

# O anteprojeto de Código Civil

Ministro PEREIRA LIRA

Presidente do Instituto dos Advogados (D. F.)

A palestra de hoje não “acontecerá”. Vimos, aqui, antes para convidar os juristas deste seletto auditório a participar, em honra de Rui Barbosa, das “Comemorações do 50º Aniversário” do falecimento desse grande brasileiro.

Vimos, também, dar contas do que o Instituto dos Advogados já realizou, neste “Ano de Rui Barbosa”, como ainda gostaríamos de fazer o balanço do “Sesquicentenário da Independência” no plano jurídico, anunciando ao mesmo tempo a próxima abertura de um Colóquio sobre a Reforma do Código Civil, quando do envio do Projeto ao Congresso Nacional.

O que fizemos de homenagem a Rui Barbosa?

O Instituto dos Advogados e a Academia Brasiliense de Letras, com o co-patrocínio da Fundação Cultural do Distrito Federal, realizaram ciclos de palestras, comemorativas do quinquagésimo aniversário de falecimento do grande baiano, também grande cidadão do Mundo.

Eis o elenco de algumas das teses versadas: “Rui, Expressão Brasileira de Cultura” — pelo acadêmico Cândido Mota Filho; “Rui, Parlamentar” — pelo acadêmico Aderbal Jurema, Vice-Presidente da Câmara dos Deputados; “Rui, Internacionalista” — pelo acadêmico Valde-  
mar Lopes, Diretor da OEA, em Brasília; “Rui, Financista” — pelo acadêmico Aliomar Baleeiro, Ministro do Supremo Tribunal Federal; “Rui, Educador” — pelo acadêmico Jarbas Passarinho, Ministro da Educação e Cultura.

---

Texto taquigrafado, da gravação, pela Subsecretaria de Taquigrafia do Senado Federal e revisado pelo conferencista.

Reconstituímos, através de duas amostragens e películas cinematográficas, produzidas ou dirigidas por Manuel Diegues e Humberto Mauro, e exibidas no Auditório da Escola-Parque, a vida modelar do Fundador Jurídico da República.

Além disso, colaboramos na sessão magna, no Supremo, com o representante da Ordem dos Advogados, reconstituindo a vida dessa grande personalidade que encheu a História da nossa Pátria, no fim do 2º Reinado e no começo do Novo Regime.

Não poderemos esquecer, na Universidade de Brasília — promovida pela Reitoria — a notável conferência do Professor Josaphat Marinho, sobre “Rui Barbosa e a Liberdade”.

Agora, o Instituto dos Advogados vai consagrar o segundo semestre de 1973, e o primeiro de 1974, ao desenvolvimento do tema: “Rui e o Código Civil”.

Já realizamos, por outro lado, uma conferência em que o Mestre Miguel Reale nos deu, magistralmente, o panorama da reforma das nossas instituições civis. Está programada, e em ablativo de realização, a palestra-polêmica, sobre o Projeto de Código Civil, pelo nosso caro José Carlos Moreira Alves, aliás antecipada neste Simpósio, nas suas linhas gerais.

Temos esperança de ouvir, sobre “Obrigações”, Agostinho Alvim; sobre “Atividade Negocial”, Sílvio Marcondes; sobre “Direito das Coisas”, Ebert Vianna Chamoun; sobre “Direito de Família”, Clóvis do Couto e Silva; e, sobre “Direito das Sucessões”, Torquato Castro. Todos eles, mestres consumados.

Anima-nos o desejo de encerrar o projetado encontro jurídico com a palavra autorizada de Alfredo Buzaid, que, além de Ministro da Justiça, é a alma dessa e de outras reformas legislativas.

Esses, os propósitos do Instituto ou os por ele prestigiados.

Convosco, com a mocidade jurídica, estão o incentivo, o comparecimento, a motivação para o debate, para o esclarecimento, para a adoção de um mais aperfeiçoado e hodierno Código Civil — que é a Constituição do homem comum — esse, integrado em todas as categorias, e pertencente, indiretamente, a qualquer das classes sociais.

Vamos todos colaborar na fixação da norma para o homem da rotina, que é esposo, que é pai, que é irmão, que é avô, que é comprador ou vendedor, locatário ou proprietário, motorista ou pedestre, testador ou herdeiro, segurador ou segurado. Em suma: o homem comum.

É claro que não rastreamos os anteprojetos anteriores a 1916. Nem mesmo o Anteprojeto de Obrigações de 1941, a cargo de Hahnemann Guimarães, Filadelpho Azevedo e Orosimbo Nonato; nem o de 1965; nem o Projeto Orlando Gomes, de 1963; nem a Lei Preliminar de 1916; nem a de 1942; nem o Projeto ou o Anteprojeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas; cabendo, porém, esmerilhar, em especial e em bloco, esse magno assunto da codificação civil.

Abordará o Instituto, pragmaticamente, o Anteprojeto de que foi e é supervisor o Mestre Miguel Reale. Fá-lo-emos para louvar a contemporaneidade da sua estruturação jurídica.

Não nos sobrará tempo para miudear as suas diretrizes fundamentais. Mas, faremos uma triagem sumária do “novo” e do “velho”, do muito que foi aproveitado, e do, sensatamente, pouco de novidade que foi, no diploma, introduzido.

A primeira postila a fazer é que o rótulo — “Código Civil” — cobrirá, agora, uma espécie de *Corpus Juris*, de todo o nosso Direito Privado.

No Anteprojeto não se distinguem as obrigações civis das obrigações mercantis, não mais recolhidas em diplomas dicotomizados. Para esse efeito, está incluída no Projeto do Código Civil a parte legislativa, concernente às atividades negociais ou empresariais, com desdobramento dos direitos das obrigações, em conjugação com as obrigações civis, unificadas com as demais.

A chamada Lei Preliminar de 1916, reformada em 1942, assumirá a dignidade de uma codificação à parte, independente.

Isso, o que se projeta, com o futuro “Código de Aplicação das Normas Jurídicas.”

