PORÉM.” <sup>2</sup>

Passemos ao outro attentado. O *Projecto* primitivo, art. 1.047, falando de um devedor em mora chamou-lhe—

<sup>1</sup> *Jornal do Commercio*, 20 de abril de 1903.

<sup>2</sup> Add. 1905.— Não se dá com o meu temperamento nem com a minha orientação litteraria desperdiçar o tempo a cata de um vocabulo, a ver como em 1500 o empregavam os chronistas, os vates e os predicantes. Mas, ao acaso das leituras, como ao sabio censor pareceu o caso singular e extranho, fui sublinhando alguns empregos de pospositivas identicas ou semelhantes, para não deixar desacompanhada a distincta escriptora invocada no texto.

Eis aqui algumas amostras que não me deixam ficar sem *precedentes* ou me apontam subsequentes:

Fale em primeiro logar o poeta BERNARDIM RIBEIRO :

E vi tudo escuridão ;  
 Cerrei meus olhos então  
 E nunca mais os abri ;  
 Que depois que os perdi  
 Nunca vi tam grande bem ;  
 Porem ainda mal, porem ! . . .

São estes os ultimos versos do romance *A Visão* do conhecido e apreciado poeta que teve a ventura de viver no seculo XVI (Ver *Parnaso lusitano*, tomo III, p. 154).

EÇA DE QUEIROZ nas *Cartas de Inglaterra*, traduzindo o *Times*, escreveu estas palavras: «ainda que a natureza não dispense bem todo o trabalho do homem . . . não o repelle TODAVIA. E por essa adversativa termina o periodo. Creio que as duas adversativas, a de EÇA e a minha, para o poncto questionado, se equivalem. (Ver a pag. 216 da ed. de 1903, pela casa Chardron).

CARNEIRO VILELLA conclue o cap. XIX de seu romance, *Os filhos do governador*, pelo modo seguinte: — “Não tinha fome, PORÉM. (*Jornal pequeno*, de 10 de março de 1905, primeira pag., 4<sup>a</sup> col).

*obrigado moroso*. Deante dessa desastrada junção de palavras, accende-se o zelo rhetorico do eminente senador, expandindo-se em phrases mais ardorosas. “Expressão original e ridicula, no estylo juridico e legislativo,” objurga escandalizado o *Parecer*. Neste *Projecto* mesmo sempre se usou *devedor* e não *obrigado*.

Mas *obrigado moroso*, isso então é de um exotico inaudito. O mesmo projecto, no art. 960, diz *devedor em mora*. Onde foi pois buscar a esdruxula variante? ”<sup>1</sup>

Mais irritada ainda a *Replica* exclama: “*Obrigado moroso!* Houve tal locução jamais em lingua ou imitação da lingua portugueza? Conceber-se-á, em nosso idioma, associação de palavras mais informe, desastrada e esdruxula? *São dois adjectivos, a um dos quaes se força a expressão propria e se phantasia o papel de substantivo*, para os juntar num composto, que o uso desconhece, que a orelha repelle, que a phraseologia juridica nunca ouviu e que fica no texto a provocar *extranheza, o riso, a mofa*. *Obrigado moroso!* Extráiam do periodo, que o moldura, este não sei como lhe chame, e experimentem se apparece ali quem lhe deslinde a garabulha. Reponham-lh’o, e verão se clareia ou melhora da excentricidade, com a luz ou o dissimulo do phraseado circumstante. Tachando-o de *original e ridiculo* disse eu o menos que de tal deformidade logica e vernacula poderia dizer.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Parecer*, pag. 144.

<sup>2</sup> *Replica*, n. 19, pag. 15. 1.<sup>a</sup> col.

A tirada é longa, mas transcrevendo-a por inteiro ao mesmo tempo me penitencio e offereço a quem não tenha lido a *Replica* uma amostra da urbanidade com que discute o preclaro senador.

Mas, despida a reprimenda das declamações que afinal nada significam, o que resta? De todo esse phrasedo estonteante qual será a *substantifique moelle*, para falar com RABELAIS? Simplesmente isto: a) força-se um adjectivo a exercer o papel de substantivo; b) a palavra —*obrigado* não póde ser usada como equivalente de *devedor*.

Releiam os dois trechos acima copiados e não encontrarão mais. E será mesmo contrario á indole da lingua portugueza substantivar adjectivos? Ninguem o dirá, penso eu. Ponhamos de lado esta increpação que se desfaz, mal a encaramos de perto, e vejamos si a outra tem melhor fundamento. Não poderemos substituir a palavra *devedor* pela palavra *obrigado*?

Do codigo civil portuguez, que se ostenta, aos olhos do douto senador, como o «padrão supremo» da lingua-gem pura e da fórma juridica,<sup>1</sup> extraio estas passagens:

Art. 717 § 2—Dá-se culpa ou negligencia quando o OBRIGADO pratica actos contrarios á conservação da cousa.

Art. 731 pr.—Sendo varios os OBRIGADOS, a prestar

<sup>1</sup> *Parecer*, p. 6. 2ª col.

a mesma cousa, responderá cada um delles proporcionalmente, excepto etc. <sup>1</sup>

Será contra o adjectivo *moroso* que se insurge o bom gosto? Não é possível, pois a expressão *devedor moroso* está nos dictionarios e em qualquer livro de direito que se occupe de obrigações.

O epitheto depreciativo e, em particular, o qualificativo *ridiculo* vêm muito facilmente ao bico da penna do meu illustre contradictor; mas, ainda que tenha sido grande o esforço empregado para mostrar que foi justa a sua applicação nesta hypothese, ninguem de bôa fé poderá dar-se por convencido.

Estas maravilhas não valem um decimo do tempo que lhe temos perdulariamente sacrificado. Isto deve estar na consciencia de todos.

Diz o nobre senador que eu antes delle andei a fazer correcções grammaticaes, e entre essas minhas correcções destaca-se a suppressão de um *h*. Por tres ou quatro vezes é memorado o facto: Primeiramente no discurso de 11 de novembro do anno passado: «Uma emenda do sr. Clovis Bevilaqua mandou tirar o *h* da palavra *theor*, no art. 873». <sup>2</sup> Depois, na *Replica*: «Concebe-se que numa revisão de provas se expunja um *h* superfluo. Mas dar a essa bagatela orthographica as honras de emenda so-

<sup>1</sup> *Add.* 1905: *Obrigado*, no sentido de *devedor*, encontra-se em LUCIO DE MENDONÇA, *Paginas jurídicas*, pag. 46; assim como em escriptores outros, quer escrevam em portuguez, quer em idioma diverso.

<sup>2</sup> *Diário do Congresso*, de 12 de novembro de 1901, pag. 4220.

lemne, -é o que só explicaria a superstição absoluta da lingua etc.» <sup>1</sup> E finalmente no discurso de 14 de outubro deste anno: «Para caracterisar com um só exemplo este facto, bastará recordar uma das emendas alli apresentadas pelo illustre jurisconsulto, o sr. Clovis Bevilaqua, mandando supprimir um *h* á palavra *theor.*» <sup>2</sup>

Esta insistencia tem por fim demonstrar que eu tambem andei a fazer emendas de grammatica, descendo a impertinentes minucias de orthographia, e que portanto, não tenho o direito de increpar alguém de desperdiçar tempo com semelhantes nugas. «O que eu me propuz fazer, pondera o emerito senador, é mesmíssimamente o mesmo que com esse projecto, antes de mim fizera o dr. Bevilaqua.» <sup>3</sup>

Ha, entretanto, duas circumstancias que transformam essa identidade em manifesta diversidade. Em *primeiro logar*, quando lembrei aquellas poucas emendas de linguagem, a elaboração do projecto entrara na *phasê da redacção* que ultimava o trabalho da commissão da Camara. Chegáramos justamente ao fim. Para a commissão da camara estava definitivamente assentada a fórma dos preceitos codificados.

Em *segundo logar*, eu não dei a essas emendas a fórma solemne de verdadeiras emendas, como suppõe o illustre senador; não as gritei bem alto para que todos ouvissem, não as emoldurei em adjectivos coruscantes ou ferinos, á

<sup>1</sup> *Replika*, n. 28, pag. 20, 1<sup>a</sup> col.

<sup>2</sup> *Diário do Congresso*, de 15 de outubro de 1902, pag. 2458.

<sup>3</sup> *Replika*, n. 28, pag. 19, 2<sup>a</sup> col.

modo do *Parecer*. No meu pensamento, deviam ser vistas apenas pelos dignos membros da commissão, tanto assim que constam de meros apontamentos, sem commentarios nem outras formalidades que as acompanhariam, naturalmente, si eu tivesse pensado na publicidade que lhes deu depois o escrupulo dos benemeritos deputados a quem as apresentei.

O que ha de extranhavel, de irritante mesmo, nas emendas do senador RUY BARBOSA, é sobretudo o commentario onde esfuziam chufas, estridulam chanças e mal se esconde o menospreço pelo trabalho alheio. E o que pretendemos com as nossas defezas foi mostrar que houve muita injustiça nas accusações do *Parecer*, injustiça que foi a *alma parens* dos erros em que por sua vez caiu o illustre senador.

O *Projecto* continha defeitos, mas o senador RUY BARBOSA exaggerou-os sobre posse. Exaggerando-os, avolumando-os, realçando-os, inflando-os para que se tornassem mais visiveis, fez em torno desse producto legislativo um nevoeiro denso que nos tira a visão exacta das cousas. E s. exc. não escapou á acção perniciosa dessa caligem. Foi vitima de seu methodo, desviou-se da estrada segura, resvalou em alguns equivocos.

Não me interessaram, porém, esses equivocos sinão pelo que reflectiam ou podiam reflectir no contexto do *Projecto* ou na interpretação das doutrinas de que o *Projecto* se fizera expressão. Deixei por isso de me occupar de uma inadvertencia curiosa que se encontra no commentario ao art. 802. Diz ahi o *Parecer* :

«Presentemente, entre nós, á vista do estatuido no dec. de 13 de dezembro de 1854, *não são permittidas as sociedades em commandita por acção*. Mas o contrario dispõem, em geral, as legislações mais adeantadas (VIDARI, *Corro I*, n. 456, e II, n. 765). Não seria impossivel que o nosso codigo commercial viesse formar-se nesse mesmo sentido. <sup>1</sup>

A *Replica* em um certo momento accusa-me de ni-miamente *esquecediço*. <sup>2</sup> Infelizmente é pouco tenaz a minha retentiva e assim, em geral, tem razão a *Replica*. No caso que provocou a observação, porém, não havia falha de memoria. Mas, pelos modos, até os grandes engenhos dotados de memoria excepcionalmente feliz estão sujeitos a esses phenomenos de intercadencia da capacidade registradora das operações mentaes. O exemplo que nos offerece o *Parecer* auctoris-a-me a pensar assim.

As leis que vieram traduzir em realidade a aspiração do *Parecer*, quanto ás sociedades em commandita, são dessas que se tornam geralmente conhecidas pela frequencia da applicação dos seus dispositivos. A primeira data de 1882 (lei n. 3.150 de 4 de novembro, art. 35). A segunda é o dec. n. 164 de 17 de janeiro de 1890 que passou pelas mãos do ministro da fazenda do *governo provisorio*. <sup>3</sup> Ambas declaram no art. 35 que é permittido ás sociedades em commandita dividir em acções o capital

<sup>1</sup> *Parecer*, p. 110, 1<sup>a</sup> col.

<sup>2</sup> *Replica*, n. 26, p. 19, 2<sup>a</sup> col.

<sup>3</sup> O Dr. Ruy Barbosa.

com que entram os socios commanditarios. O dec. n. 434 de 4 de julho de 1891, art. 215, repete o mesmo principio.

Estes decretos não abrogaram o de 1854? Porque desenterrar das collecções de leis esse acto legislativo que pertence sómente á historia e não á actualidade do direito brasileiro?

Recife, 10 de Novembro de 1903.

---

## DIREITO AUCTORAL

A taxinomia do direito auctoral fornecerá, ainda por muito tempo, assumpto ás eruditas controversias dos juristas e dos homens de lettras.

É um simples privilegio, não um verdadeiro direito, affirmam uns ; é uma propriedade com todos os caracteristicos do dominio sobre as cousas corporaes, doutrinam outros ; é um direito *sui generis*, observam ainda outros.

Estes ultimos não estão, porém, de accôrdo entre si, porque um certo grupo entende que esse direito de caracter especial é um aspecto dos *jura personarum*, a ser destacado na parte geral dos codigos civis, como fez BLUNTSCHLI ; e outro grupo opina que esse direito especial, emquanto não se desprende do complexo das normas comuns do direito civil para constituir um todo a parte, tem seu logar proprio no direito das cousas por ser um aspecto da propriedade, a propriedade intellectual.

O projecto do codigo civil brasileiro inclinou-se por este ultimo parecer, suppondo assim traduzir, de um modo mais fiel, a expressão ultima do pensamento juridico.

