

O PROBLEMA DA CODIFICAÇÃO

DO

DIREITO CIVIL

---

# O PROBLEMA DA CODIFICAÇÃO

DO

DIREITO CIVIL

---

(Separata do *Instituto*)



COIMBRA  
Imprensa da Universidade  
1906

Dissertação para a 8.<sup>a</sup> cadeira  
da Faculdade de Direito (direito  
civil) da Universidade de Coim-  
bra.

AO

ILLUSTRÍSSIMO E EXCELLENTÍSSIMO SENHOR

DR. GUILHERME ALVÈS MOREIRA

O. e D.

*O autor.*

## I

### A evolução do direito: do costume ao código

Sendo o homem um ser essencialmente social, e sendo o direito o conjunto de normas por que se regulam as suas relações com os seus semelhantes, de tal sorte que não se pôde conceber o direito fóra da sociedade, é manifesto que achando-se esta sujeita á lei da evolução, tambem o direito a ella fica sujeito.

O fenomeno juridico não pôde estar separado dos outros fenomenos sociaes. O direito não é, portanto, um produto arbitrario que as circumstancias, o acaso ou a sabedoria dos homens poderiam fazer diferente: elle sae da consciencia comum do povo, do espirito geral que o anima. Fôrma-se como a lingua, e como ella se desenvolve, por uma série de transformações, que implicam tambem, como toda a evolução, continuidade e dependencia, estados condicionados, legados ás gerações futuras. «Sem duvida, como nota Ihering, a intenção e o calculo humanos contribuem a formal-o, mas um e outra antes o *encontram* do que o *criam*, porque o nascimento e a formação das relações nas quaes se move a vida da especie humana, não dependem delles. O direito e as suas instituições surgiram sob a impulsão da vida; é ella que lhes conserva a sua incessante actividade exterior». A lei de evolução, pois, genialmente formulada por Savigny, é tão verdadeira em relação ao direito, como nas sciencias naturaes,

ás quaes, com maior amplitude, foi applicada por Darwin e Spencer.

A evolução das relações jurídicas de ordem privada passou, segundo Enrico Cimbali, por tres fases: 1.<sup>a</sup> A fórma primitiva de confusão e de completa absorção do elemento individual no elemento social, e na ordem economica, completa ausencia de qualquer industria; 2.<sup>a</sup> A fórma secundaria de distincção e completa emancipação do elemento individual do elemento social, na qual surge e se desenvolve a pequena industria; 3.<sup>a</sup> A fórma ultima de reconciliação e de reintegração do elemento individual no elemento social, coeva do desenvolvimento gigantesco da grande industria.

Embora não sejam exactas estas diversas carateristicas, que me parecem mal definidas, não ha duvida que o direito passou por diversas fases, não nos sendo dado determinar, desde já e dum modo preciso, qual deva ser a fase ultima dessa longa evolução, o que pertence aos mysterios do futuro.

a) Parece hoje incontestavel que os primitivos agrupamentos humanos viveram num estado de barbarie ou selvageria, caraterizado pela homogeneidade, ou, antes, pouca variedade e simplicidade nos actos e relações da vida civil, consequencia do limitado numero de necessidades e expressão da espontaneidade congenita, do instinto imitativo, dum profundo misoneismo baseado no temor aos deuses, na veneração aos antepassados.

Neste periodo da infancia dos povos, tão pobre de idéas e em que só se manifestam as acções e reacções instinctivas em face de casos concretos, que incessantemente perturbam o equilibrio social, as normas reguladoras das relações sociaes irrompem espontaneas da consciencia do povo, transmitem-se pela tradição e, repetidas durante seculos, transformam-se em *costumes*; e quando estes foram garantidos pela coacção familiar ou social, visto a sua força propria não

ser sufficiente para reprimir os infractores, converteram-se em normas jurídicas. «Na historia de todos os povos, diz Cogliolo, se vê sempre que a passagem duma norma á esfera do direito é motivada pelas suas frequentes violações e por ser infringida a força de adesão dos costumes». E como nota bem Presutti, o que distingue as normas de costume jurídicas das normas moraes, religiosas ou meramente costumarias, não é sempre o conteúdo dellas, mas as sanções que as garantem.

Formou-se assim o *direito consuetudinario*. O estado rudimentar da civilisação não exigia ainda a invenção da escrita; e ainda depois desta invenção, não houve necessidade de *leis escritas*, visto o limitado numero dos direitos e deveres reciprocos dos individuos agrupados.

b) Mais tarde, tendo augmentado a população, operando-se a progressiva transformação dos primitivos grupos ethnicos, constituídos sob a acção das leis da existencia, em verdadeiros corpos politicos, em estados regularmente organizados; desenvolvendo-se a industria, o commercio, as artes, as sciencias, a literatura; manifestando-se e definindo-se mais claramente a liberdade individual e o conceito da justiça; estabelecendo-se e ampliando-se mais e mais a propriedade individual; multiplicando-se as necessidades, que exigiram outros tantos meios de as satisfazer; realizando-se a diferenciação e a especialisação de toda a sorte de funções sociaes; — as relações jurídicas de direito privado tornaram-se tão numerosas, tão complexas, que fizeram a consciencia comum do povo cada vez menos perceptivel e clara, e a formação espontanea do direito unicamente pelo espirito geral da nação, o méro *direito costumario*, se tornou insufficiente; fez-se necessaria a *lei escrita*, nascida da imperiosa necessidade de regular dum modo certo e definido as variadas e mui variaveis condições sociaes; leis *especiaes*, verdadeiras *tentativas* jurídicas, executadas em relação aos costumes que se fixa-

vam e á medida que elles se convertiam em *habito social*, modo de ser inconsciente do povo.

A multiplicidade das necessidades e das relações sociaes gerou a multiplicidade das leis; e além disso, não podendo o legislador acompanhar *pari passu* o incessante desenvolvimento dessas necessidades e relações, aos magistrados ficou esse encargo de prover aos casos imprevisos diuturnamente occorrentes; donde, uma nova série de normas reguladoras e creadoras de legislação social. Este fenomeno, de que foi esplendido documento, como nota Cimbali, a obra civilisadora do pretor em Roma, instrumento infatigavel do progresso e órgão vivo do direito, ainda hoje o vemos na Inglaterra, unico povo similhante ao romano. «A legislação e a sciencia constituem, neste periodo, como diz Tanon, os órgãos do espirito nacional suscitados para a creação das novas instituições tornadas necessarias, e modificar e annullar as que não correspondem já ás exigencias do tempo. O direito, nesta nova elaboração, tem uma dupla vida: dum lado, constituindo uma parte da vida total do povo, á qual continúa ligado; doutro, como uma sciencia particular, nas mãos dós legisladores e juristas». Essa mesma multiplicidade de leis, porém, produzindo a confusão e a incerteza do direito, determinam a compilação dellas em colecções ou *corpos jurídicos*.

c) Mas, encerrado o periodo do movimento e da produção espontanea, o ciclo das tentativas incertas e da expansão illimitada em toda uma dada esfera de relações juridicas, veiu a época da *codificação*. Após o lento, laborioso e minucioso trabalho de análise, veiu o esforço mais elevado da sintese, que intégra, — colhendo o nexó da unidade e de continuidade das relações, atravez da variedade e da descontinuidade das formações sociaes, — o trabalho precedente de análise com a fixação das normas e medida commum dellas.