Louvavelmente, foi considerada inconveniente a supressão da Parte Geral do Código Civil, respeitando-se a atual estrutura, embora depois de atualizada e modernizada.

Sofreu inteligente remanejamento a distribuição da matéria, que foi posta de acordo com a atual sistemática civil, como aceita doutrinariamente.

No Projeto Miguel Reale não foram acolhidos, de regra, senão institutos e soluções normativas, já com estabilidade e sedimentação, ficando reservada, futuramente, para “a legislação aditiva” o dubitativo e o contestável, ou aquilo ainda em elaboração doutrinária.

Do Projeto, foram eliminadas as regras de ordem processual, a não ser as nele indissolivelmente ligadas, para não haver risco de mutilação no texto.

Os projetistas mantiveram, na Parte Geral, a disciplina dos prazos de prescrição da ação, na semântica do direito material, transferindo-se, para a Parte Especial, os preceitos relativos à “decadência do direito”.

A grande virtude do Projeto, porém, é que respeitou, sempre que possível, a redação do atual Código Civil. Aí está a grande homenagem ao seu autor, cuja obra não podia e não devia ser emendada, senão nas questões de fundo, quando necessário em face das mudanças geradas pelos “tempos novos”.

A intenção, assim, foi a de não mudar textos, desnecessariamente.

As mudanças no texto, realmente, só devem ser feitas em caso de alteração de fundo; ou em caso de desvio semântico nos últimos cinqüen-

ta anos. Sabemos que as palavras evoluem: a semântica sofre a ação do tempo. Basta dizer que *avarus*, em latim, é *ávido* em português; que *fortuna* não é riqueza, é *sorte*; que *injuria* é *ofensa*; que *persona* é *máscara*; que *sermo* é *conversa*; que *studium* é *gosto*; que *periculum* é *experiência*; que *ratio* é *método*...

De forma que temos de estar vigilantes quanto a esse tipo de evolução, porque há palavras no Código que se tornaram obsoletas: há profissões que desapareceram; há novas profissões que ainda não foram introduzidas na lei nem recomendadas e aceitas.

O de que se precisa é de atualizar, respeitando os textos, tanto quanto possível, só os mudando quando for, absoluta e imprescindivelmente, *compulsório*.

Esses textos já sofreram a atenção interpretativa dos tribunais, durante anos a fio, durante décadas a fio. As vírgulas já foram estudadas; os períodos já foram analisados; definitivas, as interpretações gramaticais, lógicas e sociológicas.

Todos os tipos de interpretação já enfocaram a quase totalidade desses textos. De forma que não é possível jogar pelas janelas todo esse acervo, adquirido pelo estudo de centenas e centenas de pessoas que se dedicaram durante todos esses anos à ciência da interpretação, à ciência da hermenêutica.

Outro assunto que gostaríamos de ver examinado com maior profundidade, se tempo houvera, seria a matéria *escorregadia* das "remissões".

Uma das coisas mais perigosas num texto legal é aquele "numerozinho" que vem perto do ponto final de um artigo. Na periculosidade que muitas vezes se encobre ali, perto, "lateja uma serpente naquela erva", como diziam os romanos. Muitas vezes, dessa "remissão" surge um entendimento dasastroso e que vicia todo um silogismo; e este fora anteriormente "montado" na persuasão de uma lógica perfeita: a matéria das "remissões", a sua importância, do ângulo do legislador.

No projeto só se fazem "remissões" quando impostas pela compreensão do dispositivo, e sempre a juízo do legislador. Sem que isso aconteça, não há lugar para "remissão".

Não há lugar, assim, para "remissão" apenas em virtude de correlação de matéria. As remissões resultantes de correlação de matéria são de uma periculosidade inconcebível. O problema da remissão é assim dos mais densos, e de conseqüências por vezes desastrosas. O bom princípio é determinar, por intermédio das remissões, "a integração" do dispositivo, correlacionando-os logicamente com os da aceção "complementar". O sentido de um dispositivo legal depende da totalidade do ordenamento. Essa exigência hermenêutica cresce de ponto, particularizando-se, quando, através da remissão, o próprio legislador vincula outros preceitos para a interpretação sistemática.

É preciso ser parcimonioso; mais do que parcimonioso, importa ser “preciso” na “vinculação” dos textos, deixando a tarefa integrativa à dinâmica criadora da doutrina, à luz dos fatos e valores emergentes.

Recordamo-nos, aqui, de um episódio jurídico muito curioso e ilustrativo e que nos permite fazer uma distinção: as remissões do legislador e as remissões do editor.

Todos nós conhecemos as edições que a cada ano se publicam, dos códigos, sobretudo do Código Civil. Nessas edições, encontramos “as remissões” em caracteres tipográficos comuns, e outras, em grifo; umas, em caracteres normais, originárias do próprio texto do legislador; e outras, em itálico, de quem reviu, de quem se encarregou da edição: do editor, afinal.

Já tivemos, certa vez, conhecimento de um Juiz integérrimo que fora conduzido a dar uma sentença em assunto polêmico. Distraído de seu verdadeiro caminho, por uma dessas edições, havia proferido uma decisão, não se pejando, ao depois, de conosco trocar idéias a respeito. A sentença estava proferida, e obtemperamos que não considerávamos boa a orientação exposta. E quando ele argumentou com “a remissão”, consultamos um velho livro “daquele tempo”, em que se guarda, ainda, a primeira publicação do Código Civil, revista por Paulo Lacerda.

Aí, então, verificou-se que a postila, numérica remissiva, invocada, era recente; era do editor, e não inicialmente do legislador. A liberdade — que aquele tomara com o texto indefeso — levara o julgador, já arrependido, a um verdadeiro descaminho interpretativo...

Lembramo-nos, ainda, de outro episódio. Certa vez, já estava votada uma lei, quando uma carta anônima, benfazeja, a um dos Membros da Comissão da Redação, na Câmara, chamava a atenção a respeito do problema dos frutos nos galhos das árvores, e dos ramos e ainda das raízes. Falava o texto numa reta, numa “perpendicular” sobre árvores limítrofes, em linha divisória.