Esta solução, porém, encontrou em MEDEIROS E ALBUQUERQUE um contradictor vigoroso e eloquente, cuja dialectica mais poderosa se torna pelo reforço de uma erudição tam brilhante quanto variada. <sup>1</sup>

O trabalho critico de MEDEIROS E ALBUQUERQUE re-commenda-se por dois titulos preciosos. Sendo um litterato, um dos membros mais conspicuos da Academia de Lettras, discute idéas, sem se emmaranhar na farelagem desse grammaticalismo pretencioso que tem sido a preocupação quasi exclusiva dos juristas que vieram á imprensa falar do actual projecto de codigo civil.

Além disso, MEDEIROS offerece-nos dois argumentos novos em um assumpto já tam explorado e discutido; e, si a primeira circumstancia denota elevação de espirito, a segunda revela uma intelligencia vivaz e penetrante.

Será, por isso, trabalho grato para mim balancear as razões que elle apresenta, convidando-me a reflectir ainda sobre qual deve ser o verdadeiro conceito juridico do direito auctoral.

Começarei pelos argumentos novos, rendendo assim a devida homenagem a quem os concebeu.

Consiste o primeiro em affirmar, de accôrdo com RIBOT, PAULHAN E CARMACK, que não ha «entre as operações psychologica» que levam a escrever um romance e as que fazem um inventor scientifico ou industrial a minima differença.

---

<sup>1</sup> Veja-se "O Paiz" de 26 de maio de 1901.

São as mesmas faculdades que entram em acção.» Ora, sendo identicas as operações intellectuaes do sabio, do inventor industrial e do romancista, como dar a este ultimo uma garantia perpetua, ao outro um privilegio temporario e ao primeiro conceder simplesmente a recompensa platonica da gloria?

Haveria alguns reparos a fazer sobre a antithese que o argumento parece presuppôr entre sciencia e litteratura de ficção, sob o poncto de vista da garantia legal, e sobre a existencia, no dominio da poesia e do romance, de pequenas invenções, para as quaes ninguem requer privilegio, e que se espalham rapidamente pelas imitações, dando nascimento ás escholas litterarias.

Mas estas considerações virão a seu tempo, e eu quero agora considerar sómente o argumento psychologico em si.

Penso como HERMANN POST<sup>1</sup> que a vida juridica da humanidade offerece dois aspectos, o psychologico e o sociologico, porque o direito, que apparece como norma social, se reflecte na consciencia do individuo, tornando-se estimulo da sua actividade, força directora de sua conducta e elemento constitutivo desse aggregado de idéas e sentimentos que se denomina o *eu*.

A sciencia geral do direito deve ter, portanto, dois problemas que resolver: o psychologico e o sociologico. Opinando assim, não posso julgar descabido o appello á psychologia para a solução de um dissidio juridico.

<sup>1</sup> *Allgemeine Rechtswissenschaft*, Oldenburg und Leipzig, 1891, Einleitung.

Mas, na hypothese que nos occupa, parece-me que a informação da psychologia não nos dá elementos para uma decisão segura.

A imaginação creadora é psychologicamente identica no sabio, no artista e no industrial. Assim como CARMACK pode chamar instrumentos intellectuaes aos sistemas scientificos, outros, antes d'elle, viram nos grandes sistemas philosophicos, no atomismo de DEMOCRITO, no criticismo de KANT, no positivismo de COMTE, no evolucionismo de Spencer, no associacionismo de HUME, HAMILTON, MILL e BAIN, apenas sublimes ficções, esplendidos poemas, de uma belleza mais forte do que a *Iliada* ou a *Eneida*.

Mas essa identidade psychologica absolutamente não nos auctorisa a concluirmos pela identidade social e juridica.

Psychologicamente, a propriedade funda-se no instincto de conservação, e, entretanto, apezar dessa identidade fundamental, tem ella, através dos tempos, apresentado feições inteiramente dissimiles; foi collectiva, foi temporaria, tornou-se individual, exclusiva e perpetua.

O casamento é a regulamentação social do instincto da reproducção e, no emtanto, quantas fórmias tem elle apresentado desde os tempos primitivos até hoje, e quantas ainda não apresenta em nossos dias ?

Identidade psychica, portanto, não implica identidade juridica.

As luzes que a psychologia póde trazer para a interpretação dos phenomenos juridicos são de outro genero e devem actuar de outro modo.

Para o esclarecimento das origens desses phenomenos, para a determinação das acções e reacções que elles produzem na consciencia individual, para o conhecimento da oportunidade e do alcance de uma lei, para dar ao direito o valor educacional que deve ter, para apreciar-o como idéa e como sentimento, para o exame da theoria das declarações da vontade, no direito civil, e da responsabilidade no direito penal, a psychologia experimental será uma base poderosa, indispensavel mesmo para o direito scientificamente considerado.

Mas para determinar as classificações do direito na sua fórma puramente social, o voto da psychologia não póde ter valor decisivo.

Não é porque os juristas andem mettidos numa especie de nominalismo que assim acontece, mas porque na analyse, coordenação e classificação dos phenomenos que constituem o seu objecto, toda sciencia ha de ter a autonomia compatível com a generalidade das leis da logica e com a interdependencia que nas sciencias reflecte a unidade do kosmos.

O segundo argumento original de MEDEIROS E ALBUQUERQUE consiste na observação de que «quanto mais uma cousa é util ao bem geral, menos se comprehende que esteja monopolizada.

Por isso as verdades scientificas, cuja importancia

ninguem póde medir, já não parecem susceptíveis de apropriação.»

Esta proposição confirma uma suspeita que já anteriormente se deixára entrever.

O illustre litterato que a emette, revela tendencias collectivistas ; das suas phrases ressaltam intuitos socialistas. E esta observação faz-me descrever da possibilidade de chegarmos a um accôrdo, porque nos falta, segundo a sua propria phrase, «um termo commum de confronto» achando eu que a phase actual do direito civil deve ser de conciliação e equilibrio entre o elemento individual e o social, conciliação e equilibrio que permittam, ao individuo, a expansão completa de todas as suas faculdades, e mantenham, para a sociedade, a firmeza de uma organisação integral e susceptivel de progresso indefinido.

Nem a desorganisação do individualismo indisciplinado, nem o anniquilamento dos estímulos individuaes pelo socialismo absorvente.

Como, porém, é meu fito antes medir a acção convincente, sopesar o poder persuasivo das razões de MEDEIROS E ALBUQUERQUE, do que tentar convertel-o ao meu modo de pensar, supponho que não existe essa divergencia de principio entre nós, e apreciarei o argumento pelo que vale intrinsecamente.

Não me parece verdadeira a proposição que affirma que quanto mais uma coisa é util ao bem geral, menos se comprehenda que se conserve sob o poder exclusivo do individuo.

A luz solar e o ar atmospherico são extremamente uteis, constituem condições necessarias á vida; mas não é por serem uteis a todos os seres humanos que escapam ao poder juridico dos individuos.

A luz e o ar atmospherico são inappropriaveis, porque, existindo em quantidade illimitada, sendo de uso inexaurivel, fogem, por essas mesmas circumstancias, á apprehensão e ao dominio exclusivo dos individuos.

Mas, si um chimico destacar uma porção de ar atmospherico para suas experiencias, firmará sobre ella um direito que deve ser respeitado.

O que será mais util ao bem geral: uma descoberta scientifica ou o cultivo dos campos?

Penso que este ultimo, até porque, sem elle, seria impossivel a existencia da sciencia.

Entretanto foi do desenvolvimento da agricultura que surgiu a propriedade das terras.

Para distinguir as cousas em publicas e particulares, o direito consulta os interesses individuaes e collectivos.

Si o aproveitamento de certa categoria de bens por meio da propriedade individual é prejudicial á coexistencia do homem em sociedade, declara o direito publicos esses bens; si não, conserva-os sob o poder exclusivo do individuo, porque assim melhormente proverá aos interesses da collectividade.

Creio que esse e não outro é o criterio que nos deve guiar, quando pretendermos fazer a discriminação dos

bens em publicos e particulares. Além disso, o argumento faz suppôr que o objecto do direito auctoral é a idéa, quando assim não é.

O verdadeiro objecto do direito auctoral é a fórma particular que cada auctor dá ou empresta á idéa.

Esta entra para o patrimonio commum da humanidade, aquella permanece no circulo traçado pela personalidade juridica do auctor.

Exemplificarei. AUGUSTO COMTE concebe uma interpretação dos phenomenos da natureza a que dá o nome de philosophia positiva, na qual são ponctos salientes a lei dos tres estados, a classificação hierarchica das sciencias, a criação da sociologia e a synthese subjectiva. Apoderando-se dessas idéas, LITTRÉ escreve as *Palavras de philosophia positiva*; BLIGNIÈRES, a *Exposição abreviada e popular da philosophia positiva*; HARRIET MARTINEAU, a sua *Condensação*, e, depois, outros e mais outros resumem, diffundem, modificam o pensamento do grande philosopho francez.

Teriam offendido o seu direito auctoral, aquelles que assim agindo não se premuniram com a necessaria auctorisação ?

Evidentemente não.

O interesse do philosopho era justamente que as suas idéas se espalhassem, fossem conhecidas e combatidas mesmo, convencido de que o futuro lhe daria razão.

Sem esse trabalho de diffusão, as escholas philosophicas e litterarias seriam impossiveis, e, o que é mais

importante, as idéas não adquiririam, pela expansão, o poder de impulsar a humanidade na via do progresso.

Mas, si um escriptor menos probo copiasse um dos livros de AUGUSTO COMTE e o publicasse como seu, teria o philosopho o direito indiscutivel de reclamar contra o esbulho.

Si, deixando o dominio scientifico, dirigissemos a nossa attenção para o campo litterario, não veriamos cousa diversa.

EMILIO ZOLA, depois de STENDHAL e BALZAC, fundou a eschola naturalista, que logo encontrou fervorosos sectarios na França, na Allemanha, em Portugal, no Brazil, por toda a parte, desenvolveu-se, refulgiu, empolgou as consciencias e, afinal, definhando, cedeu o logar a outras escholas.

Seria uma arrematada extravagancia, si o festejado romancista francez viesse disputar prerogativas juridicas com os que lhe applicaram o methodo, sob o fundamento de que estes não lhe respeitaram os direitos de auctor. Ha, sem duvida, nos seus processos, uma originalidade, uma invenção de ordem litteraria, mas essa não offerece base a um direito, nem mesmo a um privilegio.

Vejamos casos ainda mais curiosos. ALEXANDRE DUMAS FILHO escreveu a *Dama das Camélias*; e LEÃO TOLSTOI, a *Sonata de Kreuzer*.

Retomando o mesmo assumpto, não em sua generalidade, mas em seus matizes particulares, dois distinctissimos escriptores brasileiros, JOSÉ DE ALENCAR e ALUI-

ZIO DE AZEVEDO fizeram dous livros primorosos :— *Luciola* e *O livro de uma sogra*.

Houve, no procedimento dos litteratos brasileiros, desrespeito ao direito dos seus confrades estrangeiros ?

Absolutamente não.

Procederam elles como o philosopho que, não considerando sufficientemente explanada a idéa de um seu predecessor, tentasse expol-a a nova luz, para dar-lhe fórma mais adequada ou para extrahir della consequencias que não tinham sido lobrigadas.

Portanto, não houve em sua conducta deslize algum das normas da mais rigida probidade litteraria.

Estes exemplos mostram que não é a idéa que constitue o objecto do direito auctoral, mas a fórma que ella reveste. A idéa é inapropriavel, por sua natureza.

Desde que cria azas e se evola de um cerebro, é absorvida por todos os que della têm conhecimento, indo provocar o surto de outras idéas em outros cerebros.

Ninguem dirá que, na producção das idéas, a contribuição da sociedade seja pequena. É grande, é immensa.

Não existem Newtons entre os tupinambás, nem Homeros entre os dakotas. Mas o pensador que se apropria das riquezas intellectuaes que encontra em seu tempo e transmite á humanidade um accrescimo de idéas, não prejudicará o desenvolvimento mental humano, por pedir ao direito protecção para o livro em que esse accrescimo de idéas se acha compendiado, nem essa

protecção será obstaculo á diffusão das acquisições intellectuaes que esse pensador poz em circulação.

Si, pela razão de ter a sociedade contribuido poderosamente para a producção da obra d'arte, de litteratura ou de sciencia, devesse ella ser-lhe entregue, concedendo-se ao litterato ou ao sabio, apenas um privilegio temporario em recompensa de seu esforço individual, deveriamos tambem retirar dos individuos o direito de propriedade sobre os objectos materiaes.

Realmente, sem a sociedade com a sua divisão de officios, que torna possiveis o desbravamento do solo, o aproveitamento dos terrenos, segundo as suas qualidades, e a troca de serviços e de mercadoria, o trabalho de cada individuo, se fosse possivel, não produziria mais do que o indispensavel á sua miseravel subsistencia, e nem havia que falar em propriedade, porque esta não existiria; si não existisse a sociedade, com os seus apparatus de protecção e garantia, o fructo colhido, ou a caça apanhada na floresta, estaria mal segura nas mãos do primeiro occupante, que não encontraria, da parte de seus famelicos companheiros, o necessario respeito para poder gozar em descanso do resultado de seus esforços.