Esta fase da evolução do direito corresponde ao triunfo

progressivo do individualismo que, partindo do direito romano, se realisou completamente com a Revolução francesa de 1789, que suprimiu todas as desigualdades sociaes em face da lei e as causas de predomínio favoraveis aos chefes do Estado e ás classes privilegiadas, ao mesmo tempo que se arvorou em lei dominante da vida social a *luta pela existencia*, a *selecção dos fortes*, e se fixou como a função unica do direito assegurar a simples coexistencia dos homens em sociedade, segundo a fórmula de Kant. É por isso que Cimbali chama ás leis sistematizadas neste periodo, nosso contemporaneo: *Codigos do direito privado individual*.

d) Qual será a característica da fase ulterior desta evolução? Afirma-o dum modo positivo seria inútil auctacia. Porém, o estudo dos fenomenos sociaes do fim do seculo XIX e deste alvorecer do seculo XX deixa-nos ver que a demasiada expansão do individualismo, sem outra lei que não seja a brutal *luta pela existencia* e a *selecção dos fortes* com o esmagamento dos *fracos*, não pôde ser a forma social mais perfeita. A *pulverisação social*, o *atomismo individual*, provou-se devêras nocivo. Resulta dahi que, em todos os ramos de actividade humana, se está operando um grande movimento de concentração ou integração; o principio associativo vai-se desenvolvendo progressivamente, de tal sorte que Charles Gide pôde dizer (no congresso das associações reunido no *Museu social* de Paris, em 22 de novembro de 1898) que «o seculo XX seria o seculo da associação»; e um grupo notavel de pensadores e politicos pretende até, com a decidida, mas quasi inconsciente adesão das classes operarias, que são as que mais sofrem, implantar o *socialismo* ou a apropriação pelo Estado de todos os instrumentos da produção. Este sistema, porém, não é mais do que uma exagerada reacção contra o individualismo *atomico*; e se é certo que a humanidade caminha sempre para uma forma social mais perfeita, se o progresso é, como parece, a sua

aspiração dominante, o socialismo não terá razão de ser, porque representa o regresso, a paralisia. A humanidade, que lutou durante seculos pela conquista da liberdade individual, não vae decerto renunciar a ella, engodada por uma série de fantasias e de sofismas habilidosos. E as experiencias feitas, antigas e modernas, e os factos que todos os dias observamos, mostram-nos que o homem nunca quereá, de futuro, uma fôrma social em que periguem a sua liberdade, a sua iniciativa, a sua personalidade. Se o individualismo é mau, o socialismo, tal como até hoje o têm sonhado os teóricos, será pessimo. Os extremos tocam-se. Se o individualismo conduz á prepotencia dos fortes e ao aniquilamento ou opressão dos fracos, o socialismo conduz ao aniquilamento ou opressão das energias individuaes, que são factores determinantes do progresso ou do melhoramento social; e não podia ter muita dura, pela natural e inevitável reacção dessas energias, que não podem ser comprimidas senão dentro de certos limites. «O principio do direito, diz Vanni, não pôde residir exclusivamente no individuo, nem exclusivamente na sociedade, mas na conjunção dos dois momentos».

Desta lucha entre o individualismo e o socialismo, destas duas forças divergentes virá, decerto, como succede na ordem fisica, uma *resultante*, uma fôrma social que não será precisamente a actual, e ainda menos a socialista, mas que participará duma e doutra. Veremos surgir, a pouco e pouco, uma série immensa de relações sociaes, absolutamente ignoradas das legislações vigentes, determinando novas normas reguladoras dellas, á medida que se produzem, dum modo permanente — fruto do principio triunfante da sociabilidade, da reunião e da associação — entes juridicos novos exigidos pelas novas necessidades, ao passo que outros, não tendo já condições aptas para a sua existencia, cessarão de viver, como as ordens religiosas, ou terão de se transformar

para viver, como as obras pias. Este movimento, que já se manifesta em materia de trabalho salariado, de legislação operaria, de responsabilidade civil, de expropriação por utilidade publica, de nacionalisação ou municipalisação de determinadas industrias, como as da navegação, viação, aguas, illuminação, etc., levar-nos-ha a essa fôrma, á qual deverá corresponder o *Codigo do direito privado social*.

Compreender-se-ha, então, que a função do direito não é só, como queriam os filosofos do direito natural, assegurar a simples existencia dos homens em sociedade, mas tambem assegurar a sua cooperação.

A cooperação é, com efeito, a condição essencial e característica de toda a sociedade, por mais imperfeita que seja. O organismo social não pôde subsistir sem ella. Os membros duma comunidade humana não são unidades independentes, mecanicamente reunidas; elles são associados e cooperadores em todo o conjunto das suas actividades individuaes e collectivas. Portanto, quando a *luta pela existencia* fôr dominada pela lei superior da *cooperação pela existencia* e o direito regular, simultaneamente, e em condições de possivel equilibrio, as relações de coexistencia, que garantem os interesses individuaes, e as relações de cooperação, que protegem os interesses colectivos, teremos essa fôrma social, que se me antolha, se não perfeita em absoluto, pelo menos superior á actual e a unica realisavel e prática: — o *individualismo organico*, em vez do actual *individualismo atomico* ou *inorganico*. Só então será possivel um *Codigo do direito privado social*.

Pelo que acabei de expôr, vê-se bem que as três fases da evolução juridica não fôrão por Cimbali bem caraterisadas.

Com efeito, na primeira fase, não houve verdadeiramente uma absorção do elemento individual no elemento social, como haveria se fosse agora implantado o regimen colectivista.

O individuo e a sociedade não são dois elementos opostos, como parecem supôr os que, como Cimbali, não distinguem os conceitos da *individualidade* e da *personalidade*, distinção reconhecida pela primeira vez por Siciliani e depois nitidamente posta por Puglia. A personalidade é a individualidade *autarquica* e *sociavel*: autarquica, porque o homem é o fim de si proprio; e sociavel, porque tem elle a consciencia de que só na vida comum, social, é possível realisar os fins da existencia e a afirmação plena da sua autonomia. O organismo social ou a sociedade não é senão o conjunto de muitas personalidades, a coexistencia de numerosas autonomias; sendo tambem uma personalidade (collectiva) visto ser a resultante da coordenação e subordinação de personalidades individuaes.

Ha, porém, grupos ou sociedades humanas imperfeitas, que se podem considerar como personalidades *em formação*; assim como ha individuos que não alcançaram a sua completa autonomia e podem igualmente considerar-se *personalidades em formação*. É na convivencia e pela convivencia que a individualidade se transforma em personalidade; e esta evolução faz-se, segundo Stein, sob a acção de dois factores: o *factor filogenetico* e o *factor ontogenetico*, dependendo a evolução social da relação harmonica entre esses dois factores. Ha na natureza humana, de facto, como notou Kant um antagonismo entre dois impulsos: um, que conduz o homem á vida social, porque elle compreende que na sociedade encontra muitas vantagens; e outro, que o leva a isolar-se e a governar-se pelo seu arbitrio. É uma insociabilidade forçada a disciplinar-se a si propria ou *sociabilidade insociavel*.

Na sociedade, portanto, como o reconhecem Puglia e Trendelenburg, em vez da absorção da individualidade humana, não ha senão reforçamento della; mas o individuo não é uma unidade independente em absoluto, porque a vida so-

cial é a organização ou coordenação de individuos, que só se obtém pelas limitações impostas ás actividades individuaes, sem que haja, todavia, aniquilamento da personalidade.

Orá, nessa primeira fase, em que os homens viviam agrupados pelas necessidades economicas e geneticas e pelas da defesa comum, não havia a noção clara de *sociedade*, não havia uma tal coordenação ou organização.

Desde todo o principio, o homem tendeu a afirmar a sua individualidade. O egoismo ou o *interesse individual* foi sempre a força dominante, a causa mais geral e persistente das acções humanas, não só entre os povos primitivos e os selvagens actuaes, mas ainda nos modernos povos civilisados, embora neste se manifeste sob uma fôrma mais *delicada, evolucionada*.\* Esse *interesse pessoal* não abrange só as necessidades materiaes ou inferiores, mas tambem as necessidades moraes, superiores, produto da vida social, que determinam o desenvolvimento dos sentimentos que se dizem *desinteressados*, não porque o mobil seja desinteressado em si, mas sómente porque determina acções em vantagem doutrem: o mobil é sempre um interesse ou uma necessidade pessoal, embora moralmente elevada.

Sendo, porém, profunda a diversidade dos individuos coexistindo na vida comum, resulta daí necessariamente o conflito dos respectivos interesses. E como taes interesses são, muitas vezes, comuns a mais individuos que fazem parte duma mesma sociedade, formam-se no seio desta associações ou grupos; e a luta não se dá so entre individuos isolados, mas principalmente entre grupos diversos, não existindo, de facto, o conflito entre os interesses de um só individuo e os da sociedade inteira. E poisque a conquista do poder social é um meio poderoso de predominio, segue se que todo o grupo social aspira a essa conquista e luta por conseguil-a.

Esta aspiração ao predominio é uma outra tendencia hu-

mana por assim dizer inata. Todo o homem, qualquer que seja a sua condição económica e social, tende a prevalecer sobre os outros com quem convive, e emprega todos os meios para o conseguir. O individuo é, por natureza, prepotente; e se refreia ou modera a sua força, é movido pelo interesse de chegar assim ao seu fim. Um dos meios que emprega para obter o predomínio é o de se associar com os que julga os mais fortes. Dahi nova fonte de conflitos de individuos e de grupos, que se limitam uns aos outros. A phenomenologia juridico-social, nos tempos primitivos, foi pois um conjunto exotico de actos de violencia, de prepotencia, de justiça, de benevolencia, etc., porque eram rudes os sentimentos, fortes os impulsos e debeis os poderes capazes de os refrear.