A “perpendicular”, se o terreno é plano, tem um sentido; mas, num terreno de encosta, num aclave, num declive, tem outro rumo. E a Comissão tomou a decisão, de certo arbitrária, mas correta, de substituir o termo que estava mal empregado, por um salvador “vertical” — que servia, como expressão jurídica, para discriminar o poder de cortar raízes e ramos nas árvores limítrofes, até o plano vertical divisor, sejam elas situadas em terrenos planos, sejam em encostas de colinas. E o assunto estava conexado com o tema das remissões.

A Parte Geral do Projeto, temos o dever de discuti-la nas escolas, nas universidades, nas instituições culturais, no Instituto dos Advogados, na Ordem dos Advogados e, sobretudo, por aqueles que estão recentemente formados — advogados que estão agora indo para a vida, para o contato com os problemas...

Todos eles estão naturalmente convocados, e convocados *ex officio*, para esse debate que é nacional.

O Brasil pôde apresentar como um dos sinais de sua grandeza, há 50 anos, uma codificação civil que, sem exagero, sensibilizou o mundo jurídico, a seu tempo.

Pois bem; é essa tarefa que nós temos que realizar, agora, na década de 70.

Aliás, as décadas de 70 são beneméritas na História do Brasil.

A década de 70 no século passado foi a da pacificação política: a que permitiu um grande surto industrial em nosso País; um grande progresso material ao lado de progresso moral.

Se olharmos a Parte Geral desse Anteprojeto do Código Civil — que agora é uma espécie de senha que “abre” toda a legislação privatista — encontraremos muito o que destacar.

A hora que passa não é adequada, porém, para este solilóquio, que não é a nossa especialidade. Solilóquio não é o nosso gênero. Preferimos o diálogo socrático. Sempre sustentamos a necessidade de ocupar a atenção dos nossos pares, dos nossos amigos, dos nossos condiscípulos (porque não temos discípulos: temos condiscípulos), na técnica de seminário.

Por isso, trabalhamos num laboratório de Jurisprudência. . .

Ali, ocorrem todas as opiniões, no estilo brasileiro de “mutirão”.

Gostaríamos de a todos convocar, em pé de igualdade.

Unificar o Direito das Obrigações, no contexto do Código Civil, terá a vantagem de preservar a Parte Geral. Esta é, sem dúvida, o cimento das Subpartes Especiais.

Se estivesse ela fora do contexto, como quiseram alguns, como repetir a sua matéria, *passim*, nas Partes Especiais? Repeti-la, integralmente, seria uma superfetação. Resumi-la ou ministrá-la em doses, seria abrir flancos de vulnerabilidade manifesta.

Ademais, com a unificação do Direito Privado, mesmo chamando Código Civil ao Código de Direito Privado, impunha-se manter no pórtico do diploma a Parte Geral, dominando a matéria — não justaposta, mas organicamente disposta, a integrar o sistema, tanto mais quanto se desvincula, com acerto, o futuro Código de Aplicação das Normas Jurídicas, sucedâneo feliz da Lei Preliminar, aposta originariamente ao Código Civil.

De outra parte, foi acertado adir ao conjunto dos dispositivos, concernentes a pessoas, bens, fatos e atos jurídicos, disposições tangentes a matérias, aparentemente deslocadas, quais sejam as atinentes a pessoas jurídicas de Direito Público e a categorias de bens públicos. Servirá, pelo menos, para determinados cotejos (por exemplo: entre as pessoas jurídicas) e, ainda, por ser, tradicionalmente, o Direito Civil a *sedes materiae*, como direito comum, dos preceitos relativos às estruturas gerais e aos “modelos jurídicos” do ordenamento nacional.

Fixemos, pois, nossa atenção nessa codificação do “homem comum”. Verificaríamos logo, na Parte Geral, que unificar o direito das obrigações no contexto do Código Civil tem a vantagem de concorrer para “preservar” a Parte Geral.

A Parte Geral fica sendo uma espécie de esqueleto, ligando as Partes Especiais e atraindo a legislação aditiva, a crescer, fora do texto.

A Parte Geral é tão essencial que extrapola do privatismo.

O conjunto dos dispositivos concernentes a pessoas, bens, fatos e atos jurídicos, a rigor, está desprivatizado.

E onde colocar, embora com modificações, as disposições concernentes às pessoas jurídicas de Direito Público, e às categorias de bens públicos?

Na Parte Geral — para confronto com as demais pessoas jurídicas, privadas, e ainda por ser, naturalmente, o Direito Civil “a sede de matéria”, como Direito Comum — nos preceitos relativos às estruturas gerais do ordenamento jurídico nacional.

Ainda na Parte Geral, estamos todos homenageando o “Ano de Rui Barbosa”, dedicando-nos ao seu Código, ao Código a que ele emprestou sua clássica redação, sua impecável maneira de redigir.

Foi mantido na Parte Geral, o modelo de 1916, mas enriquecido com os direitos da personalidade.

Os nossos bons amigos, aqui presentes, além dos cancelos — e que muito breve estarão aquém deles —, hão de examinar e repensar que o tema mais agudo, mais fascinante da atualidade jurídica, no Brasil e no Mundo, é, entre os direitos da personalidade, o *direito à intimidade*.

Vivemos numa sociedade, não só de “telhado de vidro”, mas de “paredes de vidro”, de “soalho” e “telhado de vidro”.

Sabemos tudo. Sabem tudo, a nosso respeito. Não temos mais “intimidade”.

Há “um olho” que preside a toda a vida social; que enxerga tudo, que pesquisa tudo, pelas nossas declarações de renda, pelas nossas declarações e informações à polícia e a cabineiros dos apartamentos em que moramos. Sabem a nossa idade, o dia preciso em que nascemos, o nosso signo astrológico, quando viemos à luz.