Portanto seria tambem dar á sociedade a sua parte na producção das riquezas, entregar-lh'as para que as distribuisse paternalmente entre os associados.

Mas, desde que assim se fizesse, desapareceria o estimulo para o trabalho, e a sociedade empobrecida, desalentada, veria desmoronar-se, aos poucos, a construcção

gigantesca da civilização que ella tem levantado desde que se achou sobre o mundo.

A conclusão que resulta destas considerações é que a socialização da chamada propriedade intellectual seria tam funesta ao desenvolvimento mental da humanidade, quanto a socialização da propriedade sobre as cousas corporeas seria prejudicial ao desenvolvimento da riqueza material.

Aqui termino o que me pareceu necessario oppôr aos principaes argumentos de MEDEIROS E ALBUQUERQUE.

Entretanto, não devo depôr a penna antes de externar algumas outras considerações que o seu escripto suggere.

Acredita o sympathico escriptor brasileiro que a evolução do direito auctoral passou de propriedade a privilegio, e de privilegio passará a dominio publico.

As provas que dá em apoio desta asserção, não lograram convencer-me.

Outr'ora a sciencia andava envolvida em mysterios que lhe augmentavam o prestigio perante o vulgo ignaro, e principalmente lhe garantiam a existencia.

Hoje é a luz meridiana que a seduz.

Como a calhandra, como a aguia, o sabio remonta ás maiores alturas, em busca das regiões mais illuminadas, para que as suas descobertas se ponham em relevo e sejam vistas, apreciadas e utilizadas por todos.

É verdade. Mas o que não me parece exacto é dizer que no tempo dos mysterios houvesse a propriedade, que

hoje não existe, dos conhecimentos scientificos. Esses conhecimentos não tinham valor economico, não podiam ser vendidos nem trocados por outras utilidades, não serviam nas mãos de seus depositarios sinão para dar satisfação á sua sensibilidade intellectual, para cercal-os de uma aureola de veneração dos contemporaneos e para que exercessem a funcção social que eram chamados a desempenhar.

O que a historia nos diz é que a antiguidade e a idade média desconheceram, ou conheceram muito mal, o direito que as leis modernas conferem aos auctores de obras scientificas, litterarias e artisticas.

Sómente depois da descoberta da gravura e da imprensa, tornando-se possivel multiplicar com facilidade e espalhar profusamente os escriptos e as obras de arte, é que se viu que havia ahi uma fonte de riquezas a explorar. <sup>1</sup>

A principio concederam-se *privilegios*, mas não eram os auctores que delles gozavam e sim os editores que, por esse modo, se viram em condições de poderem publicar não só as obras dos contemporaneos, como, principalmente, as da antiguidade classica. Depois esse privilegio passou a ser concedido aos proprios auctores. É um dos primeiros casos da manifestação desta nova ordem de idéas, o privilegio concedido, na Inglaterra, a REGINALD WOLF sobre os productos de seu engenho.

---

<sup>1</sup> Vejam-se LEON-CAEN ET PAUL DELALAIN, *La propriété litt. et artistique*, introduction; RÉNOUARD, *Traité des droits d'auteur*; TOBIAS BARRETO, *Estudos allemães*; e as minhas *Licções de Legislação comparada* 2.<sup>a</sup> edição.

Do seculo XVII em deante, o direito dos auctores começou a ser affirmado de um modo directo. Assim é que, em 1623, uma ordenança de Nuremberg reprime a contrafacção independente de concessão de privilegio, e, em 1761, o conselho do rei de França declara que as obras de LAFONTAINE pertencem ás suas netas, *por direito de herança*.

Actualmente todas as legislações dos povos cultos reconheceram o direito dos auctores, não mais simplesmente como outr'ora aos escriptores e aos pintores, mas a todas as outras categorias de artistas.

De que genero será esse direito ?

Continuará a ser o simples privilegio ? Não, respondendo convictamente. Quem acompanhar os trabalhos preparatorios das leis relativas ao direito auctoral, nos diversos paizes e, especialmente, na Belgica, no Luxemburgo e na Allemanha, verificará que a questão da determinação da natureza do direito auctoral tem preocupado os jurisconsultos de um modo muito particular. O actual *Projecto* brasileiro, reconhecendo as difficuldades theoricas do assumpto, acceitou, por lhe parecer a mais pratica, a theoria que considera o direito auctoral uma propriedade de character especial, e, nesta decisão, conta com o apoio, não só de juristas de alta competencia, como JHERING e STOBBE, como de legisladores em quem devemos crer que existam o criterio e a circumspecção exigidos pela importancia da funcção social que exercem. A MEDEIROS E ALBUQUERQUE, parece que esta classificacão é um subterfugio. Mas não é. No direito auctoral, a analyse juridica reconhece dois elemen-

tos precipuos: um de natureza economicã que se aproxima da propriedade; e outro de natureza pessoal, segundo uns, ou moral, segundo outros. O legislador vê nas produções do espirito alguma cousa mais do que simples utilidades economicas; e reconhece, em seus creadores, prerogativas que, em si, nada têm de pecuniaras. <sup>1</sup> É esta parte pessoal ou moral do direito do auctor, que attribue ao productor intellectual a faculdade de conservar em segredo a sua criação, apesar do interesse em contrario dos seus credores; de fiscalisar a sua publicação e de exigir que ella se não faça de modo prejudicial á sua reputação de sabio, de artista ou mesmo de cavalheiro; e, finalmente, de impedir que o cessionario de seu direito altere ou modifique a sua producção. Estas particularidades não se encontram na propriedade commum, portanto não fazemos sinão reproduzir a realidade dos factos, asseverando que a chamada propriedade intellectual é uma propriedade *sui generis*. Ainda não tem razão MEDEIROS E ALBUQUERQUE quando suppõe que SPENCER decide esta questão obcecado por seu interesse immediato de inglez pratico e fazedor de livros.

Uma tal excepção declinatoria afastaria da posição de juiz justamente aquelles que devem ser os mais capazes de tomar uma decisão consciente.

E nós devemos sempre acreditar que homens da elevação moral, da responsabilidade philosophica e da respeitabilidade civica de um SPENCER, não se deixam ar-

---

<sup>1</sup> CHAVEGRIN, em CLUNET, 1901, pag. 53; SPENCER, *Justice*, pag. 53.

rastar por interesses mesquinhos, quando vêm communicar aos seus leitores os resultados de suas lucubrações.

É, pois, o philosopho e não o fabricante de livros quem fala pelo modo seguinte :

«Um producto do trabalho mental é mais plenamente uma propriedade do que um producto do trabalho corporeo, porque o trabalhador foi o unico factor da riqueza. *Porque então, neste caso, a duração da posse haveria de ser menor do que nos outros ?* » É o doutrinador e não o industrial que ensina que a propriedade do inventor deve ter uma limitação de tempo empiricamente determinada, limitação que não lhe parece razoavel quando se tracta da propriedade immaterial das obras de arte, litteratura ou sciencia.

É justo que os homens de letras e os artistas luctem para que sejam reconhecidos pela lei civil os seus legitimos interesses, mas nem a expressão desses interesses necessitaria, para ser realisada, de pôr na sombra outros interesses egualmente legitimos, nem é crível que os parlamentos modernos, onde entram representantes de todas as classes, pudessem prestar ouvido a essas pretensões dos intellectuaes, si tam desarrazoadas fossem.

---

## RESPOSTA AO INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRAZILEIROS

---

### I

A leitura da acta da 5.<sup>a</sup> reunião realisada pela commissão a que o Instituto dos Advogados confiou o estudo do *Projecto de codigo civil brasileiro*, <sup>1</sup> suggeriu-me algumas ponderações, para as quaes não me parece descabido solicitar a attenção dos competentes.

Os assumptos resolvidos nessa importante sessão figuram entre os mais relevantes para a elaboração de um codigo civil. Taes são :

a) supprimir-se o titulo preliminar do projecto, que tracta da publicação, interpretação e applicação da lei, regulando especialmente a solução dos conflictos entre as leis nacionaes e as estrangeiras ;

b) a substituição da inscripção do terceiro livro da parte geral ;

---

<sup>1</sup> Veja-se o *Jornal do Commercio* de 4 de julho de 1901, pag. 3, col. 4.

c) a deslocação da prescrição, que a comissão do Instituto dos Advogados acha mal situada na parte geral.

Dizer sobre essas matérias quanto a sua importância doutrinária exige, reclamaria, talvez, um farto volume, tamanha é a cópia de exemplos que poderiam ser invocados, e de opiniões divergentes que poderiam ser trazidas á baila. Quero, porém, circumscrever-me ao essencial, porque os debates muito longos seriam improficuos neste momento.

Em relação ao córte, á mutilação do *Projecto* pelo desaparecimento de seu titulo preliminar, creio que pouco devo dizer, pois, ao que me parece, até os indoutos reconhecerão, sem grande esforço mental, os inconvenientes da supressão proposta, contra a qual se levanta ainda a objecção formidavel da tradição, quer geral, quer local, pois todos os codigos civis consagram disposições semelhantes ás que se encontram no titulo preliminar do *Projecto* em discussão, e os projectos anteriores seguiram na esteira desses codigos.

Ninguem ignora que as providencias relativas á publicação e effeito das leis são de direito publico, mas por isso mesmo se apresentam nesse titulo preliminar ou lei de introducção, que não é parte integrante do codigo civil.

Toda a questão é saber si ha ou não utilidade em firmar os principios ahí contidos, e penso que será difficil desconhecer, já não digo a utilidade, porém a necessidade de quasi todos.

Quanto aos preceitos do direito internacional privado, seria lamentavel incuria do legislador brasileiro

se os desprezasse, e peccaria contra as regras da bôa classificação, si os fosse semeando ao longo do codigo, segundo se fosse apresentando a oportunidade. Com tal systema, não sómente confundiríamos disciplinas diferentes, como são o direito civil e o direito internacional privado, o direito que regula as relações de ordem privada dentro das fronteiras de um povo, com o direito que regula essa mesma categoria de relações; mas tambem, depois de termos appensado a cada instituto a sua facêta internacional, não saberíamos onde incrustar algumas disposições que não poderiam ser desprezadas, nem se acostariam logicamente a qualquer dos institutos de direito civil.

A norma geral que afasta a lei estrangeira, sempre que ella offender a soberania nacional, a ordem publica ou os bons costumes, ao lado de que disposição do direito civil se havia de pôr? A outra regra que manda applicar a lei nacional para regular o estado e a capacidade do individuo, onde é que se acantaria? E a que manda substituir a lei nacional pelo estatuto local, quando o individuo não pôde provar a sua nacionalidade?

Além de defeituoso, sob o puncto de vista da harmonia conceitual, seria impraticavel, em um codigo, o systema a que alludo. Não poderíamos, portanto, razoavelmente, fugir á necessidade de attendermos ao direito internacional privado em uma lei de introducção ou titulo preliminar ao codigo civil.

Quanto á denominação do terceiro livro da parte

geral do *Projecto*, direi francamente que a verdadeira orientação foi com seguro criterio, lucidez e notavel concisão assignalada pelo DR. SOLIDONIO LEITE. E é tal a energia de irradiação que a verdade possui, que a vemos rebrilhar atravéz da espessa camada de erudição e de raciocinios sobre ella arremessada pelo illustre presidente da commissão e do *Instituto*, cujo prestigio, conquistado pelo talento e pelo estudo, muito influin certamente para o resultado de que a acta agora publicada nos dá noticia.

Não me era licito, por mais avesso que seja ás discussões, deixar em silencio as razões que tive para organizar o *Projecto* pelo modo que o fiz, na parte que mereceu a reprovação dos meus doutos collegas do Instituto da Ordem dos Advogados.

Nas relações de direito, a analyse distingue tres elementos : o *sujeito* em favor do qual o direito existe; o *objecto* sobre o qual o direito recae; e o *vinculo* que submete o objecto ao poder do sujeito. A relação de direito é, pois, a expressão da situação juridica de uma pessoa em frente a uma cousa. Em sua mais alta generalisação, em sua mais pura simplicidade, são esses elementos componentes de toda relação de direito.

Esta generalisação e simplicidade dão-nos a chave da construcção que TEIXEIRA DE FREITAS emprehen- deu, julgando poder reduzir todo o direito civil a duas grandes secções—direitos **reaes** e direitos **pessoaes**; e toda a parte geral da sua famosa *Consolidação das leis civis* a dous titulos—**pessoas** e **cousas**.

Esta ultima divisão impressionou muito agradavelmente a RAOUL DE LA GRASSERIE, que poz em confronto a *compilação brazileira*, como denomina a *Consolidação*, com o primeiro *Projecto* de código civil allemão, que não havia destinado uma secção da parte geral para as *cousas*.