Dahi resultou que, nos povos antigos, a mulher, os filhos, os domesticos, os escravos, eram propriedade do *pater-familias*; os membros duma familia diversa eram *estrangeiros*, inimigos; não existiam os direitos de liberdade e egualdade civis; o proprio direito á vida não tinha garantias. O estrangeiro sem patrono podia ser morto ou escravizado; ao devedor insolvente se dava a mesma sorte. O privilegio, o direito da força, o espirito da conquista campeavam; e todas as relações juridicas eram dominadas antes por um estreito e incoerente formalismo, do que pelos principios da justiça e da equidade.

A dinamica social primitiva, e não menos a actual, é caracterizada por essa luta tendente ao melhoramento economico e á expansão da personalidade, mas luta cujo conteúdo se transforma, cujas formas brutae se atenuam no decurso dos tempos e cujas fases progressivas foram, segundo Novicow, a luta *fisiologica*, a *economica*, a *politica*, a *intellectual*; e segundo Ferri: 1.º a *luta pela egualdade civil*; 2.º a *luta pela egualdade religiosa*; 3.º a *luta pela egualdade politica*; e 4.º a *luta pela egualdade economica*. E embora não seja aciei-

tavel a sucessão destas fases sob o ponto de vista historico, poisque as lutas pela egualdade civil e pela egualdade economica têm sido sempre contemporaneas, não ha duvida que foi da luta que surgiu a cooperação, que da luta veio o sentimento da justiça, que não é innato no homem, mas um produto historico, sentimento que, segundo demonstrou o grande Spencer, tendo sido, ao principio, *egoistico*, se transformou em *altruistico*; e que, finalmente, com o desenvolvimento das mentalidades, com o exacto conhecimento da individualidade humana, se reconheceu: que todo o homem tinha o direito de realisar os fins da vida; todos os homens eram de egual natureza e deviam ter uma esfera de livre actividade. Assim se estabeleceu a *egualdade juridica*; e o direito foi, nessas lutas incessantes, o factor de equilibrio mais e mais poderoso.

Mas, como afirma Vanni, a evolução humana está sujeita ás leis alternativas da *individuação* e da *organização*, sendo aquella origem de atritos, antagonismos, conflitos, e esta de composição de forças, de atenuação ou eliminação de lutas; e assim, em varios momentos historicos, se vê o predomínio da *individualidade* ou da *socialidade*, sobretudo da primeira, cujo processo tem uma certa gradação, e, quando as condições do ambiente social se lhe não opõem, toma tal desenvolvimento e expansão, que determina um estado de desagregamento ou desorganização; e é então que se inicia o processo da *organização*, que é tambem graduado e segue uma progressão ascendente até que, chegando a comprimir excessivamente as energias individuae, recomeça o processo da individuação. Assim, a revolução franceza de 1789, rompendo todos os diques postos á individualidade, produziu um desagregamento social, o que determinou o inicio do processo de organização social contemporaneo.

Suposto, porém, tudo isto assim não seja, é manifestamente erroneo que o direito costumario fosse contemporaneo

da *completa ausencia de toda e qualquer industria*. Semelhante ausencia só poderia ter existido quando o homem, ainda na fase de antropeide, era um animal frugivoro-erbívoro. Mas quando, por força da necessidade, passou a ser carnívoro e omnívoro, e se tornou *homem*, desde esse momento elle foi industrial. A afirmação de D'Aguanno duma tal falta de industria foi triunfantemente refutada pelos archeologos Lartet e Ratto, que, com os utensilios de *pedra-lascada e polida*, mostraram a antiguidade da industria humana. Não podia o homem ser caçador, pescador, pastor, agricultor, guerreiro; não podia cobrir a sua nudez, nem abrigar-se sob um tecto, sem fabricar os instrumentos, as armas, as vestes, os estofos e os outros productos necessarios para satisfazer as suas necessidades. Em Roma, o *jus scriptum* só apparece no anno 303, com as *leis centurias* anteriores á célebre *Lei das Doze Taboas*, que foi votada em 305; e será possível que, durante esses 303 annos, não tivessem os romanos industria alguma?!...

Tambem, na segunda fase, a codificação não é paralela da pequena industria; a não ser que se queira chamar *codigos* ás colleções de leis romanas e goticas. Mas os codigos dignos deste nome só apparecem no seculo XIX e são, portanto, contemporaneos das máquinhas, da *grande industria*, do pleno individualismo e da economia capitalista.

Portanto, a meu ver, a evolução deve ser formulada e caracterisada pela maneira seguinte:

Na 1.<sup>a</sup> fase: confusão e indefinição da noção do direito; luta instintiva pela liberdade individual e pela egualdade civil, economica e politica; industria e commercio rudimentares; *direito consuetudinario*.

Na 2.<sup>a</sup> fase: ainda a luta — pela egualdade e pela liberdade; define-se a idéa do direito; pequena industria; *direito escrito*.

Na 3.<sup>a</sup> fase: conquista da liberdade e da egualdade; indi-

vidualismo *inorganico*; grande industria e commercio; *codificação do direito*.

A 4.<sup>a</sup> fase será: *individualismo organico*; grande industria e commercio; *codigo do direito privado social*.

Nesta ultima fase, não haverá uma *reconciliação* do elemento individual com o social, como diz Cimballi; porque taes elementos nunca estiveram unidos e em boa paz. O antagonismo desses elementos vem desde a origem, pelo prolongado desconhecimento da dignidade e personalidade humanas. O homem não tinha direitos só por ser homem; mas por outras circunstancias, extranhas ao individuo, variadas e variaveis. Agora é que, vencidos na maior parte os obstaculos que a isso se opunham, se vae operando a *conciliação* dos dois elementos: individual e social.

Depois de ter, numa luta de muitos séculos, suprimido o antagonismo dos grupos, destruido os privilegios, tornado inconfessionaes os estados modernos, proclamado a liberdade e a egualdade dos cidadãos, estabelecido a confraternisação dos povos, desbravado o campo para a plena expansão do espirito democratico, assegurado a personalidade de cada um dos *atomos sociaes* — os individuos, a humanidade esforçar-se-ha por ordenar, compôr, *organisar* esses individuos, assim libertados, mas dispersos, para a realização da mais perfeita cooperação social. Em vez da divisa egoista: *cada um para si*, teremos est'outra, fundamente altruista: *um para todos, todos para um*. Esta será a função do direito no futuro.

## II

### Necessidade da codificação

Já vimos que o direito estava sujeito á evolução e se transformava incessantemente. Sendo assim, não virá a codificação contrariar o movimento evolutivo? Tem sido longa a controvérsia neste ponto.

Depois de promulgado o Código civil francez, Thibaut, professor da Universidade de Heidelberg, num opusculo publicado em 1814 e intitulado: *Sobre a necessidade dum direito civil para a Allemanha*, proclamára as vantagens da unificação do direito civil germanico e do código em que essa unificação se realisasse, como se fizera em França, código que serviria, a um tempo, para cessar de vez a incerteza do direito e para a união das fracções do territorio allemão.

Semelhante pretensão, porém, foi rudemente combatida por Savigny, o romanista eminente, que ia ser o fundador da Escola historica; o qual, numa especie de manifesto sensacional, intitulado: *Da vocação do nosso século para a legislação e para a sciencia do direito*, sustentou: que toda a codificação é uma obra falsa e arbitraria, porque é feita com idéas preconcebidas e desconhece o desenvolvimento historico do direito; — ella impede a sciencia de marchar com o século; — ella immobilisa o espirito do jurisconsulto pela fixidez das suas formulas e priva o direito de melhoramentos successivos que lhe produziria uma interpretação mais livre;

— o que escreve um código para uma nação inteira é arrastado inevitavelmente a fazer prevalecer as próprias idéas sobre as necessidades variáveis das localidades; — que nada mais perigoso era do que a uniformidade dos códigos, sendo preferível governar-se um povo pelos seus costumes e leis locais; pois as leis locais, sobretudo as que têm por origem o costume, são mais maleáveis pela sua própria diversidade; que o costume, *Volksrecht*, nascido do povo, pelo povo e para o povo, e a jurisprudência ou a doutrina, *Juris-tenrecht*, destinada a dar ás creações jurídicas de origem popular e espontânea o cunho científico, eram os dois elementos verdadeiramente creadores dum direito progressivo; e que, finalmente, a diversidade das leis mantinha o amor dos governados pela sua terra natal e daí pelo Estado.

A opinião de Savigny, porém, só creou alguns proselitos na Allemanha; mas em toda a parte ella foi refutada pelas teorias, e pelos factos.