Sabem quantos filhos temos, quantas pessoas sustentamos (se de nosso sangue ou não), os filhos adotivos que temos, e aqueles dependentes de que não gostamos muito de falar. Enfim, sabem tudo a nosso respeito: o número de livros que temos, o remédio que tomamos. Sabem a pressão do nosso sangue, o número de nossos glóbulos vermelhos, o número de glóbulos brancos. Em suma, somos espionados, policiados, por esse olho de Moloque que é o Estado, através das repartições fiscais, sanitárias, dos Institutos, dos Hospitais etc., etc.

Sabem tudo a nosso respeito. O Estado sabe mais a meu respeito, sobre os meus filhos, sobre os meus netos mais do que eu próprio, tendo tudo documentado.

Não há direito a uma vida íntima, a uma vida pessoal. Os direitos pessoais estão completamente por terra. Já temos notícia até de fotografias de pessoas, tiradas nas suas casas particulares. Estas são devassadas por profissionais, que usam até aparelhos de mergulho para fotografar, da intimidade de praias particulares, pessoas que não dariam essas fotos aos entes mais queridos. No entanto, fotógrafos profissionais as possuem, até em estado de nudez. De forma que esses Moloques — que são o Estado e a Imprensa — estão liquidando com o “direito à intimidade”.

É preciso, reagindo, dizer: temos direito a um círculo fechado; nele somente nós, com a nossa consciência. Podemos considerar-nos donos dos nossos pensamentos, sem submeter-nos a espionagens, a soros da verdade, a propagandas subliminares.

O Estado — Moloque — hoje vai para as suas televisões, vai para os seus aparelhos aperfeiçoados, fazendo transmissões, inspirando idéias, sugerindo doutrinas políticas. Não estamos, em verdade, sabendo tudo o que se passa, neste assunto; mas a subliminaridade é um fato que está acontecendo, no preparo de opiniões. Tomemos cuidado para não virar autómatos, fantoches. Uma humanidade “sem intimidade” é uma humanidade guiada como polichinelos.

Então, no novo Código, o direito à intimidade faz a sua presença: começa a se impor; começa a dar um pouco de garantia, o que não era possível quando foi feito o Projeto, no século passado, embora a discussão tivesse sido iniciada na primeira década deste século.

Outros pontos de revisão: a vida associativa. As pessoas naturais e as pessoas jurídicas: tanto as associações de pessoas naturais como de pessoas jurídicas.

A associação das pessoas naturais já é um fenômeno conhecido na vida moderna: o “associacionismo”. Mas o que está impressionando o mundo de hoje é a associação das pessoas jurídicas, as sociedades que se “ligam” e se “religam”, ora verticalmente, ora horizontalmente, *holdings*, *congregados*, sociedades de toda espécie — que acabam de ter um começo de regulação neste Projeto, com a sua divisão em associações e sociedades — estas últimas em dois ramos: sociedades civis e sociedades empresariais, considerado o fim de lucro, como fato inteiramente normal.

Dai a necessidade de colocar também nesse Código, que é um Código privado (mas, na publicística não pode deixar de ter um ponto de referência), “coisas” relativas ao Direito Público Interno.

Há que estar, este aí, como referência e comparação.

Há que fazer uma nova referência aos bens públicos, atentando-se, em a nova semântica, ao que é bem público.

Um ponto importante — e aqui temos alguma reserva quanto ao que se fez no Projeto — é a usucapibilidade dos bens públicos. É que o princípio do usucapião não funcionava quanto aos bens públicos. Essa vedação foi uma conquista, em harmonia com a preeminência do domínio público, mesmo sem esquecer a função moderna do direito de propriedade.

Abre-se, agora, uma brecha para os exploradores. Num país em que “os posseiros”, “os fabricantes” de escritura, os fraudadores da propriedade, “os técnicos” de registro público são em quantidade milionária, hão de ressurgir eles, mais audaciosos.

Está aberto um campo, onde se podem usucapir bens públicos da União, bens do Estado, bens do Município.

Não saberemos onde iremos parar, se vingar essa “usucapibilidade”.

Não ignoramos que aqui se colocaram a Nação e os Estados no mesmo plano das “partes”: Se há o usucapião contra ou sobre os bens dos particulares — deveria, por lógica, haver também sobre os bens públicos.

Esse argumento estaria realmente de acordo, e em paridade, com o novo conceito de propriedade.

Mas é certo que o Legislador não é um geômetra. É, antes, um clínico, um higienista.

Ele procura praticar uma medicina, também preventiva.

É um dos pontos sobre o qual temos dúvidas. O Estado precisa de ser defendido. O escândalo das terras devolutas aí está...

Outro assunto que seria de recomendar ao estudo de todos os jovens bacharéis que estão saindo do CEUB, é a atualização das normas referentes a atos jurídicos. Impõe-se uma mais rigorosa pre-determinação da constituição desses atos, dos seus efeitos e da invalidade dos negócios jurídicos.

Aqui está o alicerce do direito das obrigações. Importa fixar uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se equívocos. Esta é mais uma razão para que os Códigos Civis comecem com uma Parte Geral.

Outro instituto que, depois de uma longa ausência, ressurgiu, e com algum favoritismo, é “a lesão enorme”. Verificou-se que a vida moderna se tem exacerbado em esmagar os interesses dos menos protegidos.

É preciso fazer voltar à tona aquele instituto clássico, que nos veio da Península: “a lesão enorme”. Os juristas reinícolas davam gradações à lesão. Voltamos, assim, com o Projeto Miguel Reale, a esse instituto, velho e revelho.

O Projeto considera anulável o negócio jurídico pelo qual uma pessoa sob premente necessidade, ou por inexperiência, obriga-se a

prestação, manifestamente desproporcionada ao valor da prestação oposta.

Se abandonarmos o campo da Parte Geral e entrarmos na Parte Especial — e o faremos daqui a pouco — verificaremos, para logo, que se acolhe, em termos de disposição legislativa, uma conquista doutrinária: a função social do contrato, *ad instar* do que ocorre com o direito de propriedade, — cuja “liberdade licenciosa” é cerceada pela sua “função social”.