Para que se dê o contacto entre a pessoa e a cousa e se engendre a relação de direito, faz-se necessaria a intervenção de um elemento extranho, a *causa* que determina a aproximação ou o afastamento entre a **pessoa** e a **cousa**, creando, modificando ou extinguindo a relação de direito. <sup>1</sup>

Essa causa geradora das relações de direito é denominada *facto juridico*, do qual SAVIGNY nos dá a seguinte definição: o acontecimento em virtude do qual as relações de direito *nascem e terminam*. <sup>2</sup> Desses factos, uns são *acontecimentos de ordem physica*, aos quaes a lei attribue effeitos juridicos, como o nascimento e a morte do homem, o decurso do tempo, o desvio do curso de um rio; outros são acções humanas. As acções humanas, que têm influencia sobre a criação e extincção dos direitos, umas vezes produzem effeitos juridicos independentemente da vontade do agente, outras vezes esses effeitos são queridos pelo agente e garantidos pela lei. <sup>3</sup>

<sup>1</sup> A expressão—*causa*—é conforme as fontes romanas. PAULO (D. 50, 17, 159) diz: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.*

<sup>2</sup> *Droit Romain*, § 104. Apezar de ser conhecidissima a definição do sabio juriconsulto allemão, houve quem extranhasse a inscripção do terceiro livro da parte geral do meu *Projecto*:—do nascimento e extincção dos direitos.

<sup>3</sup> ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerliche Gesetzbuch*, I, § 37.

São as acções desta segunda categoria que constituem os *actos jurídicos*, cuja característica está na combinação harmonica da vontade individual como o reconhecimento de sua efficacia por parte do direito positivo.

Entre as acções humanas que produzem efeitos jurídicos, sem que os tivesse querido, determinadamente, o agente, ou sendo indiferente que os tivesse querido, estão, de um lado, *os actos illicitos*, omissivos ou commissivos, e, de outro, certas relações licitas a que se prendem efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente, como sejam a fixação de domicilio, a especificação, etc.

Desta exposição se extrahem duas consequencias :

a) devemos dizer *factos jurídicos* e não, simplesmente factos;

b) os factos jurídicos que restam depois de excluidos os actos licitos e illicitos e o decurso do tempo, não se prestam a uma coordenação systematica;

a) devemos dizer—*factos jurídicos*—e não simplesmente factos, porque sómente os que engendram, modificam ou extinguem relações jurídicas, caem sob a apreciação do direito. Todos os outros acontecimentos, que se desdobram na immensidade do Kosmos, desde a genese dos astros até a cohesão molecular e a associação das idéas e dos sentimentos, se não determinam efeitos jurídicos, passarão por fóra da esphera do direito, e as regras deste nenhuma palavra terão que lhes diga respeito.

Além disso, o facto sómente opéra o nascimento de relações de direito, porque a lei assim o determina. Sem que esta ligasse effeito juridico ao acontecimento

realizado no mundo physico ou no mundo moral, a relação de direito não seria por elle creada.

Quando tractamos, portanto, de factos em direito civil, necessitamos de adjectival-os com o epitheto **juridicos**, para que a expressão tenha o valor preciso e a exacção que são de rigor nas sciencias;

b) os factos juridicos, que restam depois de excluidos os actos humanos e o decurso do tempo, não se prestam a uma coordenação systematica; e não se podendo em sua generalisação ir além da definição e divisão, são naturalmente excluidos dos codigos, onde essas noções puramente theoricas são inteiramente descabidas.

Supponhamos que, contra tudo o que até agora tem sido ensinado pelos mais competentes mestres, possa o *Projecto*, no terceiro livro da parte geral, expôr «a noção dos factos em todas as suas especies, sob todos os seus aspectos e com todas as circumstancias que os acompanham», e digam-me os civilistas o que restaria para a parte especial. Tanto se distenderia esse terceiro livro, que afinal constituiria, elle só, todo o direito civil.

É facil proval-o. Destaquemos um facto juridico. Seja, por exemplo, o nascimento da pessoa. Encaremos este facto juridico, o nascimento, *sob todos os seus aspectos e com todas as circumstancias que o acompanham*, e havemos de examinar:

1º Quando a pessoa se considera nascida, e se antes de nascida, mas já concebida, será portadora de direitos, isto é, repetiremos, em referencia a este facto juridico,

o nascimento, o que anteriormente já deveríamos ter exposto, quando tractamos da pessoa natural.

2º O nascimento, como consequencia de justas nupcias; o nascimento fóra do matrimonio, mas por elle posteriormente legitimado; o nascimento illegitimo, e as consequencias que se prendem a essas diversas circumstancias, isto é, a legitimação, o patrio poder, a obrigação de alimentar, a curadoria do nascituro, o direito hereditario, etc.

3º O nascimento determinando a restricção da liberdade de testar conferida aos paes, reduzindo as liberalidades ou rompendo o testamento.

Depois dessa operação, a que ficaria reduzida a classificação das relações de direito? E a operação não poderia restringir-se ao nascimento, haveria de considerar a morte, a ausencia, os diversos factos que determinam a aquisição da propriedade, as relações obrigaçoes e, enfim, todo o direito civil, pois que todos os direitos têm como elementos geradores os factos juridicos. Teriamos, depois dessa exposição, enrodilhado todos os phenomenos juridicos, destruindo as divisões logicas, e annullado a harmonia de construcção que faz do direito civil um systema, poder-se-ia dizer um organismo.

Por isso, um dos mais profundos romanistas que têm illuminado as lettras juridicas da Allemanha, WINDSCHEID, nos ensina:

*Nem todos os factos juridicos exigem e admittem um modo geral de exposição, como aqui é possivel e licito*

fazer. A um tal modo geral se devem submeter só-  
mente os seguintes factos juridicos:

- 1º, os actos juridicos;
- 2º, os actos illicitos;
- 3º, o decurso do tempo. <sup>1</sup>

Por isso o codigo civil allemão, synthese das cogi-  
tações de mestres eminentes, fructo da mais elevada cul-  
tura juridica, não se occupa, na sua parte geral, senão  
dos *actos juridicos* e do *decurso do tempo*, reservando até  
o acto illicito para a parte especial. E isto não acon-  
teceu porque no preparo dessa admiravel criação legis-  
lativa tivessem intervindo «homens praticos, industriaes  
e commerciantes, extranhos á sciencia do direito.»

Já no *Projecto* primitivo, elaborado por uma com-  
missão de profissionaes escolhidos entre os que a sciencia  
do direito podia offerecer, no imperio allemão, de mais  
notavel, e no seio da qual rutilavam os nomes universal-  
mente conhecidos de PAPE, ROTH e WINDSCHEID, já  
no *Projecto* primitivo, essa era a orientação. De factos  
juridicos que não sejam actos e decurso de tempo não  
se diz palavra.

O nosso inclito jurisperito TEIXEIRA DE FREITAS,  
que pretendeu, segundo se allega, sair desses moldes  
rigorosamente scientificos, não articulou sobre os *factos*  
sinão a sua definição e divisão, como se pôde verificar  
lendo os artigos 431 a 444 de seu *Esboço*, definição e  
divisão que melhor cabem em um livro de doutrina do que

<sup>1</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 68.

em um código, e que talvez o grande jurista eliminasse do seu trabalho, quando lhe tivesse de dar a forma definitiva, pois todos sabem que, no pensamento do auctor, o *Esboço* ainda não era o *Projecto*.

Antes de se occupar dos actos juridicos, dedica TEIXEIRA DE FREITAS alguns paragraphos ao *erro*, ao *dolo* e á *violencia*; mas ninguem ignora que esses vicios da vontade apparecem sómente sob a feição de modificadores de actos humanos, e nem o eximio jurista patrio affirma cousa differente.

Concluo do exposto, que bem acertado andou o *Projecto* actual nesta parte seguindo a licção da sciencia allemã, de que TEIXEIRA DE FREITAS se fizera tambem discipulo, e tendo deante de si, por modelo, o código civil allemão, que aliás não copiou servilmente. Pedir inspirações a um livro não é copial-o, é extrahir delle a experiencia e a doutrina precisas para a solução dos problemas que se têm deante dos olhos.

Examinemos agora a questão da prescripção.

## II

O decurso do tempo, quer sob a fórma de prazo, quer sob a de prescripção, deve ter ingresso na parte geral do Código Civil, porque é um facto juridico que influe sobre o nascimento e extincção de numerosas relações juridicas e pôde ser submettido a certas regras e preceitos geraes.

Nenhuma impugnação soffreu a inclusão dos prazos na parte geral do *Projecto* de Código Civil; mas quanto á prescripção, disse o preclaro DR. BULHÕES CARVALHO, como se fosse um principio assente, uma questão vencida sobre a qual não valesse a pena volver os olhos, que « na sua fôrma acquisitiva faz parte do direito das cousas e na sua fôrma extinctiva faz parte do direito das obrigações. » Parece que sómente se desviaram dessa rotina o Código Civil Allemão e o actual *Projecto* de Código Civil Brasileiro, que o imitou.

Infelizmente, porém, neste, como em muitos outros pontos de doutrina, a jurisprudencia está muito longe de ter alcançado aquella fixidez de principios das sciencias que já completaram, definitivamente, o cyclo de sua evolução.

O logar destinado á prescripção, nos codigos e nos tractados de direito civil, tem variado extremamente. Podemos destacar, a respeito, cinco systemas differentes:

a) O código civil francez, o italiano, o hespanhol, o chileno, o argentino e o boliviano relegaram a materia da prescripção positiva e negativa para o fim de suas disposições, como se fosse o natural remate dellas, a chave de abobada que fechasse a vasta construcção legislativa que ellas representam;

b) Outros codigos, como o portuguez, o uruguayano, o mexicano e o peruano, acompanhados pelo *Projecto* Felicio dos Santos, intercalaram a prescripção propriamente dicta e a usucapião entre os modos de adquirir o dominio;

c) Um terceiro systema expõe a theoria da usucapião como um capitulo do direito das cousas, e a da prescripção como um aspecto do direito das obrigações.

Não sei se algum codigo civil hoje o adopta, mas vejo que as *Consolidações* de TEIXEIRA DE FREITAS e de CARLOS DE CARVALHO, o puzeram em pratica; que o senador GONÇALVES CHAVES o defendeu com grande cópia de saber, no Senado Federal, em 1896, e que alguns civilistas o justificaram;

d) O *Projecto* Coelho Rodrigues e o codigo civil japonéz expõem a prescripção liberatoria e acquisitiva na parte geral;

e) O codigo civil allemão, seguido pelo actual *Projecto* brasileiro, destaca a prescripção da usucapião, desenvolvendo a primeira na parte geral e reservando a segunda para o logar em que têm de se pôr em relevo os modos de adquirir a propriedade. Talvez, porque a nossa educação juridica é principalmente feita em livros francezes, causou certa estranheza este modo de resolver o problema da classificação do instituto juridico, que agora temos em vista. No emtanto, antes de sobre elle nos chamarem a attenção o *Projecto* do codigo civil allemão e, mais tarde, o proprio Codigo, já o assumpto era tractado exactamente por essa fórma em ROTH (*System des Deutsches privates Rechtes*) que discutia a *prescripção* na parte geral (vol. I, § 87), e a *usucapião* na parte especial (vol. III, § 249); em WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*), que expunha a primeira na parte geral (§§ 105 a 113) e a segunda na parte especial (§§ 175 a 183); em

CHIRONI (*Istituzioni*, §§ 105 e 138), cujo systema é o mesmo, e posso dizer que em MAYNZ (*Cours de Droit romain*), para quem a prescripção é apenas modo de extinguir a acção (§§ 58-61) e a usucapião (§ 98), modo de adquirir a propriedade, pois aquella encontra espaço no quinto titulo do livro primeiro, que se annuncia como destinado a desenvolver—*noções geraes e preliminares*— e esta apparece no livro segundo, que se occupa—*dos direitos reaes*.

O que ali fica exposto é sufficiente para se conhecer que estamos deante de um systema largamente seguido, justamente na terra em que as perquisições da sciencia do direito são levadas mais longe, e onde mais cuidadosamente se apuram as questões de methodo e systema.

Pedirei, não obstante, a um escriptor estimadissimo, ainda um argumento em prol do systema a que se filiou o *Projecto* do Codigo Civil Brasileiro. ENDEMANN, <sup>1</sup> depois de apontar o que ha de commum entre as duas fórmas da prescripção, e o que é especial a cada uma dellas, accrescenta:

« Por isso na nova litteratura do direito commum já, desde SAVIGNY (*Systema do Direito Romano actual*, vol. 4 § 178, e vol. 5, § 277), são as duas especies *cuidadosamente separadas*. O codigo civil (allemão), alliou-se francamente a esse precedente.»

Continuando, informa-nos o erudito jurisconsulto que a doutrina do Codigo Civil allemão foi bebida principal-

---

*Einführung*, I, § 90, nota I.

mente, em WINDSCHEID, com a qual manda conferir o que disseram REGELSBERGER, DERNBURG, WAECHTER, UNGER e BRETTNER.

Todavia, essa opinião não é sómente a vencedora pelo numero e pelo valor das auctoridades; é a que mais racionalmente se desprende dos conceitos fundamentaes da sciencia.