Com effeito, não ha duvida que o direito evolue e se transforma; mas também é certo, como diz Bélième, que «as leis são como as terras que não devem ser incessantemente revolvidas, para que possam dar fruto». A estabilidade das instituições é um bem precioso. As reformas uteis, necessárias, não se fazem esperar; mas convém temperar o zelo dos reformadores. E se é certo que não oferecem a mesma flexura dos costumes, e das leis avulsas, convém não esquecer, como observa o illustre Bevilacqua, que essa possível dureza é largamente compensada por outros predicados cujo valor devemos aquilatar pela vehemencia com que a humanidade tem pugnado por obtê-los: a clareza e precisão dos edictos, a segurança dos interesses, etc., etc.

Quanto á manutenção das leis locais, é claro que num imperio, que tem porções de territorio e subditos dispersos por todo o mundo, como succede ás nações coloniaes, não é possível haver um código uniforme; ha certos costumes, que

têm de ser respeitadas por meio de leis locais; mas ha outros que não têm razão de ser; e sobretudo na Europa, que tão rapidamente caminha para a unidade, não ha taes diferenças, nem impossibilidade de sujeitar ás mesmas normas os membros dum mesmo corpo politico. É legitimo, além disto, exercer pelas leis uma influencia nos habitos dos povos, a fim de assimilar uns aos outros todos os habitantes e tornar mais homogêneo o Estado. Vale mais haver unidade nacional baseada na uniformidade dos costumes, do que variedade destes, que determina indiferença e fraqueza, como succede no vasto imperio anglo-indiano. Dizer que a diversidade dos costumes fortifica o amor ao paiz, é um paradoxo! O que cria o sentimento da nacionalidade, base do amor ao paiz, é a comunidade dos costumes, lingua, usos, idéas e direitos.

«A codificação, diz bem Larnaude, é uma necessidade da nossa época e da nossa civilisação». Uma legislação codificada é, pela força mesmo das cousas, mais clara do que uma legislação que o não é; tem o carater da *cognoscibilidade*, na frase de Bentham. E sendo um código não um termo fixo, mas a formula synthetica das relações jurídicas vigentes num determinado momento historico, não tem mais inconvenientes do que uma simples lei; e tem vantagens mui superiores ao sistema legislativo avulso. «A lei de economia, disse Ihering, é uma das leis vitaes da jurisprudencia. Toda a jurisprudencia que a ignora, isto é, que não sabe economisar os materiaes, é esmagada sob a sua massa sempre crescente e sucumbe sob o pezo da sua propria riqueza». O conhecimento desta lei leva directamente á codificação.

Pelo contrario, a não-codificação tem muitos inconvenientes: a incerteza das leis em vigor; leis contraditorias; confusão de numerosos estatutos pessoaes e reaes dentro dum mesmo paiz; e a immensa mole da legislação que daí resulta. «De que servem as leis mais minuciosas e as mais pre-

cisas, diz Ihering, se, ainda com a melhor vontade do mundo, o juiz difficilmente as pode conhecer todas? Tal era o caso em Roma nos fins do imperio; tal é ainda hoje o caso da Inglaterra». Com effeito, Fortescue e Blackstone dizem: que são precisos 20 annos de trabalho continuo para se conhecer soffrivelmente o direito inglez. Só a collecção dos estatutos locais compõe-se de mais de 100 volumes!

E não falemos nas chicanas forenses a que a não-codificação das leis dava lugar, não só em Roma, mas em todos os modernos paizes europeus. Afirma Bentham que os *praticos* ou advogados do seu tempo tinham verdadeiro interesse em que o direito fosse pouco conhecido, e portanto não-codificado, interesse que se acha em opposição com o interesse publico. A *gloriosa incerteza da lei* obrigaria todos a dirigirem-se ao homem das leis, como nos tempos da ignorancia se dirigiam aos adivinhos. «No século passado (xviii), diz tambem Biagio Brugi, era universal a convicção de que as complicadas e bisantinas theorias, autoridades e decisões tornavam sempre incerta e oscilante a justiça civil e penal: as minutas e alegações dos advogados pareciam catalogos de bibliotecas (tantas eram as citações!); as sentenças, tratados juridicos. Para se achar a opinião dominante ou comum era preciso muito estudo; e, frequentemente, a uma opinião apresentada como sendo *comum*, opunha-se outra igualmente chamada *comum*».

Com effeito, como disse bem o dr. Rodrigues de Brito: «Quando as leis em um povo se têm amontoado e sobreposto durante séculos, as opiniões dos interpretes se dividem e contradizem: os juizos e as leis, os usos e praxes de fôro se enredam e confundem; é indispensavel, para evitar a *incerteza* do direito, organisar-se um codigo que, simplificando a legislação e coarctando a arbitrariedade judicial, regule e assegure, ao mesmo tempo, o exercicio legitimo dos direitos

individuaes, iniciando os povos em um estado de civilisação mais perfeito.

«A codificação não interrompe o desenvolvimento natural da legislação, nem os trabalhos da sciencia juridica, nem destróe os usos e costumes do povo; porque, expressando a forma juridica do tempo, *reforma* o passado em vista das novas idéas que tendem a implantar-se, e porque, quando as prescrições estejam em opposição com novas idéas e não correspondam ás legítimas aspirações do povo, deve o codigo ser *revisto e reformado*. A feitura dum codigo é sempre oportuna, quando se tem satisfeito ás condições da codificação; porque o povo vive então melhor e progride mais do que sujeito á arbitrariedade das interpretações e á incerteza dos arestos».

Os codigos não são, pois, monumentos megaliticos, talhados em rocha, para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos. Não são gravados em pedra, como as leis mosaicas, nem em bronze como as das Doze Taboas. O proprio Justiniano não pretendia a perpetuidade da sua obra, embora prohibisse a interpretação e discussão dos textos, como mais tarde fez Frederico da Prussia. E Napoleão, que pretendêra imitar aquelles dois monarchas, comprehendêra a breve trecho a impossibilidade de eternisar os codigos, o seu codigo — a obra de que elle mais se gloria — e exclamára: «*Il faudra les refaire tous les trente ans*». Mas, como disse bem o sr. dr. Chaves e Castro, não ha outro meio melhor para facilitar a reforma do direito positivo senão codificando-o e reduzindo-o a regras simples e sinteticas. E para que o legislador fique habilitado a fazer essas reformas, no fim de periodos mais ou menos longos (indicados pelas proprias necessidades sociaes e não fixados, na Constituição, em 25 annos, como quer Roguin) é que o codigo civil chileno impõe aos tribunaes a obrigação de participar annualmente ao governo as difficuldades de interpretação suscitadas pelas

leis e as lacunas que tivessem constatado; tendo disposições analogas ao código civil hespanhol, que estabeleceu uma *comissão permanente de codificação*, a qual está autorizada a propôr taes reformas ou revisões no fim de cada periodo de 10 annos, o que parece um tanto exagerado, um zêlo excessivo.

Não se pode, porém, contestar que a codificação produziu, durante muito tempo, uma verdadeira cristalização, uma *ossificação do direito*; na frase de Roguin, limitando-se os magistrados e juriscultos a interpretar servilmente a lei, não procurando assim acompanhar a evolução social, por uma especie de fetichismo pela letra do código e pela especiosa razão de que uma lei só por outra lei pode ser revogada, como se importasse a revogação da lei dar ao seu texto uma larga interpretação, conforme se faz modernamente na França, na Italia e na Allemanha, de forma a abranger nesse texto hipóteses que o legislador não podia ter previsto e surgem agora, a cada passo, pelas novas necessidades sociaes.

Foi Saleilles, um dos mais esclarecidos juriscultos da Europa, o primeiro que proclamou e provou a necessidade de remediar os inconvenientes derivados desse «fetichismo da lei codificada». O seu sistema consiste numa nova concepção da lei e num metodo novo de interpretação desta, posteriormente seguido e desenvolvido por outro jurisculto notavel, François Géný, autor duma das melhores obras que se têm escrito sobre o assunto.