Aos conceitos frontais do bem individual e do bem comum, a distinção e a supremacia de um desses conceitos, definem toda uma filosofia. E a filosofia deste século é uma filosofia que dá supremacia ao “bem comum”.

Enquanto isso, novas figuras contratuais despontam no horizonte.

Mesmo no terreno das construções materiais aparece a figura do “projetista”, com seus direitos autorais, independentes dos do arquiteto, independentes dos do construtor, ao lado, e com grande desenvolvimento, nas incorporações de edifícios.

Mas, a grande conquista, que ainda será maior, com o desenvolvimento das “leis aditivas”, é a técnica de um “poder moderador”, conferido ao juiz e que tenha expressão na maior sabedoria, porque todo o direito moderno estará rumando para dar cada vez mais decisória, cada vez mais livre, cada vez mais inspirada na equidade, uma função ampliada ao julgador.

Que ele tenha as qualidades morais para o desempenho dessa função. E todos esses poderes lhe podem ser conferidos para que se faça justiça: a justiça temperada de equidade.

A atividade negocial — outro tópico fundamental — é uma selva espessa, que, ao ver de muitos, deforma, defeitua o Código Civil. Essa atividade negocial, não pode ser colocada como oposta de “negócio” a “ócio”, porque o conceito de *ócio* já não é o conceito de *lazer*. *Nec otio* ... “Ócio”, “lazer”, são conceitos, hoje, filosoficamente expressivos, marcantes, de forma que a atividade negocial dá um sentido, dentro do Direito Obrigacional, de lucro, de lucro sim, com um fim comercial. Também um fim que hoje está colorindo a palavra — empresariado. Deve-se-lhe a recepção, aqui, ao Mestre Miguel Reale, que não quis levar às últimas conseqüências a aplicação dessa “noção de empresariado” ao trabalho intelectual.

Sabemos muito bem que filosofias novas, que práticas políticas novas, que regimes novos querem equiparar o trabalho intelectual ao trabalho braçal.

Mas, evidentemente, isso não tem apoio nos fatos. Isso não tem esse sentido, porque há “as vocações”, do ponto-de-vista intelectual; e essas vocações também se inscrevem e se discriminam nesses capítulos do trabalho, tanto de profissão intelectual, como de profissão predominantemente braçal.

E assim o Professor Miguel Reale inclinou-se pela exclusão da classificação de “empresário” para quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

É cedo, é muito cedo para essas equiparações que algumas pessoas, que algumas correntes, que algumas filosofias pretendem empreender, e propugnar, na sociedade do futuro.

A proteção das minorias foi também bem tratada no Código, embora ainda com certa timidez, porque, assim como toda sociedade moderna está sofrendo a crise da “proteção das minorias” no âmbito político — assim, no âmbito econômico, a proteção das minorias é um fato impositivo.

Muito curiosa também a fórmula encontrada para, numa palavra, cobrir todo esse conjunto de sociedades, de pessoas jurídicas que “se ligam”, ora horizontalmente, ora verticalmente, com interesses mais ou menos “interligados”; e que aqui são “conglomerados”, ali, são “aliados”, recebendo, em suma, no mundo internacional e no Direito Comparado, as mais diferentes qualificações, com terminologia absolutamente incoincidente. A elas já nos referimos. Mas é aqui o lugar de assinalar que foi adotada, neste projeto, a denominação de “sociedades ligadas”, como fórmula mais lata, vamos dizer assim, dentro da qual muitas coisas podem ser compreendidas.

No Livro do Direito das Coisas, um sentido socialista se vê no art. 1.422, § 4º, que se inspira na procura de “uma paz demagógica”, para os morros do Rio de Janeiro, e alhures, cujas propriedades estavam escrituradas e registradas sob nomes latifundiários, mas onde as populações “ocupantes” construíram verdadeiras subúrbios citadinas.

O eleitorado dos morros se constituiu em “grupo de pressão”, em arma política. Acabaram os fatos novos conseguindo fazer vigorar uma doutrina que poderá não ser muito rigorosa do ponto de vista jurídico, mas o certo é que está tendo assento na “jurisprudência de equidade”. E acaba de encontrar guarida no Projeto do Código, graças ao idealismo e ao espírito equânime de Miguel Reale.

Para essas situações coletivas em que há pessoas plurais, muitas vezes em massa e outras vezes individualizadas, e às vezes mistas, individualizadas e coletivizadas, o Projeto dá o remédio: um remédio que é uma verdadeira “expropriação judicial”.

Dá-se ao Juiz, com a sua sentença, por soberania, a faculdade de transferir a propriedade. A isto chamara o Professor Miguel Reale, “a posse-trabalho”: um trabalho criado, uma posse qualificada, chegando à desapropriação judicial, concreta, individualizada, substantiva, porquanto a desapropriação não é facultada ao Poder Judiciário só para execução, adjetivamente. Ela também pode ser “deliberada” pelo Poder Judicial, substantivamente, nos casos de equidade, como este caso que encontrou guarida no Projeto do Código. É a conversão da “posse trabalho” em propriedade. Inovação avançada...

Os prazos de prescrição foram extraordinariamente restringidos: usucapião extraordinário, em 15 anos; usucapião de justo título, de boa-fé, em cinco anos.

Restaurou-se “o direito de superfície”. Os romanistas sabem a importância que o direito de superfície teve na velha doutrina.

Nas grandes plantações de coqueiros do Brasil, houve aplicação prática de direito de superfície. Mas esse direito não ganhou receptividade no Código Civil, de Clóvis Bevilacqua. Mas agora, neste Projeto de Código, concedeu-se lugar ao direito de superfície. Vamos ver se ele vai ser aceito facilmente pelos intérpretes: por aqueles que terão poder de decisão, como ingresso teve a propriedade fiduciária, de duvidosa compatibilidade com o gênio do chamado direito continental.