Todo o direito, disse-o uma vez o excelso JHERING, *é um interesse que a lei protege*. Esta concepção perfeita-mente correctá, vigorosamente exacta, aponta-nos como devendo existir no direito:—primeiro, uma parte nuclear, que é o interesse; segundo, um tegumento protector revestindo esse interesse, para transfigural-o sob o influxo da finalidade social, e para defendel-o das injustas aggressões.

Essa interferencia da sociedade, em garantia do interesse alçado á categoria de direito, faz-se sentir principalmente pela *acção* de que é o direito provido, *acção* que, neste sentido, foi com muita belleza e energia de expressão definida por JOÃO MONTEIRO<sup>1</sup> — *a virtude propria a cada direito de se afirmar por meio da força social*.

Pois bem, a *prescripção* (extinctiva) fere esse elemento protector conferido pela sociedade ao direito; inutilisa a garantia social da *acção* e deixa de subsistir do direito sómente, e isso nem sempre, o elemento inutil, inefficaz do interesse; cerceia o que no direito constitue a sua força especifica — a *realisabilidade*.

---

<sup>1</sup> *Theoria do Processo civil e commercial*, vol. I, § 15.

Si a *prescrição* (extinctiva) atrophia o direito, privando-o da *acção*, e si esta não é attributo exclusivo dos direitos de credito, iremos mutilar-lhe o conceito, si a encerrarmos no apertado ambito do direito das obrigações. Parece-me isto meridianamente claro.

O conceito da *acção* é geral, como o do direito, pois que a *acção* é uma das faces porque o direito se apresenta ; portanto, é na parte geral do Codigo civil que devemos considerar como desapparece, para o titular de um direito, a faculdade de reclamar do Estado que assegure a actividade desse mesmo direito,

É certo que nem todos os direitos se extinguem pela *prescrição*. Refere-se ella, naturalmente aos direitos patrimoniaes, que comprehendem os reaes e os obrigacionaes. Della se excluem os que procedem das relações de familia, sempre que se tracta de firmar um estado de direito em correspondencia com ellas. <sup>1</sup>

Todavia alguns direitos que provêm das relações de familia, por não serem da categoria indicada, consideram-se *prescriptiveis*, como são, por exemplo, o de pedir alimentos (*Projecto* revisto, art. 216), o de pedir a annullação do casamento (*Projecto* citado, artigos 273 e seguintes), e o de annullar os actos que a mulher praticar sem a auctorisação do marido, ou que este exercer sem outorga uxoriana, quando essas formalidades habilitantes forem exigidas (*Projecto de codigo civil brasileiro*, revisto, arts. 318 e 321).

---

<sup>1</sup> ENDEMANN, loc. cit., nota 7.

Ora, se a prescripção vae ferir direitos que, segundo a classificação acceita, se distribuem por todas as secções em que se divide a parte especial do código civil, como acabamos de ver em relação aos direitos da *familia*, das *cousas* e das *obrigações*; e poderiam essas indagações se estender aos direitos das *successões*, onde desde logo se encontraria a acção prescriptivel de petição de herança, é irrecusavel a necessidade logica de abrir-se espaço para a prescripção (extinctiva) na parte geral. Contém ella materia de applicação commum, e não acharia logar conveniente em nenhum dos livros da parte especial.

O mesmo se não póde dizer da usucapião, cujo officio é, particularmente, consolidar a propriedade do objecto material pacificamente possuido por um determinado espaço de tempo.

Portanto, de todos os methodos imaginados para a exposição da theoria da prescripção, quer nos codigos civis, quer nos livros de doutrina, o que tem por si a logica juridica, o rigor dos principios e uma tradição melhor auctorizada é o adoptado pelo actual *Projecto* de código civil brasileiro. <sup>1</sup>

Em favor d'elle podiam ser allegadas considerações de ordem historica, visto como os institutos alludidos nasceram em epochas diversas e por modo differente se desenvolveram no direito romano e no germanico;

---

<sup>1</sup> Com elle mostrou-se de accôrdo o illustre Dr. DUARTE DE AZEVEDO, em seu *Parecer*, pag. 6, onde se lê: « Merece-me francos elogios a collocação da prescripção das acções na parte geral do Código.»

podiam ser recordadas outras noções de ordem doutrinaria, pois que o pagamento da obrigação prescripta não auctorisa a repetição; mas creio que, para os entendidos que estiverem de bôa fé, já disse o bastante, e, para os que estiverem de má fé, todo o esforço será baldado.

### III

Embora acompanhando, com o maximo interesse, a demorada analyse que do *Projecto* de codigo civil está fazendo a Comissão do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, não pretendo oppôr immediata contestação a todas as emendas por ella propostas, que me pareçam inaceitaveis.

Hão de me permittir, todavia, os conspicuos representantes daquella benemerita associação, que, uma vez por outra, vá levantando os meus reparos aos seus ensinamentos. E melhor será que os faça pela imprensa, do que na confabulação intima a que com extrema gentileza me convidaram distinctissimos confrades.

Direi hoje sómente da incorrecção ou contrasenso que enxergaram alguns eminentes associados, na locução *nascer com vida*, de que usa o *Projecto* revisto (como fizera o primitivo) no seu art. 4, que assim dispõe: «a personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida, mas, desde a concepção, a lei garante os direitos eventuaes do nascituro.»

As palavras finaes da primeira phrase do artigo transcripto, visam clara e principalmente afastar a *viabilidade* do numero dos requisitos necessarios para que o individuo que acaba de vir á luz se considere *pessoa*. Desde que o ser humano venha ao mundo *com vida* é pessoa, é sujeito de direito consoante a doutrina acceita pelo *Projecto*.

Si essa vida tem vigor para se prolongar, si vem blindada para resistir aos elementos adversos, ou si está irremissivelmente condemnada a desaparecer em um breve espaço de tempo, não procura saber o systema do *Projecto*. Basta que o ser humano *tenha nascido com vida*, para lhe serem attribuidos direitos; a duração dessa vida não interessa ao dito systema; não quer elle decidir do futuro, ainda que arrimado em sentença de peritos.

São de tal modo indispensaveis as duas palavras censuradas, que o illustre Dr. FABIO LEAL teve de empregar-as, a contra-gosto naturalmente, pois que as repelle. « Para o reconhecimento desses direitos (são palavras de S. S. concluindo a exposição de uma theoria em que estamos de pleno accôrdo), até o facto do *nascimento*, embora possa este, conforme venha o feto á luz *com vida* ou sem ella, determinar modificações ulteriores de muita importancia no direito successorio.» Eis ali o *nascimento com e sem vida*.

E por mais que se affirme o contrario, o valor das alludidas expressões na clausula a que se prendem, é manifesto.

Supponha-se que uma creança veio á luz e viveu

durante vinte e quatro ou quarenta e oito horas, extinguindo-se depois desse reduzido tracto de tempo, por falta de vitalidade, por ser inviavel. Ainda que o interprete julgasse que o inviavel é *um cadaver com apparencia de vida*, poderia em bôa consciencia, declarar que tal criança não nascera *com vida*? Poderia afirmar que a criança figurada nascera *sem vida*? Não, absolutamente, não.

O que seria licito asseverar, como expressão da sua convicção, era que essa creatura tinha uma vida apparente, como quem dissesse—uma vida ephemera. Tudo quanto excedesse a essa afirmação não poderia ser acceito como exacta manifestação de bôa fé. Portanto, as censuradas palavras têm este effeito: resolvem a questão da viabilidade, regeitando-a de entre os requisitos da capacidade civil.

O elemento de clareza que ellas trazem serviria de excusa á incorrecção que contra ellas se allega, si tal incorrecção existisse. Mas que não existe é facil provar.

#### 1.º EM FACE DO DIREITO ROMANO

Innumeras são as vezes em que os juriconsultos romanos usam de expressões correspondentes. Nessa invocada Lei 3, cod., tit. 30, deparam-se as palavras: — *si vivus natus esset*; — *si vivus perfecte natus est*; — *si vivus ad orbem totus processit*.

PAULO, no frag. 129, D. 50, 16, exprime-se por este modo: — *Qui mortui nascuntur neque nati neque*

*procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerant.*  
 O mesmo jurisconsulto, nas suas *Receptæ Sententiæ*, IV, 9, 1—usa de uma adjectivação ainda mais frisante: — *dummodo vivos et plenitemporis pariant.*

Eis ali, sem que seja mister empregar mais demoradas buscas, as aureas fontes romanas falando de *nascidos vivos e de nascidos mortos.*

### 2º EM FACE DOS CODIGOS MODERNOS

O código civil portuguez, art. 110, fala por este modo: «só é tido por filho para os effeitos legais, aquelle de quem se prove que *nasceu com vida* etc.

No código civil argentino, art. 66, n. 1, lêem-se estas palavras: «Si el hijo no *naciera vivo*; e no art. 70, estas outras: «Esos derechos quedan inevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno *nacieren con vida*, aunque que fuera por instantes despues de estar separados de su madre.»

No código civil do cantão de Zurich, art. 9, tomam esta fórma os dizeres—«O filho no seio materno, na supposição de nascer com vida, etc. «*Das Kind in dem Mutterleibe hat, unter der Voraussetzung, dass es lebendig geboren werde* » etc. <sup>1</sup>

### 3º EM FACE DOS LIVROS DE DOCTRINA

Consultando em primeiro lugar o grande romanista do começo do seculo passado, o insigne SAVIGNY, for-

<sup>1</sup> Veja-se ainda o Código Civil da Luiziania, art. 917: «a existencia do filho *nascido vivo*, etc.»

nece-me elle esta phrase: « consoante o dito principio, os *filhos nascidos mortos* se reputam *vivos* para os effeitos da isenção da pena imposta á mãe.» <sup>1</sup>

Si ha *nascidos mortos*, haverá tambem *nascidos vivos*. E isto mesmo nos diz o mestre:—«O infante deve não sómente *nascer vivo*, mas tambem *viavel*»; «para que o infante *nasça vivo*, vemos que a experiencia nos ensina que o nascimento pôde verificar-se, etc.» <sup>2</sup>

MAYNZ escreve: « Pour qu'un individu puisse avoir la qualité de *persona*, il faut qu'il soit né  *vivant*  et né homme.» <sup>3</sup>

PLANIOL, determinando as condições da personalidade, enumera: «1.º L'enfant *mort-né* ne compte pas comme une personne, etc.» <sup>4</sup>

CHIRONI, sobre o mesmo assumpto, diz: «é pure necessario che sia *nato vivo*, ne si richiedono forme speciali com sui la vita sia manifesta, essendo sufficiente ogni atto che l'attesti i *nati-morti*, etc.» <sup>5</sup>

WINDSCHEID, tambem escreve, segundo seus traductores italianos: « Perche ciò avenga occorre che il *nato* abbia figura umana, sia *vivo* e non un aborto.» <sup>6</sup>

ENDEMANN <sup>7</sup>, commentando as expressões de que

<sup>1</sup> *Systema de Direito romano*, § 61, pg. 277 da ed. hespanhola.

<sup>2</sup> *Systema*, Appendice III.

<sup>3</sup> *Droit romain*, 1, § 10.

<sup>4</sup> *Traité de Droit civil*, I, n. 348.

<sup>5</sup> *Istituzione*, § 25.

<sup>6</sup> *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA E BENZA, § 52.

<sup>7</sup> *Einführung*, I, § 23, II.

se serve o código civil allemão, art. 1: («A capacidade jurídica do homem começa desde que está completo o nascimento, *mit der Vollendung der Geburt*), diz que taes palavras « não significam sinão que a criança adquire uma existencia independente da de sua mãe depois da conclusão de todo o acto do nascimento ; e, continuando as suas considerações, accrescenta que a importancia desse ponto de vista decorre de que sómente se póde tractar do nascimento de um ser humano vivo (*nur von der Geburt eines lebenden Menschen die Rede sein kann*).

GIANTURCO<sup>1</sup> ensina :— « *I presupposti de fatto* per l'existenza della persona fisica sono la nascita, la *vita* e la *vitalità*. »

COELHO DA ROCHA<sup>2</sup> usa d'estas palavras :— « Reputa-se incapaz de viver não só 1.º, o feto etc. . . como tambem 2.º, o abortivo, isto é, aquelle que *nasceu vivo*, mas antes do periodo sufficiente da gestação.

Além destes escriptores, de TEIXEIRA DE FREITAS, quer no *Esboço*, quer na *Consolidação*,<sup>3</sup> e de NABUCO,<sup>4</sup> muitos outros civilistas dos mais brilhantemente reputados, entre nacionaes e estrangeiros, não trepidaram em estampar nos seus livros a expressão que delles seria inexoravelmente relegada, si por ventura lhes viesse ella marear a limpidez castiça da tecnologia e refulgencia da nomenclatura consagrada.

<sup>1</sup> *Istituzione*, § 7 A.

<sup>2</sup> *Instituições de Direito civil portuguez*, § 56, *excholio*.

<sup>3</sup> *Esboço*, art. 57, n.º 2 (não *nascer vivo*) ; *Consolidação*, nota 1 ao art. 1 (nascem vivos).

<sup>4</sup> *Projecto*, art. 138 (nascem com vida).