Segundo estes dois escritores, a lei não deve ser considerada como um imperativo permanente, susceptivel de não ser modificado senão por uma outra lei e resolvendo directa ou indirectamente todas as dificuldades que vêem a apresentar-se. Ella constitúe, pelo contrario, um organismo cujo desenvolvimento e transformações sob a influencia dos factos o tornam capaz de satisfazer ás exigencias da sociedade moderna. Ella não faz mais do que reflectir sob o seu mais

recente aspecto, um estado social determinado, e, embora emanada do pensamento do legislador, ella destaca-se delle para viver da sua vida propria e evoluir com o mundo de que faz parte integrante. Os juriscultos, encarregados de a aplicar, não têm de tirar a sua solução da vontade do legislador d'outrora; elles devem investigar o que decidiria o legislador de hoje em face das condições sociaes nas quaes elle teria de legislar; devem esforçar-se, menos por precisar e delimitar as ordens do legislador, do que por aproximar os textos da evolução da vida, ao mesmo tempo que interpretar os factos de modo a mantê-los no quadro dos textos, em vista a chegar, por este duplo e inverso movimento, á constante adaptação do direito escrito ao meio social que elle deve reger. «Reconhecer aos tribunaes uma tal latitude não conduz á violação do principio da divisão dos poderes, poisque a autoridade da decisão judiciaria fica limitada á especie pela qual interveio. E o interprete não ficará abandonado ao seu pleno arbitrio, contra o qual não o defendia, aliás, o metodo tradicional; além das fontes imperativas da lei, ha outras impostas pela *natureza das cousas*. O juiz deve guiar-se por principios *objectivos* de interpretação, independentes da sua opinião subjectiva, taes como: a analogia legislativa, a consciencia juridica colectiva e as soluções fornecidas pelo direito comparado, — os quaes constituem o *direito natural relativo de conteúdo variavel* por opposição ao *direito natural puro e simples*. Em summa, o interprete moderno deve guiar-se por esta devisa de Géný: «*Pelo Código civil, mas além do Código civil*».

Com tal metodo de interpretação, não só cessam muitos dos inconvenientes da codificação, mas foi assim que os tribunaes e os juriscultos francezes conseguiram realisar uma larga obra de renovação do direito civil, de tal sorte que Larnaude pôde dizer: «que não havia já em França um direito civil codificado; e que sendo esse paiz o primeiro que

teve uma legislação codificada, vivia hoje, de facto, quasi sob o imperio do costume», tão numerosas são as leis que revogaram e emendaram os artigos do código civil, ou crearam direito novo, por virtude da incessante acção da jurisprudencia sobre o órgão legislativo; sendo, porisso, instantemente reclamada a revisão do código civil francez.

Os defeitos apontados não pertencem á codificação em si; mas derivam da forma por que ella é feita, do estreito criterio que domina a interpretação e das limitadas attribuições que, em certos paizes, se reconhecem á magistratura judicial. O código civil allemão não reduz a função do juiz á simples interpretação dos textos legaes. O juiz pode, em certos casos, e sob certas condições, seja restringir o exercicio dos direitos, seja modificar um contrato; em muitos casos, tem um poder discrecional, que lhe permite dar, a cada litigio, uma solução, conforme os factos de que tem de conhecer, em vez duma solução cuja rigidez uniforme lhe seria imposta pela lei. Como bem diz Saleilles, é este o primeiro ensaio da individualisação judiciaria do direito no dominio da legislação civil.

Mas, além de tudo, os factos vieram terminar o debate, como diz Planiol. Todas as nações civilisadas têm o seu direito codificado. Mostra isto quaõ pouca razão tinha Savigny quando afirmava que «os códigos não apareciam nos séculos fortes e poderosos, mas somente nas épocas de enfraquecimento, em que a consciencia juridica se oblitera». Se é nos séculos v e vi, na decadencia, que aparecem os códigos Theodosiano e Justiniano, é certo que esses códigos foram um estorvo, embora efemero, ao desabar do imperio, e salvaram para a continúidade da civilisação os fragmentos da cultura juridica dos romanos, que hoje admiramos tanto quanto melhor os conhecemos. Mas, normalmente, os códigos só aparecem nas épocas da maior expansão das forças nacionaes, e quando os povos sentem a necessidade de afirmar a sua

unidade ou a sua soberania. Os exemplos do primeiro facto, temol-os na Lei das Doze Taboas, no Código Napoleão e no Código Prussiano; do segundo, nos códigos civis italiano, allemão, brasileiro e japonéz.

Só a Inglaterra se conserva extranha ao movimento codificador, o que alguns invocam contra este movimento; mas sem razão, porque tal facto é devido, não só á psicologia especial desse povo, que, sendo o mais livre do mundo, a despeito do regimen monarchico por que se rege, é tambem o mais tradicionalista e conservador, — o que até parece paradoxal — mas principalmente por causa do carater especial das suas leis, que são feitas para corresponder ás necessidades praticas, umas como ensaios, outras facultativas, outras temporarias ou locaes; nunca tendo um carater geral e regulamentando dum modo definitivo um conjunto de materias. O direito civil inglez não se inspira em princípios fixos, como nos paizes da codificação; não está encerrado em formulas precisas; não constitúe um todo sistemático, porque não é obra exclusiva da lei. Tambem não é facil conhecê-lo exactamente. Porisso é que Boutmy considera impossivel a codificação do direito inglez.

E, afinal, o sistema inglez não deixa de ter vantagens, porque acompanha, dia a dia, as necessidades sociaes, com uma liberdade de acção, que não existe nos outros paizes, embora o interprete e o juiz procurem alargar e amoldar o texto da lei, o que é tarefa difficil. Os juristas inglezes concebem o direito, a justiça, e consequentemente a sciencia juridica, de modo bem diverso do dos paizes da codificação. A noção da justiça é orientada por dados positivos essencialmente utilitarios, professados por Bentham e Stuart Mill.

Não obstante, não só é frequente pedir-se, naquelle paiz, a codificação das leis civis, mas a prova de que os inglezes não são adversos á codificação está em que, nas suas colonias, especialmente no imperio anglo-indiano, têm sido codi-

ficadas as leis locais, civis e penaes; e os tratados doutrina-  
rios, obedecendo a uma certa sistematisação, preparam o  
terreno para a futura codificação, que nem todos julgam im-  
possível.

### III

#### O conceito da codificação

A palavra *codigo* é a tradução de *caudex* ou *codex* que, primitivamente, significou, entre os romanos, uma certa especie de madeira e, por extensão, foi assim designada a reunião de táboas cobertas de cêra (*tabulae*) em que se escrevia por meio dum *stylus* ou ponteiro de ferro. E como essa reunião tomava uma forma distinta da dos pergaminhos e papiros, que eram enrolados e se chamavam *polumina*, habituaram-se a chamar *codex*, por causa da matéria e da forma, e não do conteúdo, toda a reunião de folhas ligadas á maneira dos livros actuaes; e mais tarde, qualquer que fosse a materia empregada. Assim é que os comerciantes chamavam *codices accepti et recepti* aos seus livros de escripturação; e os simples titulos ou instrumentos publicos eram tambem *codices*. Não é senão no seculo III que o termo *codex* foi applicado a uma colecção de leis — á de Gregorio, e depois ás colecções de Hermogeniano, Theodosio e Justiniano, sendo mais tarde substituido pelo de *Leges* (*Lex Salariorum, Lex Burgundiorum, Lex Ripuariorum, Lex Wisigothorum, etc.*), recomeçando-se no seculo XIII, em diversos paizes, a designar por *codigo* as colecções de leis.

Não é, portanto, exacta a etimologia indicada por Posada, que faz derivar a palavra *codigo* de *condere*, verbo que não tem a significação de *reunir, ligar*, que elle lhe attribue. Todavia, os antigos *codices* romanos, o codigo wisigotico, as

nossas *Ordenações* correspondem a tal idéa. Mas, convém distinguir a *codificação* do que Bluntschli chama *compilação* e Korkounov *incorporação das leis*; pois não é á classe de *corpos juridicos* que se dá o nome de *codigos*; sim, ao corpo juridico ordenado *sistematicamente*, isto é, segundo um plano que se considera scientifico e que compreende um determinado ramo do direito, corpo juridico que é *obra do legislador* e não dum particular, como eram os antigos codigos Gregoriano e Hermogeniano.

Alguns escritores costumam caracterisar a função dos codigos pela unificação do direito. Mas, como nota bem Planiol, a codificação é alguma cousa mais do que a *unificação* do direito; pois o direito pode estar unificado, sem estar codificado. O proprio Planiol, porém, não foi mais feliz na definição do conceito do codigo; pois para elle «a codificação é a confecção dum codigo, isto é, duma colecção unica, não só para todo o paiz, mas para toda uma parte do direito; a legislação está codificada, quando ella se contém numa lei unica, em vez de estar espalhada por diversas leis». Se isto assim fosse, o *Codigo de Justiniano* devia ser considerado um codigo no sentido moderno, porque abrangendo os *fragmentos* de numerosas leis era elle, no seu conjunto, uma lei unica. E assim seria exacta a definição de Savigny para quem um codigo era — a sistematização reflexiva e coactiva do *direito todo* de um povo.