Curiosa a luta que se estabeleceu, não se sabe por que motivo, para a erradicação do instituto da anticrese. Felizmente, foi ele mantido, porque a anticrese resolve pragmaticamente muitas situações. No Direito anglo-saxônico, também, ela tem tido a maior valia, às vezes com outro nome, e, ali, tem a mais dilatada aplicação.

No direito de sucessão, há melhor regulamentação da capacidade ativa para suceder, por parte do nascituro. A situação do nascituro cresce, assim, de importância. Por outro lado, merece novo tratamento o cônjuge, dando-se-lhe posição de herdeiro, chamado à herança, ao lado dos descendentes e dos ascendentes do *de cujus*, isoladamente, não só com a categoria de herdeiro sucessivo, não concorrente.

Maior amparo é dado aos filhos ilegítimos, contemplados agora com dois terços do que ora é dado aos filhos chamados legítimos, na divisão hereditária. Novas normas quanto à situação do filho adotivo e do adotado, conforme se trata de adoção simples ou plena.

Mas a grande revolução está, propriamente e ainda, no Direito de Família. Começa que o Projeto inicialmente merece louvor. Aquele “caravançará” — em que resultou o atual Direito de Família — fora emendado, supraemendado, superemendado: direito pessoal misturado com direito patrimonial. Agora, o direito pessoal foi destacado do direito patrimonial. Foram separados, embora a separação total seja impossível, nessa matéria. Agora, estão distintos o direito pessoal e o direito patrimonial da Família.

Um problema — que era de solução muito difícil, pelo vigente texto legal — é o relativo, é o pertinente à contestação, pelo marido, da legitimidade de filhos nascidos de sua mulher. É um dos problemas mais aflitivos e espinhosos do Direito. Mas agora foi dado um tratamento menos sistemático. Aqui se nota a vitória de uma jurisprudência corajosa, que procurou derrubar tabus em que ninguém mais acredita. O legislador antigo, na sua forma incisiva de lançar as palavras, pretendia fechar portas ao exame de um “ente de razão” o que não conseguiu.

A filosofia do instituto da adoção sofre também uma revolução, aliás, completa revolução, porque ele já vinha sofrendo modificações parciais, embora drásticas.

O instituto da adoção — que era um instituto que serviu até para se herdarem coroas imperiais em Roma — criou sufixos nas palavras para designar adoção (*Justiniano*, filho adotivo de *Justino*), penetrando até no Direito Político, em Roma e sucessores.

O instituto da adoção era a benefício do adotante.

De certo tempo para cá, passou a ser a benefício do adotado. As guerras levaram a França, juridicamente, a ser mãe adotiva de muitos dos filhos dos que por ela morreram nos campos da batalha. O Brasil, embora longe dos teatros de guerra, filiou-se, em boa hora, à filosofia de que a adoção é um movimento a favor do adotado e não do adotante. Formou-se instituto assistencial, pelo menos em tese.

Novos critérios foram estabelecidos, mais avançados, firmando-se uma orientação referente à adoção plena e à adoção restrita, para distinguir também a idade do adotado, conforme seus interesses, com maior ou menor vinculação no parentesco.

O critério para fixar o direito alimentário teve nova formulação, abandonado que foi o rígido critério da mera garantia de meios de subsistência, puramente materiais, para serem atendidos novos componentes de congruidade.

O “bem de família” — que nós copiamos (Feliciano Pena) do *homestead* dos americanos, quando da grande crise financeira americana, tão conhecida da História, sem aplicação ficou no Brasil, pela impossibilidade, pela impraticabilidade, pela implausibilidade.

Acaba de tomar forma nova e parece que vai ter condições de viabilidade.

Mas, o grande tópico em que esse Projeto de Código assume uma espécie de liderança é no de abaixar a máscara da hipocrisia e reconhecer o concubinato, disciplinando as relações patrimoniais entre concubinos. O Projeto cuida disso, muito ao contrário da Constituição ou das Constituições que têm vindo até aqui, em que há ironias tranqüilas: “A família se funda no casamento”. Vamos parar aqui. Não! A família natural, por exemplo, não se funda no casamento. A família adotiva (um homem solteiro pode “adotar” e ter família adotiva), também não se funda no casamento...

“É indissolúvel”! Com licença: não é indissolúvel. Não: a viuvez dissolve o casamento; e a pessoa pode recasar.

Na Grécia é que, depois de ser viúvo três vezes, não mais se pode casar. É um impedimento especial, imaginado pelos gregos, porque lá eles não querem nenhum “barba azul”...

Mas, não é indissolúvel o casamento...

“Está sob a proteção do Estado”. Não! Quem está sob a proteção do Estado, das leis trabalhistas, é o concubinato: o casamento não está, especialmente, sob a proteção do Estado. Ao contrário, o que está protegido (e precisa) é o concubinato.

Agora vem o Projeto e disciplina a relação patrimonial entre concubinos. Parece-nos que é um passo avançado, interessante; e que tem a vantagem de não esconder a verdade, de não tentar tapar o sol com uma peneira. O concubinato existe. Não se pode ignorá-lo.

O ponto máximo de interesse, porém, é o que se chama “regime legal da comunhão”. Quem casa no Brasil, sem dizer o regime que adotou (e não havendo impedimento que imponha a separação), fá-lo pelo regime da comunhão. Então, diz a lei: “Pelo regime legal da comunhão”. Temos a impressão de que, se este é regime legal, os outros não o seriam. Se este é legal, os outros deveriam ser ilegais? Evidente que não. Todos são “legais”.

Agora, o Projeto, “de fond en comble”, muda algo tradicional.

Acaba com a doutrina da “comunhão implícita” (que também não é universal), sendo certo que o Código Civil chama de “comunhão universal” certo regime, e começa com uma lista imensa das coisas que são excetuadas da comunhão...

De forma que esta comunhão universal não é tão universal; e este regime legal não é tão exclusivamente “legal”, porque há outros, “legais”.