Si me fosse permittido entrar em outros recintos scientificos, eu appellaria ainda para a medicina legal e para a demographia. Forçoso, porém, me será deter-me respeitoso ante as muralhas intransponiveis que vedam o accesso aos profanos e contentar-me :

a) com esta definição de TARDIEU: « Ser viavel é ter *nascido vivo*, ter vivido uma vida differente da vida fetal e apresentar um desenvolvimento e uma conformação não absolutamente incompativel com a continuação da vida ; » <sup>1</sup>

b) e com a recordação de que as estatisticas dos *nascidos mortos* têm uma importancia especial, que os demographistas assignalam muito cuidadosamente. <sup>2</sup>

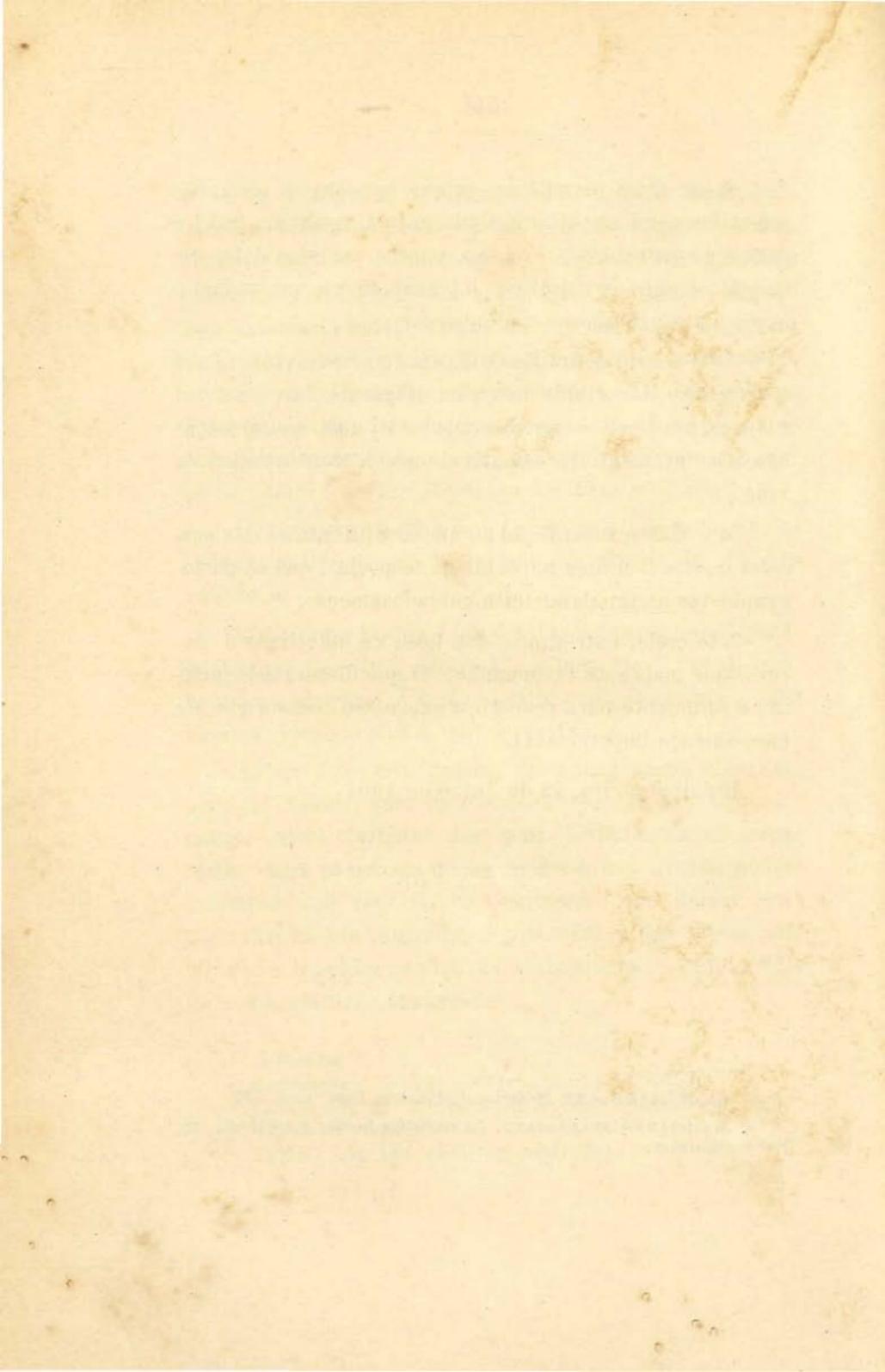
Não creio, entretanto, que fosse de indeclinavel necessidade mais este testemunho. O que disseram os juristas é sufficiente para revestir a expressão censurada de uma couraça impermeavel.

Rio de Janeiro, 22 de Julho de 1901.

---

<sup>1</sup> Apud LACASSAGNE *Médecine Judiciaire*, 1886, pag. 553.

<sup>2</sup> MAJORANA-CATALABIANO, *La statistica teorica e applicata*, ns. 260 e seguintes.



## A THEORIA DA POSSE SEGUNDO O PROJECTO DE CODIGO CIVIL

---

### I

O meu illustrado amigo Dr. ALBINO MEIRA, em artigo publicado no ultimo fasciculo desta revista <sup>1</sup> levantou algumas objecções á doutrina da posse, tal como se concretisa no actual *Projecto de codigo civil brasileiro*, não lhe parecendo merecedoras de apoio as razões que tentei desenvolver, seguindo as gloriosas pegadas de JHERING, para mostrar que as construcções da theoria possessoria differem hoje, por sua largueza, por seu espirito e por suas consequencias, do que architectáram SAVIGNY e os seus discipulos.

O Dr. ALBINO MEIRA, aliás, não pretende restaurar as idéas capitaes do egregio corypheu da eschola historica. Em mais de um ponto a doutrina do meu notavel contradictor merece o epitheto de heterodoxa, si não de original.

---

<sup>1</sup> *Archivo de Jurisprudencia*, Recife, fasc. de set. de 1903.

E assim é, por exemplo, que a eschola savignyana cava um sulco profundo entre *posse e detenção*, havendo naquella *o animus rem sibi habendi*, e nesta o reconhecimento de que a outrem cabe o direito de possuir.

É não é este um poncto secundario para o desenvolvimento logico das idéas constitutivas da theoria. O exame das fontes, realmente, como a discussão dos escriptores, <sup>1</sup> mostra bem que a *nuda detentio* é alguma cousa de differente da *possessio*. Mas, eliminando a distincção, em theoria approximamo-nos mais de JHERING do que de SAVIGNY, pois que para elle essa distincção resulta exclusivamente da determinação da lei, fundada em motivos especiaes e não da ausencia de um dos elementos essenciaes da posse.

E si não se confundem estes dois conceitos, muito menos qualquer delles com a idéa de *occupação* ou de *aprehensão*, que representam momentos transitorios no estabelecimento da relação possessoria ou do direito de propriedade.

Tam differentemente soam essas palavras quanto variam as idéas que exprimem. Depois, para o Dr. ALBINO MEIRA, a posse é uma relação transitória, é um poder para fim passageiro, uma necessidade de occasião, e a propriedade tem «o intuito de excluir *perpetuamente* a acção de todos os outros homens.» <sup>2</sup>

Será exacto? Vejamos.

---

<sup>1</sup> Veja-se DUQUESNE — *Distinction de la détention et de la possession*.

<sup>2</sup> *Archivo de Jurisprudencia*, n. cit. p. 57.

A posse que se mantém ininterruptamente durante os longos annos exigidos para a usucapião mas que ainda não venceu todo o prazo da lei, continua certamente a ser *posse*. Dir-se-á, com verdade, que é uma relação passageira, quando pôde ter permanecido, com o mesmo caracter, por mais de 9 annos, por mais de 19, por mais de 29, e até por mais de 39? Não; quem conserva sob o seu poder uma cousa por tam dilatado espaço de tempo, não teve em vista uma *necessidade de occasião*.

Encaremos a questão por outra face. «A posse não é, não pôde ser outra cousa sinão essa relação physica que submete uma cousa corporea ao poder e auctoridade do homem.

Quando essa relação, esse *estado de facto* vem acompanhado da vontade de tornal-o perpetuo, quando o possuidor tem o animo de conservar a cousa perpetuamente como sua, então o phenomeno toma o nome de propriedade.»<sup>1</sup>

Tiremos as consequencias desta definição :

1º A posse é uma relação transitoria. Já vimos como os factos contradizem esta affirmção.

2º A propriedade é uma relação *de facto* (quando essa relação, esse estado de facto... diz o *Archivo* no trecho acima transcripto).

Ao estado de facto oppõe-se o estado de direito.

<sup>1</sup> *Archivo*, cit. pag. 58.

Si a propriedade é um simples estado de *facto*, si os poderes que essa relação traduz e contém não resultam, como consequências immediatas, de um direito assegurado ao individuo pela sociedade, qual será o estado de direito do qual a propriedade é o succedaneo, a imitação ou o reflexo ?

Não encontraremos. E não encontraremos justamente porque a propriedade é um *estado de direito* que tem por correspondente o *estado de facto* que constitue a posse.

3º Toda propriedade deve presuppôr, da parte do proprietario, a vontade de perpetual-a. Os commerciantes que compram para revender, que desenvolvem a maxima actividade para que os bens do seu commercio transitem rapidamente por suas mãos, não serão proprietarios das mercadorias depositadas em seus armazens ?

Estes ligeiros reparos mostram que o Dr. ALBINO MEIRA é um franco atirador, a quem não prendem os rituaes da eschola subjectivista. Mas, por outro lado, creio que são sufficientes tambem para me justificarem de continuar fiel aos meus principios.

## II

Si não me seduziu a parte constructiva do escripto a que estou respondendo, tambem não me convenceu a parte critica.

Reproduzindo a doutrina do sabio romanista e genial doutrinador do direito, RUDOLF VON JHERING, havia eu

dicto : «Alguem occupa o predio de um ausente. Por este facto não desaparece a posse do proprietario, mas, como é impossivel a *compossessio plurium in solidum*, havemos de reconhecer que esse occupante, apesar de seu *animus rem sibi habendi*, é simples detentor.»<sup>1</sup> Como se vê, o exemplo fôra invocado para mostrar a importancia da vontade para a criação da posse e não a inefficacia do poder physico. Para evidenciar a desnecessidade deste elemento corporal em muitos casos de posse, foram outros os exemplos apresentados.

Não attendeu a esta distincção o meu distincto amigo e emprestou-me palavras que não se acham no meu escripto. Mas não tenho necessidade dessa distincção para defender a verdade do que affirmei acompanhando um mestre de excepcional competencia.

Supponha-se que na minha ausencia alguem se apodera do meu predio. Perdi, desde logo, a posse desse predio ?

Evidentemente não. Sancionaria uma clamorosa injustiça, far-se-ia organ dos malfeitores uma lei que assegurasse immediatamente a posse a esse audacioso usur-

---

<sup>1</sup> *Archivo de Jurisprudencia*, nº de março de 1903, p. 19. Estas palavras resumem outras de JHERING, que, em nota, é citado. O trecho de JHERING a que me refiro é o seguinte : «Um outro caso de pura detenção (des absoluten Detention —Verhältnisses) offerece-nos o facto de alguem se apoderar do predio de um ausente.

Notoriamente perdura ainda, neste caso, a posse do primitivo possuidor, e dahi resulta que sendo impossivel a *compossessio plurium in solidum*, o occupante adquiriu unicamente a detenção, e esta é absoluta, porque o occupante entende possuir para si e não para o possuidor (*Der Besitzwille*, p. 57).

pador. O que a lei assegura é o meu direito de expulsá-lo, si o puder fazer em acto continuo. <sup>1</sup> Mas si elle tivesse adquirido, desde logo, a posse, a minha repulsão viria a ser um verdadeiro esbulho, e então o salteador poderia vir reclamar da justiça social organizada que o garantisse contra o proprietario esbulhador; restituindo-lhe a posse que este lhe viera arrancar pela força.

Conheço bem os altos sentimentos de justiça de meu illustre amigo, e por isso posso asseverar que não admitirá estas consequencias, aliás rigorosamente deduzidas de sua doutrina.

As nossas velhas ords. no liv. 4. tit. 58 pr. e § 1, consagram o verdadeiro principio, não reconhecendo a posse no esbulhador, mandando que logo restitua a coisa ao esbulhado e punindo-o com a perda, em favor deste, de todo o direito que tiver sobre a mesma, si o caso fôr de força verdadeiro: *o forçador perca o direito* que tiver na *coisa forçada de que esbulhou o possuidor*, o qual direito será adquirido e applicado ao esbulhado.

CARLOS DE CARVALHO, consolidando esta ord. diz: «A força ou esbulho e a quasi força não fazem perder a posse.» <sup>2</sup>

Quanto ao exemplo tirado dos proprietarios romanos que enviavam para os confins do mundo escravos seus de confiança, não podendo encontrar esse poder physico essencial á existencia da posse, o Dr. MEIRA recorre a uma

<sup>1</sup> D. 43, 16 fr. 17; Cod. 8, 2 l. 1; Ord. 4, 58 § 2.