O que a codificação faz é: reduzir a formulas e preceitos o fruto das investigações scientificas, o pensamento diluido numa ou mais leis sobre cada um dos institutos juridicos pertencentes a determinado ramo de direito; é organizar scientificamente o direito, reduzindo-o a um sistema de principios da vida social; além de estabelecer a indispensavel unidade do direito, que está implicita no sistema.

Um codigo é, pois, a organização sintetica, sistematica e scientifica das leis relativas a um certo ramo de direito.

## IV

## Critério scientifico da codificação

Um codigo, segundo Planiol, será perfeito se tiver apenas: *unidade, metodo simples, precisão, clareza*. É completamente dispensavel o sistema, o plano scientifico. A ordem scientifica, que convém ao ensino, ministrado sob a forma de curso ou de livro, *não é necessaria; nem util* num codigo. O ensino é uma iniciação; é porisso que elle tem necessidade dum metodo particular. Um codigo é feito para pessoas que terminaram os seus estudos, para individuos praticos, que conhecem o direito. Basta que a repartição das materias seja *clara e comoda*; vale isto mais do que um metodo sistematico, cujo valor varia com o tempo e não é apreciado do mesmo modo pelas diversas escolas.

Tambem Gaudemet entende que «a sistematização, num codigo, tem uma importancia mui limitada, sendo indispensavel apenas numa obra de ensino».

Semelhante doutrina é simplesmente absurda. Se num codigo bastasse uma distribuição clara e comoda, como a questão da comodidade é puramente subjectiva, — o que é comodo para uns é incomodo para outros, — tinhamos de admitir como vantajosa a desordem, que para muitos é comoda e representa a ordem! E até se podia dispensar a codificação das leis, porque as pessoas que *terminaram os seus estudos e estão praticos*, têm obrigação de conhecer o direito, esteja ou não codificado... Mas, o codigo não é

feito só para individuos *praticos*; é tambem para os que estudam o direito positivo. Não se pode ensinar o direito civil, sem se citar, a cada passo, artigos do código civil. Ora, se o ensino do direito foi ministrado sob um certo sistema scientifico; se este sistema tem por fim dar clareza ás idéas e logica ao raciocínio na interpretação da lei; se o espirito dos juristas se habituou assim a uma certa orientação; evidentemente, por maior que seja o conhecimento do código, desde que este não esteja ordenado em conformidade com esse sistema, o trabalho de quem tem de fazer a aplicação do direito é muito maior, pela necessidade de subordinar a um principio geral e dominante as materias arbitrariamente dispersas; porque essa subordinação não é indifferente, quer pelo que toca á interpretação, quer no concernente á emenda do direito constituído, ou á criação do direito novo.

A sistematização das materias do código civil é, sem duvida, alicerce primario, sem o qual o código não será uma síntese luminosa das instituições, nem um meio de progresso no direito; ao contrario, a confusão das materias produzirá a das idéas, obscurecendo o caminho que ellas devem seguir no seu desenvolvimento progressivo. «Todo o código, diz Glasson, comporta necessariamente um plano, isto é, um arranjo sistematico das diferentes partes de que elle se compõe». E longe de ser exacta a teoria de Napoleão de que: «um código não deve ser um livro de doutrina, nem um livro de doutrina deve ser um código», um código deve formar, como nota Larnaude, «um todo harmonico, encerrando ao mesmo tempo disposições abstratas e decisões concretas, obra simultaneamente sistematica e casuistica, livro de doutrina juridica e lei».

A principal condição duma boa codificação é que se siga uma ordem metodica na classificação das materias. Os legisladores fazem as leis segundo as necessidades do mo-

mento; mas os redactores dum código devem proceder de modo diverso e procurar uma ordem teorica conforme á logica.

Com effeito, segundo Ihering, o direito, como criação real, objectiva, tal como se nos manifesta na forma e no movimento da vida e do commercio exterior, pode ser encarado como um organismo; tem, como tal, unidade na multiplicidade, individualidade, crescimento, etc. Ora, todo o organismo pode ser considerado sob o duplo ponto de vista *anatomico* e *fiologico*. O primeiro tem por objecto os elementos deste organismo e sua acção reciproca, ou seja, a sua estrutura; o segundo, as suas funções. O organismo do direito, como qualquer outro organismo, compõe-se de diversas partes, que são as *regras de direito*. Estas regras deduzem-se por via de abstracção do exame das relações da vida; mas são feitas para as exprimir e fixar a sua natureza intima. É preciso, ás vezes, o concurso de muitas destas regras para estabelecer a forma juridica duma só relação da vida; e essa forma juridica pode estar, por seu turno, numa situação de dependencia para com uma outra relação conexa, como o contrato de venda em relação ás *obrigações*. Deste modo, as diversas relações juridicas da vida se reúnem em torno de grandes unidades sistematicas: as *instituições juridicas*.

A missão da sciencia é estudar esta disposição dos membros do direito e procurar o verdadeiro logar dos mais pequenos como dos maiores. Este lado sistematico do direito é infinitamente mais importante do que parece. Não se poderia compreender o direito sem se conhecer a sua conexão sistematica, como succede com todo o objecto do entendimento. E o sistema, em qualquer ramo de conhecimentos, não deve ser uma ordem artificialmente applicada ao objecto, mas uma ordem que sae do proprio fundo desse objecto; não é uma disposição extranha em que este entra á força, uma rede que se pode lançar indifferentemente a qualquer

direito; que dificulta, em vez de facilitar, a intelligencia da estrutura do objecto individual. Quem diz sistema, diz ordem interna da propria cousa.

Fazer um sistema, diz Cogliolo, é um trabalho de logica; os seus criterios directivos são dados pela logica; e a sua utilidade é a que deriva da applicação dos cânones da logica. Fazer um sistema, pois, é alguma cousa mais do que classificar e agrupar; os criterios para classificar os mineraes e as plantas são externos, visiveis, distintos; mas nos conceitos juridicos, além da classificação, ha a descendencia interna e a correspondencia reciproca de causa e de efeito, e assim é que a classificação se eleva a organismo, a ordem, a sistema.

O espirito systematico applicado ao direito apresenta esta particularidade de que: não serve sómente, como nas outras sciencias, a pôr cada cousa no seu lugar, mas exerce ainda uma reacção sobre o proprio fundo do objecto a que se applica; opera-se por meio d'elle uma transformação interna das regras do direito. Reunidas numa especie de agregado superior, as regras de direito, despojadas do seu carater de preceitos ou proibições, revestem o de *elementos logicos* do sistema, de qualidades das instituições juridicas. É assim que nascem as definições das instituições, as condições dos actos juridicos, as qualidades das pessoas, das cousas, dos direitos, as divisões de toda a especie, etc.

O sistema, como diz ainda Ihering, é a forma *a mais vantajosa* duma dada materia positiva: 1.º Porque é a forma *mais visivel*; porque é uma forma *plastica*. A materia só pode ser apreendida pela memoria; a intuição não reúne os elementos isolados, vê-os todos num conjunto. Por elle a massa adquire uma expressão individual e a possibilidade duma *impressão de conjunto*, da qual dependem a *rapidez*, a *facilidade*, a *segurança* do juizo, do *golpe-de vista* juridico. 2.º Porque o sistema é a forma que mais convém á materia,

como a mais *sucinta* e a mais *concentrada*. 3.ª Porque é a forma mais *transparente*: o seu conteúdo fica em plena luz, as relações as mais remotas, as diferenças, as similitudes as mais delicadas, as condições tacitas que estão no fundo das cousas juridicas, tudo se nos revela. Finalmente, o sistema é tambem uma fonte inesgotavel de materia nova. Ao lado da méra interpretação, ha uma produção juridica, doutrinas novas adquiridas por via da *especulação juridica*.

Uma classificação systematica, portanto, não é uma distribuição puramente local da massa das noções contidas numa sciencia; não é uma simples ordem determinada por motivos de oportunidade, para se encontrar com facilidade os materiaes recolhidos. Ella indica, em forma de quadro, o que é cada objecto ou cada noção, e como elle se liga ao conjunto de todo o organismo da sciencia. É a *arvore genealogica das noções*, na frase de Ihering. Cada sciencia oculta, na estrutura das suas doutrinas, sob a forma a menos aparente e a mais condensada, uma grande energia de pensamento.