Há, também, a mentira do regime dotal. Quem, nesta Assembléia, conhece alguém casado no regime dotal? Achamos que ninguém. O regime dotal servia, quase somente, para os casamentos dinásticos.

É o que havia em matéria de regime dotal.

Certa vez, uma professora na França nos disse que o que estava no Código Civil Brasileiro, sobre regime dotal, era tão longo e minucioso, que tinha ela a impressão de que todos os brasileiros se casavam no regime dotal. É exatamente o contrário! No Brasil ninguém se casa no regime dotal.

Então, o projeto acabou com a comunhão chamada universal, até aqui adotada para os que a quiserem pactuar, e para aqueles que, sem incorrer na penalidade civil de casar pela separação contraem núpcias sem declarar qual o regime expressamente escolhido.

Então, o Projeto dá acolhimento, como regime implícito, à comunhão parcial, sob a forma de comunhão de aquestos, de conformidade com o disposto no art. 1.854, combinado com os artigos 1870 *usque* 1.878.

Quer dizer: esse assunto nos parece algo dubitativo. Devemos pensar muito antes de contrariar a nossa tradição. Sabemos que, a rigor, em Portugal e na Holanda, havia preferência pelo regime da comunhão total. As razões eram sociológicas.

Na Holanda, os agricultores, os homens de moinho, cultivadores de tulipas, iam para as planuras, abaixo do nível do mar. Levavam uma mulher e lá se dedicavam ao trabalho. Mas eles estavam, a cada momento, sob a ameaça de um dique que se rompia. Aqueles diques eram feitos da maneira a mais precária, com ramos de árvore e massapê. Muitas vezes rompiam aquelas barragens primitivas, e havia inundações. E os casais morriam, afogados, sem apelo nem salvamento.

O homem e a mulher que se colocam numa posição dessas como os que vão morar nas fraldas dos vulcões, e que sabem que a qualquer hora pode arrebentar uma erupção — não têm muita confiança e interesse de discutir “o meu” e “o teu”. Por isso, a Holanda foi terra talhada para o regime da comunhão.

Em Portugal, sociologicamente, a mesma coisa. Quando o mouro Tarik invadiu a Península Ibérica, expulsou os seus moradores para o extremo norte, dando ao estreito o seu nome — Gibraltar — de Tarik. Este é o seu nome — Estreito de Tarik. Os habitantes foram encurralados no Norte da Península. Fizeram-se precisos séculos, para desalojar os árabes, que só abandonaram Granada — o último reduto —, já no reinado de Isabel, a Católica.

Passaram-se anos e anos. Havia, aqui e ali, uma fortaleza: Castro. Os habitantes da Península, os antiárabes, criavam, assim, pequenos e grandes fortins. Adiante, havia “uma terra de ninguém”. E aqueles casais iam plantar nela, para alimentar os agrupamentos militares ou regimentos que ali estacionavam. “Terra de ninguém” era o sítio das incursões noturnas. Mouros e cristãos corriam risco permanente.

Estes não estavam livres do alfange mouro, madrugadas escuras ou tempestuosas. Iam-se as suas cabeças, colhidas pelas cimitarras islâmicas.

Eles não tinham, assim, interesse em discutir, antes da expulsão, “o meu” e “o teu”. E, então, casavam (no regime implícito da comunhão), sem discutir esse problema. O casamento religioso era o único. Igualmente, todas as províncias, depois espanholas, que estavam “acostadas” naquela linha central das lutas entre os mouros e os habitantes da Península, os ancestrais dos portugueses. Até que eles conseguiram fazer, aqui e ali, “ajustes moçárabes”, vivendo em paz algum tempo etc., etc. Mas o certo é que eles não discutiam “o meu” e “o teu”, entre marido e mulher.

Esse era o regime da comunhão que, ali, em Portugal, vigorava até 1967.

Ao contrário, as províncias, depois espanholas, que têm o regime de “la mejora”, eram para os lados do Mediterrâneo. As províncias, hoje, espanholas, rentes com o hoje Portugal, tinham o regime da comunhão.

A Holanda passou o regime para a África do Sul, para as populações brancas. Portugal passou-o para o Brasil.

Foi esse o regime até 1967, em Portugal.

Em 1967, Portugal mudou. Será que nós agora também devemos mudar, como Portugal? Será que faremos bem, rompendo com uma tradição plurisecular?

É a indagação que deixamos no ar, nessa improvisada tertúlia.

Será que iremos atentar contra “essa grandeza” do casamento, que é a fusão de almas e bens, numa união completa? Não é essa, já e também, uma tradição brasileira?

Embora ainda não tenhamos um pensamento formado, a respeito desse problema, reservamo-nos, numa atitude dubitativa, quanto a essa mudança para um regime novo.

Aliás, não o chamaríamos de “regime legal”, mas de “regime implícito” — que é o regime daqueles que, podendo, não fizeram nenhum pacto antenupcial, não tendo “impedimento” proibitivo de comunhão.

Devemos manter a velha regra das Ordenações? Ordenações essas que são muito mais brasileiras do que portuguesas, porque, em Portugal, elas cessaram em 1867, com a substituição pelo Código Civil do Visconde de Seabra, e, no Brasil, continuaram vigentes até 1917; e repetidas foram, no tópico, pelo Código Civil.

São muito mais nossas as Ordenações do Reino do que de Portugal, porque vigoraram mais 50 anos, aqui do que lá.

Há um outro instituto, ainda em matéria de regime de bens, que o Projeto do Código chama de “regime de participação ‘final’ de aquestos”. É um instituto alienígena. Países europeus terão esse sistema. Será que nós precisamos dessa novidade? Nós temos o regime dotal e não o praticamos. Herdamos-lo dos romanos. Tivemos-lo nas Ordenações. O brasileiro deu as costas ao regime dotal. Como é que vamos esperar ter, na prática, a novidade de um regime de participação “final” de aquestos? Sob essa denominação de regime de participação “final” de aquestos, procura-se distingui-lo do regime da comunhão “parcial”, que implica naquela participação desde a celebração do casamento. Prevê-se um novo regime de bens que — certo — poderá atender a raras situações especiais. Tal como se verifica em as nações — dizem os projetistas — que atingiram maior grau de desenvolvimento. É freqüente o caso de ambos os cônjuges exercerem atividades empresariais distintas. Não sabemos se, com esse regime estranho à tradição brasileira (que incorrerá talvez na condenação de um tendencioso nacionalismo que é imanente no espírito do brasileiro), não ocorrerá o mesmo que ocorreu com o regime dotal: isto é, “a rejeição”, na prática.