<sup>2</sup> Direito civil brasileiro, art. 365.

ficção. São estas as suas palavras: «Visto como o escravo se conserva fiel e a mover-se segundo a vontade d'elle (do senhor) *um pouco de ficção* mandava suppôr que a posse não se tinha interrompido, visto como assim o pensavam e queriam o senhor e o escravo.»<sup>1</sup>

Para salvar o poder physico, de facto inexistente, recorre o meu douto amigo a uma ficção e dá por fundamento a essa ficção a vontade do escravo! Muito bem. Mas, então, permitta-me affirmar que, si em vez de um escravo, creatura humana, se tractasse de um animal irracional, tal ficção seria inadmissivel. Consequencia:— o gado que anda disperso a pastar pelas mattas sertanejas, lonje das vistas do proprietario e do vaqueiro, não está na posse do primeiro, e, portanto, si alguém d'elle se apoderar, não lhe cabe a defeza por meio de interdictos possessorios.

Os casos, por mim invocados, da posse dos campos, da posse de madeiras que descem pelo rio abaixo á mercê da correnteza, para serem apanhadas adeante, foram deixados em silencio. No emtanto, em relação a elles tambem seria necessario dizer porque ha posse independentemente de poder physico. A ficção, apoiada na vontade do objecto possuido, que nos pretendeu explicar a posse dos escravos viajantes, não pôde convir. Teremos necessidade de outra. Mas uma doutrina que, a cada passo, se vê coagida a pedir explicações *aliunde*, será uma doutrina firme, rigorosamente logica e conforme á realidade dos factos? Parece-me que não.

<sup>1</sup> *Archivo* cit., set., pag. 159.

« Finge-se, diz ainda o Dr. MEIRA, que continuam no *meu poder* as cousas que eu deixo em qualquer parte com animo de tel-as á minha disposição. » Por outras palavras, isto quer dizer:— para a conservação da posse, basta a vontade do possuidor. É a doutrina ensinada por muitos, eu sei, mas que não está de harmonia com a definição de posse que eu leio no *Archivo de Jurisprudencia*: — « Posse não é, não pôde ser outra cousa sinão essa *relação physica* que submete uma cousa corporea ao poder e auctoridade do homem. »

A vontade é phenomeno psychico e a posse é relação physica. Não comprehendo como esta *relação physica*, isto é, como este poder de facto se possa considerar existente, quando *objectivamente* não apparece, não se pôde verificar, e apenas, *subjectivamente*, é uma representação do espirito. Temos aqui um *poder physico* que é apenas espiritual.

O Dr. MEIRA reconhece a inconsistencia da sua doutrina, nesta parte, quando nos diz: « A posse não existe realmente, mas a lei manda *suppol-a*. » <sup>1</sup>

Eu poderia retrucar simplesmente: si é a lei que manda *suppôr* a existencia da posse, nos casos em que se não pôde falar de poder physico, deixemos em paz a vontade do possuidor, que nos é de todo inutil para a explicação do caso, tam embaraçoso quando recorremos a ella, tam simples quando temos por nós a espada de Alexandre.

---

<sup>1</sup> *Archivo cit.*, set., pag. 161.

Mas não devo passar assim ligeiramente sobre essa proposição. Pareceu ao meu prezado amigo que eu não devia argumentar com a *posse civil* do herdeiro, para mostrar que nem sempre o poder physico é necessario para a existencia da relação possessoria, porque «a questão não deve ser posta perante a lei, mas sim perante a sciencia». <sup>1</sup> Agora recorre á lei para solver uma difficuldade theorica. Creio que estou no meu direito de reverter contra a sua explicação a phrase com que tentou desfazer o meu argumento: — «esse modo de argumentar é uma verdadeira logomachia.» <sup>2</sup>

Entretanto no meu raciocinio não havia nenhum vicio de logica. Tractava-se de saber si, em algum caso, a posse era adquirida sem intenção e sem poder physico. Si esses dois elementos são essenciaes ao conceito da posse, si sem elles não se póde comprehender a aquisição della, seria extravagante a lei que, por abuso de auctoridade, decretasse a existencia da posse, em hypothese em que não se poderia presuppôr nenhum desses dois elementos. O poder da lei tem limites racionaes, seus dictames obedecem aos preceitos da logica. Ora, a lei, em diversos paizes, attribue a posse ao herdeiro, *etiam ignorans*; logo não é dispauterio pensar na posse desprovida de intenção e de poder physico; logo esses dois elementos não são essenciaes a todas as relações possessorias.

<sup>1</sup> *Archivo* cit., set., p. 162.

<sup>2</sup> *Archivo* cit., set., p. 163.

Em conclusão, si, para explicar a posse em certos casos, a theoria do poder physico tem necessidade de recorrer a uma ficção; si, em certos outros, explica a cousa pela propria cousa, dizendo que ha posse porque assim o determina a lei, e não porque se deparem as condições existenciaes da relação possessoria; si, finalmente, casos frequentes e importantes de posse, como são indubitavelmente os da posse transmittida por effeito do direito successorio, e desde o momento da morte do *de cuius*, escapam aos principios fundamêntaes da theoria, só temos uma conclusão a tirar, e é que essa theoria não é uma generalisação collida na observação do phenomeno juridico que intenta elucidar. Ou é uma simples concepção *a priori* que os factos contradizem, ou, pelo menos, é uma inducção precipitadamente feita em seguida á observação incompleta dos phenomenos.

Certamente ha, na posse natural, na posse primitiva e em muitos casos de posse juridica, esse elemento do poder physico, de que em grande numero de outros casos se não póde cogitar. É que a posse tem um lado social que não póde ficar olvidado. Nem se comprehende que não seja preponderantemente social um phenomeno que se manifesta na ordem juridica, da qual recebe protecção efficaz, afim de que os impetos da paixão individual não perturbem o estado de paz necessario á coexistencia humana.

É por isso que muitos civilistas, depois da critica de JHERING, têm, nas definições de posse, procurado fugir á estreiteza dessa concepção do poder physico. «Possui-

dor, diz ENDEMANN, não é sómente aquelle que, immediata e actualmente, mantem a cousa sob sua protecção corporea; é tambem aquelle que, segundo a concepção social dominante, está para a cousa em uma relação de poder, a que devem respeito todos os individuos, porque a perturbação dessa relação é considerada uma injusta usurpação.»<sup>1</sup>

### III

Parece ao douto critico imperceptivel a differença entre a concepção de JHERING adoptada pelo *Projecto* de codigo civil e a do illustre SAVIGNY.

A ser assim, estariamos a disputar sem motivo. Mas não, o poncto de vista de SAVIGNY é *individual*, e o de JHERING é *social*; o primeiro attende á vontade e ao poder do individuo; <sup>2</sup> o segundo attende á utilização economica que só tem razão de ser na vida socialmente organizada; um vê na posse a visibilidade, a apparencia do dominio; o outro, a possibilidade da actuação physica sobre a cousa e da defeza contra a acção dos outros.

Mas, apezar do que affirma, parece que o meu illustre amigo descobre differenças notaveis entre a doutrina do *Projecto* e a sua.

<sup>1</sup> *Einführung*, II, § 25, 3 letra c.

<sup>2</sup> «Todos admittem, diz SAVIGNY, que estamos na posse de uma cousa, quando temos a possibilidade, não sómente de dispôr della physicamente, como ainda de defendel-a contra qualquer acção extranha.» (*Possession*, pag. 2).

É assim que censura o *Projecto* por conceder a posse conjunctamente ao locador e ao locatario, suppondo que, nesse caso, ha *compossessio plurium in solidum*, esquecendo que um tem a posse *directa, immediata*, e outro a posse *indirecta, mediata*.

É assim que objurga o *Projecto*, porque não priva da posse o devedor pignoratício. Este, aliás, é um dos pontos fracos da theoria de SAVIGNY.

O credor pignoratício detem a cousa, mas não tem o *animus rem sibi habendi*, animo que se conserva na pessoa do devedor. Recorre, então, o grande jurisconsulto a uma subtileza, para accommodar essa excepção ao seu principio. Nesta posse *derivada*, ensina elle, o credor não tem o *animus rem sibi habendi*, mas a intenção de adquirir o *jus possessionis*. Não é mais simples, mais natural, mais logico reconhecer que o proprietario conserva uma posse indirecta, ao lado da posse directa do credor ?

É assim que ainda se accusa o *Projecto* por confundir a posse com a propriedade. Ha nesta accusação uma injustiça que eu não esperava ver manifestada pela penna que traçou o artigo a que respondo.

A definição do *Projecto*, affirma-se, confunde os privilegios do dono com os poderes que podem ser exercidos tambem pelo possuidor, nivela tudo, desde que chama, indistinctamente, possuidor a todo aquelle que exerce *qualquer um dos elementos constitutivos do dominio*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Archivo*, set., p. 164.

Supprimiu-se a clausula *de facto*, na qual reside toda a distincção entre a *propriedade* e a *posse*.

A propriedade é um *estado de direito*, e a posse é um *estado de facto*. Ninguem poz jamais em duvida essa distincção fundamental. Em LAFAYETTE, que expoz entre nós a theoria de SAVIGNY, eu leio estas palavras :

«Supposto seja um poder de natureza diversa, a posse reveste as apparencias e os caracteres exteriores da propriedade. Com effeito, no modo por que ella funciona, é o EXERCICIO DE FACTO, sem a legitimação de um principio juridico, DAS FACULDADES QUE CONSTITUEM O DOMINIO ou o direito de propriedade». <sup>1</sup> Na realidade a posse não é outra cousa.

Mas não sómente entendeu o illustre critico elidir aquellas palavras destinadas á caracterisação especial da relação possessoria, como ainda foi ao extremo de justificar essa amputação, declarando inintelligivel a expressão amputada. Não sabe porque o *Projecto* se sentiu na necessidade de empregal-a « pois que a verdade é esta : ou temos o exercicio de facto ou não temos nenhum exercicio. » <sup>2</sup>

Eu não sei si a formula do *Projecto* é a melhor. A minha era outra. <sup>3</sup> Mas é bem facil de ver que, quando alguem se utiliza de uma cousa na qualidade de possui-

<sup>1</sup> *Direito das cousas*, § 2, n. 2.

<sup>2</sup> *Archivo*, set., pag. 165.

<sup>3</sup> *Projecto* primitivo, art. 565: — Considera-se possuidor todo aquelle que se acha em situação de facto correspondente ao exercicio pleno ou limitado da propriedade.»

dor, não tem que provar o *direito que lhe assiste de agir como si fosse dono* ; basta appellar para o testemunho de todos que o vêem *de facto* agindo como agiria o dono na mesma situação. Ao contrario, quando alguém affirma a sua qualidade de proprietario, necessita de exhibir o titulo de seu direito e esse titulo deve ser tal que mereça a approvação da lei.

É muito possivel que o actual *Projecto* de codigo civil tenha o destino ingrato dos que o precederam ; mas, vingue esta tentativa ou não, a doutrina da posse que elle adoptou ha de fazer o seu caminho através dos obstaculos e ha de impôr-se á adhesão geral, quer se estampe na lamina bronzee da lei, quer se corporifique na *communis opinio* dos doutos, porque é verdadeira e clara, positiva e simples.

## O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO PROJECTO DE CODIGO CIVIL

---

O Sr. Dr. GONÇALVES CHAVES, membro da Comissão do Senado, encarregada de estudar o *Projecto* de código civil em elaboração, opinou pela eliminação do instituto da adopção, que lhe parece antiquado e sem função no momento jurídico actual. Como a opinião do conceituado jurista mineiro não me parecesse apoiada em bons fundamentos, quer de ordem historica ou social, quer de ordem puramente juridica, tentei desfazer o effeito dos argumentos expostos, publicando pelo *Direito*<sup>1</sup> uma contestação da qual apresento aqui sómente o resumo, porque o assumpto se acha sufficientemente explanado em meu *Direito da familia*, §§ 71 e 72, da 2.<sup>a</sup> edição.

No alludido artigo inserto no *Direito*, mostrei:

1.<sup>o</sup> Que si alguns dos nossos civilistas, como LA-FAYETTE, eram contrarios á adopção, outros lhe eram favoraveis, como BORGES CARNEIRO, LIS TEIXEIRA, LOUREIRO e TEIXEIRA DE FREITAS, que no seu *Esboço*, art.

---

<sup>1</sup> Vol. 94, p. 53-63.