Enganam-se, pois, os que supõem que a questão de sistema tem só uma importancia teorica; ella tem uma grande importancia pratica: a classificação systematica exacta duma instituição não é senão o seu conhecimento e exposição materiaes exactos. O que coloca falsamente um objecto numa categoria qualquer, *ipso facto* enuncia alguma cousa de falso em relação a esse objecto. Todo o erro num sistema é o resultado, e, ao mesmo tempo, a fonte dum conhecimento defeituoso do objecto. Compreender, não é só considerar o objecto em si e por si; é ter em conta a sua correlação com outros objectos. Uma construção juridica deve ser tal que, as suas partes, estando exactamente delimitadas e separadas, se reúnam harmonicamente numa só unidade, de sorte que o espirito possa abraçar tão facilmente a parte como o todo.

Ora, para uma tal sistematização ou classificação precisamos de adoptar um criterio, um metodo. Não ha, porém, a meu ver, metodo scientifico senão o que é natural á nossa intelligencia, que procede do simples ao complexo, do particular ao geral. Sendo o direito um phenomeno social e como tal do dominio da sciencia social, nós não podemos empregar outro criterio metodico senão o que se emprega em todas as sciencias, pelo menos modernamente. A classificação que, como diz bem De Greef, é um dos modos os mais elevados da organização do conhecimento, opera-se em toda a parte e sempre duma maneira rigorosamente invariavel em todas as sciencias, como em todas as intelligencias, salvos os accidentes e interrupções que se encontram em toda a evolução natural, mas não alteram a sua direcção geral. Ella faz-se, primeiro, pelo agrupamento dos phenomenos segundo o seu attributo mais geral. . . Passo a passo, excuta-se o agrupamento de cousas tendo um numero maior de propriedades em comum. A classificação definiiva, essencialmente realista, é a que agrupa os factos segundo os caratères que lhes são comuns e os distingue pelas suas particularidades proprias, ou melhor, *pela sua complexidade crescente e a sua generalidade decrescente*. Toda a evolução scientifica, toda a evolução social se tem realisado no sentido desta lei hierarquica.

Em conformidade com este metodo, portanto, a sistematização dum código deve obedecer aos requisitos seguintes: 1.º Ter uma *parte geral*, em que sejam dispostos todos os principios e regras de applicação comum a toda e qualquer relação de direito, — requisito cuja necessidade fôra já reconhecida, no seculo xviii, pelo célebre jurisconsulto Cocceio, autor do *Código Frederico*; e além disto, se estudem cada um dos elementos do direito, ou seja a *anatomia do direito*, na frase de Ihering. 2.º Uma *parte especial*, em que sejam classificados os direitos em si mesmo considerados, conforme o principio estabelecido no seculo xvii por Leibnitz, e agrupa-

dos por *instituições*, conforme o luminoso criterio de Ihering, classificação e agrupamento que devem estar subordinados ao metodo scientifico de Greef, e que constituem a *fisiologia do direito*. Ou, segundo o criterio equivalente de Cimbali, a primeira parte deve tratar do direito sob o seu aspecto *estático*; e a segunda parte sob o seu aspecto *dinâmico*.

### A distinção entre direito publico e privado

Vimos atraz que os antigos *corpos juridicos* abrangiam o direito todo, dum povo, ao passo que os codigos actuaes deviam conter apenas as normas relativas a um certo ramo de direito. Mas, já antes dos codigos modernos, a jurisprudencia romana pudéra distinguir, por entre a formidavel massa de leis, decretos, rescritos, novelas, etc., as normas relativas á constituição do Estado e á administração publica das que diziam respeito aos direitos e interesses privados. E dahi nascêra a classica distinção entre *direito publico* e *direito privado*.

Deverá, ainda hoje, a codificação obedecer a esta separação do direito em dois ramos? Tem essa separação algum fundamento racional e scientifico? Eis um ponto doutrinal bastante controvertido e que, apesar de já muito discutido, não deixarei de examinar, por me não parecerem convincentes os argumentos dos que rejeitam a aludida distinção. Na nossa Universidade ha professores, entre os quaes o sr. dr. Marnoco e Sousa, para os quaes a divisãõ do direito em publico e privado é *viciosa* e *falsa*, ao passo que outros, como o sr. dr. José Frederico Laranjo, a defendem com a mais calorosa convicção. De que lado está a razão? A meu ver, está ella deste último lado. Vejamos.

Antes de mais, como pota bem o sr. dr. Laranjo, esta

distinção tem uma génese histórica tão larga e uma base prática tão ampla e tão útil, que a tornam imprescindível.

É, com efeito, uma distinção fundamental, cuja exactidão em vão se pretende negar e cuja supressão faria faltar a base a todos os institutos jurídicos do direito público.

Em segundo logar, todas as críticas até hoje feitas demonstram, apenas, que são insuficientes os critérios invocados para se fundamentar a distinção; e não que esta seja viciosa em si. Na verdade, é rejeitável o critério subjectivo de Kirchmann, segundo o qual o direito público tem por sujeito o Estado, e o direito privado, o individuo; porque o Estado pode ser também sujeito de direito privado; e reciprocamente, o individuo pode ser sujeito de direito público. Todavia, torna-se necessária a separação do direito em público e privado, pelo menos, no concernente aos estrangeiros, porquanto estes podem ser sujeitos de direito privado (Cod. Civ. Port. art. 26.º, Cod. Com. art. 5.º, 6.º e 7.º) e não o são de direito público interno.

É também deficiente o critério do *fin das normas jurídicas*, defendido por D'Aguanno, ou seja o critério classico da *utilidade*, baseado nas definições de Ulpiano: *jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*; *jus publicum, quod ad statum rei romanæ spectat*. Porque a utilidade pública também determina a formação do direito privado objectivo. Sómente, neste caso, a consideração do interesse público é mediata, isto é, o legislador julga, bem ou mal, que, em certas condições politico-sociaes, seriam melhor satisfeitos os interesses dos particulares; por exemplo, quando estabelece que o casamento só se dissolve por morte de um dos conjuges, ou preceitua certas formalidades nos contratos. Ao passo que, no direito público, atende-se immediatamente ao interesse público; e porisso estas normas não regulam nunca as relações entre dois individuos, mas entre o individuo e o Estado (considerado este como poder soberano, e ambos como entidades

politicas), ou entre dois órgãos do Estado. As normas que regulam as relações entre individuos e são de interesse público, não são de *direito público*, mas sim de *direito privado de ordem pública*. «As normas de ordem pública, diz o sr. dr. Laranjo, são da essência do direito; não ha direito sem ellas; mas, porque umas regem o desenvolvimento da vida particular dos individuos, outras o desenvolvimento conjunto dessa vida e da vida do Estado e das suas fracções organicas, ellas proprias dão logar á distinção do direito em privado e público».

O critério da utilidade não é, pois, tão absurdo, como alguns escritores pareceu; e o argumento contrario de que tudo o que interessa ao individuo interessa também á sociedade, e vice-versa, não tem força alguma, porquanto se o interesse público e o privado muitas vezes são harmonicos e se coordenam, nem porisso deixam de ser distintos e não poucas vezes são opostos, sendo preciso sacrificar um ao outro, como observa ainda o sr. dr. Laranjo. Mas, se pode considerar-se abstratamente exacto, é difícil verificar-se, na pratica, com tal critério, quando temos uma norma de direito público e quando a de direito privado.

Não é mais vantajoso o critério de Thon baseado na diversidade das acções a que as normas de direito público e privado dão logar, poisque esta diversidade é uma consequencia e não o fundamento da diversidade das normas de direito.

Não me parece, porfim, bastante rigoroso o critério do sr. dr. Laranjo, o qual, considerando que em toda a relação jurídica ha, pelo menos, dois sujeitos e um objecto; diz: «Se os sujeitos da relação são ambos particulares, ou considerados como taes, e o objecto é a propriedade, directa ou indirectamente, e a forma da relação é de egualdade—o contrato—o direito é privado; se o sujeito é dum lado o Estado ou fracções organicas do Estado, considerados como taes, se o objecto da relação é liberdade, administração e governo, a forma da relação de desigualdade, o direito é público».

Ora, no direito privado, ha muitas normas que não têm por objecto a propriedade, nem directa, nem indirectamente e outras que regulam relações puramente 'extracontratuaes; nem se pode dizer que, no direito publico, a forma da relação seja sempre de desigualdade. E além disto, este criterio, se explica a divisão do direito em dois ramos, não permite uma definição clara e precisa do que sejam o direito publico e o direito privado.

Só o criterio *objectivo*, portanto, é que nos pode servir; sem que, todavia, este criterio importe a forçosa adopção de qualquer classificação sociologica, pois esta classificação leva a muito maiores absurdos, e vae esbarrar em muitas dificuldades tecnicas duma racional e perfeita sistematização das normas juridicas, como logo veremos.