Meus amigos: teríamos muito o que dizer. Examinar a contribuição de Rui Barbosa. Examinar uma contribuição, esquecida aqui: a de José Bonifácio, ao colocar os Códigos no Projeto de Constituição de 1823 que muita gente pensa foi obra da Constituição de 1824. No céle-

bre "Apostolado", o seu irmão, Antônio Carlos, foi o Relator, como o foi na Constituinte dissolvida. Mostrou ali a necessidade de se fazer, quanto antes, o Código Civil. Não examinaremos os diferentes projetos, dando, contudo, a devida preeminência ao Projeto Felício dos Santos, que, ao lado do de Clóvis Bevilacqua e deste autal, é das maiores contribuições recebidas pela civilística brasileira.

Não cuidaremos das nossas pesquisas sobre o trabalho, pouco citado, do Visconde de Seabra, que, depois de projetar o Código Civil para Portugal, promulgado em 1867, também mandou, de presente, para o Brasil, um Projeto de Código Civil. Matéria pouco estudada, a do Projeto Seabra... para o Brasil...

Não trataremos de nenhum desses assuntos.

Limitar-nos-emos, pelo adiantado da hora, a mostrar que o Código não é um diploma doutrinal ou conceitual: é um instrumento operacional. Para governar: para dar paz à vida civilística de um povo: ao homem comum; ao homem, nas suas atividades normais.

Então, devemos mudar o menos possível, nos textos satisfatórios, existentes. Só mudar aquilo que deve ser mudado...

Quando o Código for substituído — o velho Código de Clóvis Bevilacqua —, como o poema de Camões — esses dois documentos serão os dois principais repositórios da Língua Portuguesa.

Um, a epopéia de Portugal; no outro, um retrato da civilização Brasileira, nos umbrais do século XX.

Devemos, portanto, poupando alterações, evitar o mais possível de tocar nesta grande peça, de bom senso, de grandeza estilística, de perfeição de linguagem, que é o Código Civil Brasileiro.

Estamos diante do Direito e da Lei.

Hoje, todos estão de acordo num fato: é o que o Direito não está na Lei, ou pelo menos, não está *todo* na Lei.

A Lei é "uma proposta" daqueles que têm nas mãos o instrumento de legislar, seja uma Assembléia Legislativa, seja um homem ou um grupo, político ou não.

Há uma consciência de aceitação; ou não há essa consciência. Há uma revolta explícita ou uma revolta surda?

O certo é que a Lei é uma "proposta" de conduta, que nem sempre é aceita pelo consenso geral.

A jurisprudência dos Tribunais, assim, é que exprime, em realidade, o Direito. A Lei, portanto, é "uma proposição". A jurisprudência é que é o Direito realizado. E essa jurisprudência, no Brasil, atingiu um esplendor muito grande.

Esse esplendor decorre do seguinte: quando quase todos os países do mundo têm o primado da "legislação", quando os países anglo-saxônicos têm o primado do "precedente" — o Brasil é o único país do

mundo que adota a lei escrita, mas considera a jurisprudência “fonte do direito”, com “precedência” sobre a Lei escrita em determinadas condições.

No Brasil há alguma coisa que está valendo mais que o texto do lei escrita: é a jurisprudência avalizada pelo Supremo Tribunal: “A Súmula”.

É a Lei “oralizada” pelo Supremo Tribunal Federal. É a Súmula; é o Direito Sumulado.

Podemos nós, diante da “Súmula”, alcançar como os romanos foram dotados de senso divinatório, quando estabeleceram que a Lei é o magistrado mudo e o Magistrado é a Lei que fala.

Não devemos esquecer-nos de que os juristas, os magistrados, os doutrinadores, os legisladores não de ter algo de “oracular”. Não de ter algo de “profético”, fixando o olhar no futuro, para adivinhá-lo.

Futurologia Jurídica, hoje, é uma ciência.

O Direito e os fatos vivem em constante luta, tentando uma constante adaptação ou reajustamento, recíproco.

Mas é conhecida a sentença segundo a qual, todos os dias, a sociedade reforma as leis; mas não é testemunhado pelos homens ver as leis reformarem a sociedade.

É de lembrar, aqui, o apólogo da pedra e da gota de água.

Ou o apólogo da panela de ferro e da panela de barro.

Mas, no Direito, há esta coisa surpreendente: a “panela de barro” é a Lei; e a “panela de ferro” é a Jurisprudência.

É que toda lei nasce “atrasada”.

Se quiséssemos dar a esta assembléia um símbolo, diríamos:

Nas noites de Brasília, nas noites maravilhosas de Brasília, quando as nuvens e as estrelas do céu se retratam no Lago, e o nosso olhar se debruça sobre o lençol líquido, — a luz dessas estrelas e a imagem dessas nuvens impressionam a nossa retina. Mas, no momento em que tomamos conhecimento desse fenômeno, as nuvens já não estão no mesmo lugar e as estrelas não brilham como brilhavam. Até já se apagaram, muita vez.

A Lei sempre chega “atrasada”. A jurisprudência, não!

O relógio de uma, a Lei, tem as décadas como unidade; o relógio da outra, a jurisprudência, marca as unidades, na base do ano solar.

Por isso, o Juiz e o homem do Direito — o jurista —, tem que ter um sentido divinatório, antecipando “a regra do futuro”.

“Saber, para prever, a fim de prover.”

Sejamos contemporâneos do futuro.