1.625-1.633, regulára criteriosamente a materia, devendo se notar ainda mais que o proprio MELLO FREIRE não lhe era francamente hostil ;

2º Que entre nós não estava em desuso o instituto, como fôra affirmado, pois actos legislativos reiterados, no tempo da monarchia e na era republicana a elle se referiam ; <sup>1</sup> os particulares a elle recorriam de modo a insufflar-lhe o sangue da vida real ; <sup>2</sup> e os *Projectos* de codigo civil brasileiro, exceptuado o do dr. FELICIO DOS SANTOS não o deixaram no olvido ; <sup>3</sup>

3º Que os codigos civis da França, da Italia, da Hespanha, da Austria, de Zurich, do Uruguay, do Perú, da Bolivia, da Allemanha e do Japão, assim como o direito russo e o norte-americano regulavam a especie, sendo muito menor o numero das legislações que a excluïam ; <sup>4</sup>

4º Que os recentes projectos de codigo civil para a

<sup>1</sup> Ord. 2, 35 § 12 ; 2, 56, pr. ; 3, 9 § 2 ; 3, 59 § 11 ; 3, 85 § 2 ; lei de 12 de set. de 1828, art. 2, n. 1 ; dec. de 24 de jan. de 1890, art. 7. § 1 ; reg. do sello para o Estado de Pernambuco, tabella B. n. 20.

<sup>2</sup> *Direito*, vols. III, VI, VII, X, XII e XXX ; *Archivo de Jurisprudencia*, Recife, vol. II, p. 80-87.

<sup>3</sup> Foi citado o *Esboço* no texto. Acrescente-se: COELHO RODRIGUES, arts. 2.167-2.183, e o Projecto actual em todas as suas phases.

<sup>4</sup> Vejam-se os codigos civis: francez, arts. 343-360 ; italiano, arts. 202-219 ; allemão, arts. 1.741-1.772 ; de Zurich, arts. 714-729 ; hespanhol, arts. 173-180 ; peruano, arts. 269-283 ; boliviano, arts. 179-187 ; japonéz, arts. 837-876. Para a Russia, LEHR, in CLUNET, 1895, p. 521 e segs. ; para os Estados-Unidos da America do Norte. WALKER, *American Law*, § 160, nota b.

Belgica (Avant-Projet de LAURENT) e para a Suissa, não achavam conveniente desprezar a adopção; <sup>1</sup>

5.º E que, segundo mostraram BLUNTSCHLI <sup>2</sup> e SANCHES ROMAN, <sup>3</sup> a adopção tinha ainda hoje uma alta funcção social a desempenhar como instituição de beneficencia destinada a satisfazer e desenvolver sentimentos affectivos do mais doce matiz, dando filhos a quem não teve a ventura de geral-os, e desvelos paternaes ou maternaes a quem, privado delles pela natureza, estaria talvez, sem ella, condemnado a descer, pela escada da miseria, ao abysmo do vicio e dos crimes.

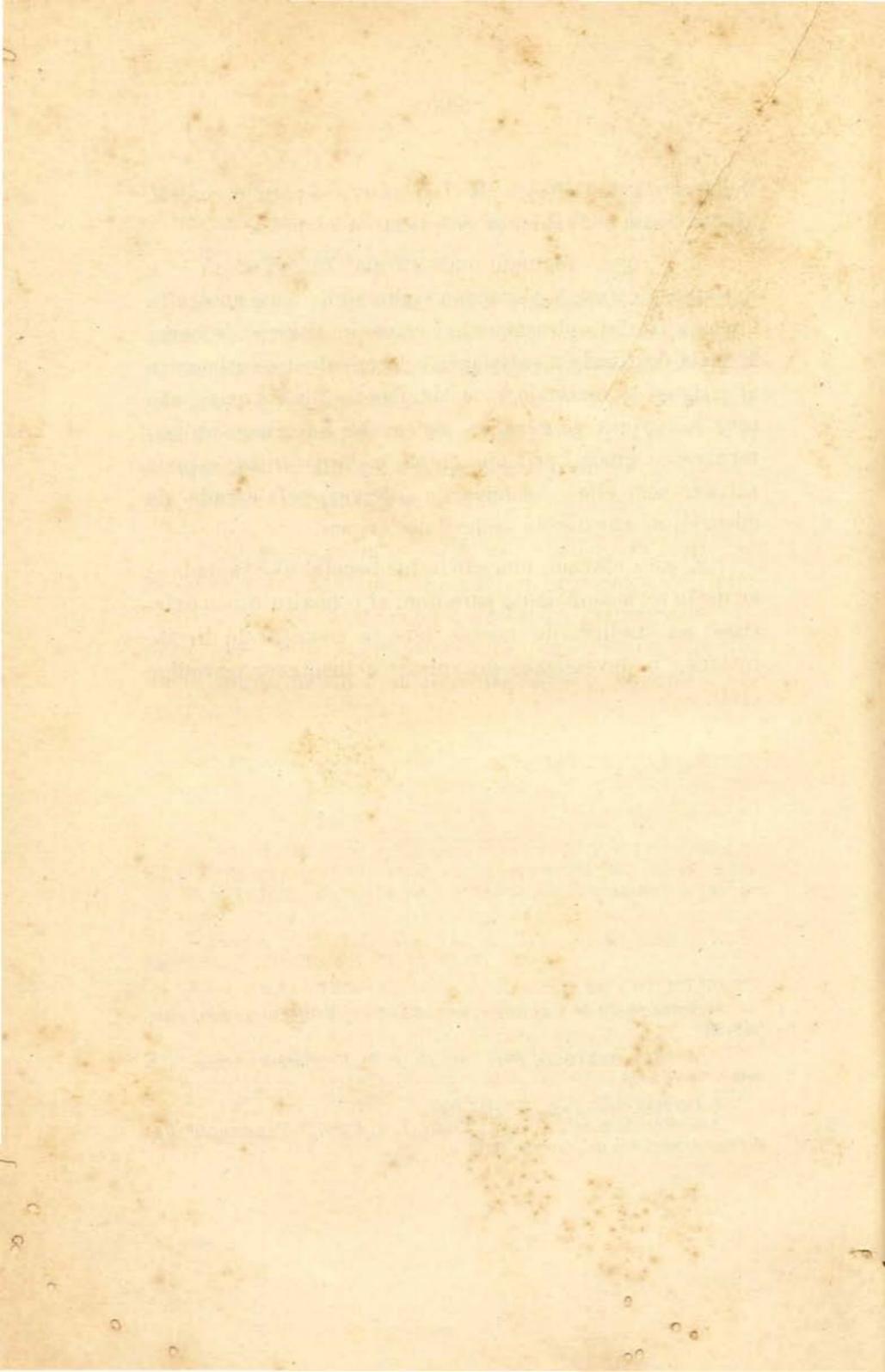
E esta elevada funcção ethico-social assignalada á adopção seria sufficiente para que, si o instituto não existisse na tradição de nossas leis, a começar do direito romano, o devessemos organizar e inscrever no codigo civil.

---

<sup>1</sup> *Avant projet* de LAURENT, arts. 344-346; Projecto suisso, arts. 289-295.

<sup>2</sup> *Apud* SCHNEIDER, *Priv. G. B. f. d. K. Zurich*, comm. aos arts. 714 e segs.

<sup>3</sup> *Derecho civil*, pag. 1.061-1.094.  
Accrescentem-se PLANIOL, *Traité*, I, n. 2.327, e VALVERDE, *Modernas direcciones del derecho civil*.



## NOTA FINAL

---

Sómente depois de entrar este livro para o prelo e longe das vistas do auctor é que appareceu o trabalho magistral do insigne professor bahiano, Dr. ERNESTO CARNEIRO RIBEIRO : *A redacção do Projecto do código civil e a replica do Dr. Ruy Barbosa*, Bahia, 1905. Foi por esse motivo que a elle não alludi no prologo, quando me referi ao movimento intellectual provocado pelo Projecto de código civil. Aproveito, porém, este momento para preencher a lacuna que naquella parte de meu livro poderia ser notada. Mais cabal, mais erudita, mais intelligente defeza da linguagem usada no Projecto da Camara não era possivel, porque o illustrado professor, com a sua competencia excepcional, tudo disse, desfazendo em todos os que o lerem a impressão desfavoravel ao Projecto, que por ventura lhes tivesse deixado a critica injusta e descomedida do senador Ruy Barbosa.

**AO DR. S. ZEBALLOS**

Era intenção minha responder mais demoradamente no *Prologo* deste livro ao eminente professor ZEBALLOS, mas como não era possível fazel-o, de modo satisfactorio, em poucas linhas, aguardo-me para discutir as idéas fundamentaes do direito internacional privado em um *Compendio* dessa materia que brevemente será publicado.

**FIM**

# INDICE

---

	Pags.
Prologo .....	VII
OBSERVAÇÕES PARA O ESCLARECIMENTO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO :	
I Necessidade da codificação do direito civil brasileiro	13
II Os antecedentes .....	21
III Orientação do projecto. Unidade do direito privado. Socialismo juridico. Materia do direito civil .....	27
IV Classificação .....	47
O PROJECTO. — Lei de introdução .....	54
DAS PESSÔAS :	
I Das pessoas naturaes .....	57
II Registro civil .....	64
III Das pessoas juridicas .....	64
DOS BENS :	
I Dos bens moveis e immoveis .....	80
II Dos bens em relação ás pessoas .....	83
DO NASCIMENTO E EXTINÇÃO DOS DIREITOS .....	84
Da Prescrição .....	85
DIREITO DA FAMILIA :	
I Das promessas de casamento .....	89
II Emancipação por effeito do casamento .....	90
III Dos direitos e deveres da mulher casada .....	93
IV Do divorcio .....	96
V Reconhecimento dos filhos illegitimos .....	99
VI Do patrio poder e da mãe illegitima .....	105
DIREITO DAS COUSAS :	
I Da posse .....	107
II Do direito auctoral .....	114

INDICE

	Pags.
III Direitos reaes de garantia .....	123
IV Do registro predial .....	124
DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:	
I Observação geral sobre o <i>Direito das obrigações</i> .....	126
II Do momento em que se fórma o vinculo obrigatorio nos contractos .....	131
III Da compra e venda.....	135
IV Das sociedades.....	138
V Declarações unilateraes da vontade .....	141
VI Dos titulos ao portador .....	145
VII Da insolvencia civil .....	148
DIREITO DAS SUCESSÕES:	
Ordem da vocação hereditaria .....	150
O PROJECTO DE CODIGO CIVIL PERANTE A FACULDADE DE MINAS GERAES .....	157
O PROJECTO DE CODIGO CIVIL E O SR. DR. COELHO RO- DRIGUES .....	177
RESPOSTA Á COMISSÃO DA FACULDADE LIVRE DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO .....	267
AO CONGRESSO NACIONAL.....	319
EM TORNO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL .....	341
A REDACÇÃO DO PROJECTO DE CODIGO CIVIL NO SENADO .....	373
A REPLICIA DO SENADOR RUY BARBOSA.....	449
DIREITO AUCTORAL .....	479
RESPOSTA AO INSTITUTO DOS ADVOGADOS .....	495
A THEORIA DA POSSE SEGUNDO O PROJECTO DE CODIGO CIVIL.....	519
O INSTITUTO DA ADOPÇÃO NO PROJECTO DE CODIGO CIVIL.....	533
NOTA FINAL .....	537

## ERRATA

---

Na dedicatoria sahiu trocado o nome querido de Oliveira Fonceca. Em vez de José Joaquim, lê-se ali Joaquim José.

Outro erro grave insinuou-se á pag. 343, nota 1, onde a obra de VALASCO citada traz um nome que não é o seu. Leia-se, em vez do que ali está: *Decisionum*, II, cons. 182.

Os outros erros são de menor valia: uma virgula demais, como á pag. VII, linha 15, depois da palavra implacavel; *podera*, em vez de *pudera*, á pag. IX, linha 27; *organs*, em vez de *orgams*, á mesma pagina, linha 28 e em diversos outros logares; *ella*, em logar de *ellas*, á pag. XI, linha 8; *do* todas, por de todas, á pag. 21, linha 20; *dessas materias accumuladas*, por desses materiaes accumulados, pag. 26, linha 13; *nellas*, por nelles, á mesma pag., linha 14; uma virgula excessiva á pag. 34, linha 20, depois da adversativa *mas*; *vigor* por *viger*, á pag. 41, linha 17; um signal de crase inadmissivel á pag. 63, linha 12; *perpetualidade*, em vez de *perpetuidade*, á pag. 97, linha 23; uma virgula de mais á pag. 144, linha 12, depois da adversativa *mas*; *o epitheto*, em logar de os epithetos, á pag. 117, linha 13; *ethnica*, em vez de *ethica*, á pag. 161, linha 18; uma virgula desnecessaria á pag. 161, linha 7, depois da palavra *porém*; *ord.* 188, em logar de *ord.* 1,88, á pag. 171, linha 22; *natural*, em vez de *auctoral*, á pag. 189, linha 18; *declara*, em vez de *declarar*, á

## ERRATA

pag. 262, linha 17; a conjunção *si*, escripta á moda portugueza com *e*, na pag. 266, linha 1 e 2; á pag. 279, linha 10, *acrescento* em logar de *acrescenta*; a pag. 285 a chamada (1) da nota collocada na segunda linha, quando era na decima quinta, depois do algarismo 1836, que deuera estar; á pag. 308, linha 9, *extensivamente*, em vez de *ostensivamente*; á pag. 311, linha 24, *theologicamente*, em logar de *teleologicamente*; á pag. 332, linha 13, *eracção* por *meação*; á pag. 339, linha ultima, *juncção*, por *função*.

---