O criterio objectivo já fôra seguido pelos romanos. Ulpiano definia: *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Nestes termos, podemos definir o direito publico como sendo: «o conjunto de normas que regulam a constituição e a competencia dos órgãos do Estado, e o exercicio dos direitos e poderes politicos, e concedem aos cidadãos o gozo dos bens e serviços publicos *uti singuli*». Tudo o mais é direito privado.

Separadas assim as normas de direito publico das de direito privado, vejamos a forma por que estas deverão ser codificadas, as vantagens e inconvenientes da distincção destas em novos grupos, e o numero de codigos em que devem ser abrangidos.

## VI

### A unificação do direito privado

A evolução juridica não se manifestou só na transição do direito costumario ao direito codificado, e na separação da massa homogenea do *jus* em *direito publico* e *privado*; mas ainda no fraccionamento deste ultimo em dois ramos distintos — o *direito civil* e o *comercial*, de tal sorte que se acham organizados em codigos diversos.

Contra este fraccionamento do direito privado, porém, está-se movendo modernamente uma viva campanha, separando-se os jurisconsultos de todos os paizes da codificação, especialmente os da Italia, patria classica do direito, em dois grupos ou escolas, pretendendo a *comercialização do direito civil* ou a *civilização do direito comercial* a escola *fusionista* ou *renovadora*, representada por Montanelli, Ellero, Carle, Cimbali, Bolaffio, Mortara, D'Aguzzano, Vadalà-Papale, Pipia, Bruschettini, Perrone, Endemann, Tortori, e á frente de todos Vivante, o seu mais ardente propugnador — e defendendo a autonomia do direito comercial, a manutenção do *statu quo*, a escola *ortodoxa* ou *conservadora*, representada por homens não menos illustres na sciencia, como Vidari, Sacerdoti, Manara, Rinaldi, Franchi, Marghieri, Gabba, Cohn, Goldschmidt, Boistel, Grasserie, De Greef, Bevilacqua, etc.

A escola renovadora fundamenta a sua tese nos seguintes argumentos: 1.º que a autonomia do direito comercial, nas

cida espontaneamente quando os comerciantes formavam uma classe distinta de cidadãos, é hoje um anacronismo, visto os actos de commercio serem exercidos livremente, quer pelos profissionaes, quer pelos que o não são, e porisso contrasta com a homogeneidade da nossa constituição social; 2.º que o direito é um fenomeno determinado exclusivamente pelo fenomeno económico; 3.º que essa autonomia é origem de gravissimas questões de ordem social e juridica: a) porque o código commercial contém normas que são um verdadeiro privilegio dumá classe, contra os principios da egualdade social; b) porque dificulta a administração da justiça, visto reclamar frequentes investigações prévias sobre se um acto juridico é ou não de natureza commercial, e dahi as controversias sobre a competencia dos tribunaes; e como são estes os que têm a faculdade de caraterisar essa natureza dos actos juridicos, quando a lei não é a tal respeito bem clara, são frequentes as decisões encontradas que se proferem, com prejuizo da liberdade, dos bens e do credito dos cidadãos; c) porque dificulta a applicação do direito, quando ambos os codigos, civil e commercial, regulam a mesma hipótese ou o mesmo instituto; 4.º, finalmente, que não é possível assinalar os confins das duas leis civil e commercial pela dificuldade de caraterisar e distinguir nitidamente os actos civis e commerciaes. E muitos outros argumentos se formulam a favor da unificação, os quaes, por secundarios, me dispenco de consignar.

Responde a escola orthodoxa, alegando: 1.º que as relações commerciaes tendo natureza diversa das relações civis, não podem ser regidas pela lei civil; 2.º que os commerciantes constituem uma classe social, como os industriaes, os militares, etc.; e embora assim não seja, não é em atenção ás pessoas que se faz a distincção, mas em atenção ao objecto das relações travadas entre essas pessoas; não é o privilegio dumá classe que se procura manter, mas um genero de especiaes relações economico-sociaes, que se procura garantir,

não por uma legislação excepçional, mas por um desenvolvimento natural do direito comum; 3.º que a dificuldade de se fixar os confins das duas legislações não é razão para se negar que sejam ellas diversas e distintas, pois eguaes difficuldades existem para a distincção do direito constitucional e direito administrativo; e todavia, ninguem pensa em unificar estes direitos; além de que taes difficuldades cessariam com a substituição da distincção anti-racional de *actos civis* e *actos commerciaes* pela de *comerciantes* e *não commerciantes*, pois aquelles têm sinaes exteriores que tornam facil a separação; 4.º que o facto de a lei civil ser insufficiente para regular algumas instituições e ser preciso recorrer á lei commercial, e vice-versa, não prova contra a autonomia dos dois direitos, visto que as exigencias de cada uma das relações são diversas, carecendo as instituições commerciaes de mais liberdade e havendo institutos e órgãos que seriam nocivos na vida civil; 5.º que é falso ser o direito derivado unicamente do factor economico, pois ha um grupo consideravel de relações e interesses que se não podem ajustar á idéa de preço, de consumo e de troca, que se não podem commercialisar, como os interesses scientificos, literarios, religiosos, educativos, recreativos, além das relações de familia; 6.º que, ainda sob o ponto de vista patrimonial, no direito civil, os bens são considerados no seu *valor de uso* e no direito commercial no seu *valor de troca*; 7.º que o direito commercial é essencialmente contratual; o principal carateristico da commercialidade dos actos juridicos é a função de intromissão ou mediação que elles são destinados a exercer entre o produtor e o consumidor, sendo o outro o *fim especulativo*, o lucro; 8.º que o direito civil se occupa da *riqueza adquirida e a conservar*, e não da *riqueza em via de formação*, objecto do direito commercial; 9.º no direito commercial, todas as cousas são fungiveis ou tendem a sê-lo e se confundem num terreno comum — o valor; no direito civil, são consideradas as proprias cousas

e não o seu valor; 10.º que, no commercial, as pessoas tornam-se *anónimas*, como as cousas se tornam fungiveis, podendo trocar-se uma pela outra; 11.º que o direito civil, tendo por fim conservar a riqueza, ou trocar-a valor por valor, é *pouco movel*, os modos de transmissão são *lentos*; o commercial tendo por fim fazê-la circular, os modos de transmissão têm de ser rápidos, dahi a sua mobilidade; 12.º que, finalmente, a evolução do direito obedece á lei de Spencer, passando da unidade ao polimorfismo, da uniformidade á especialização.

De que lado está a verdade?

Comparados os argumentos de parte a parte expendidos vê-se que, se a escola ortodoxa tem alguma razão, também é certo que a balança pende do lado da escola unificadora. Com effeito, é incontestavel que ha no direito civil numerosos institutos que se não podem *comercialisar*, por exemplo, as relações de familia; e que o direito não deriva só do factor económico; mas também não se pode negar que, muitas instituições existem que, de modo algum, devem ter diversa natureza nos dois ramos de direito privado, havendo, a demais, normas de direito civil naturalmente extensivas ás relações commerciaes, como as concernentes á personalidade, á capacidade, á propriedade, e sobretudo ás obrigações. Não ha uma teoria para as obrigações civis e outra para as commerciaes; ha simplesmente applicações; e esta afirmação teorica está *praticamente* demonstrada com o Código federal das obrigações, em vigor na Suissa desde 1883 e reproduzido no projecto do novo código civil suizo, e que, em grande parte, inspirou o *direito das obrigações* do código civil allemão.

Com effeito, o referido projecto do código civil suizo regula além dos contratos puramente civis, os contratos commerciaes de compra e venda, e aluguer, os titulos de credito, as sociedades em nome colectivo, anonimas e em comandita,

e até contém normas relativas á escrituração commercial e ao registro commercial!

Já isto prova que, se a evolução se efectua conforme a lei de Spencer, passando da uniformidade ao polimorfismo ou á especialização, também a esta ultima segue um processo de integração; após a analyse, vem a synthese.

A vida economica das sociedades actuaes, que vão arrastadas por uma especie de torvelino, dum extranha pressa de viver muito e bem em pouco tempo, não se compadece com o formalismo ainda excessivo e a lentidão do direito civil, com que a escola ortodoxa argumenta, formalismo e lentidão que devem cessar e se vão suprimindo aos poucos, pela necessidade dum rápida circulação das riquezas e da sua, quanto possível, justa distribuição. Doutro lado, todas as sociedades contemporaneas caminham rapidamente para a uniformidade. Acabou-se o antigo isolamento das classes sociaes; todos sentem o rigor da luta pela existencia, a pulsão das idéas geraes, das aspirações do nosso tempo; e todas as relações sociaes são encaradas e dominadas por um ponto de vista acentuadamente utilitario. Resulta dahi que, dia a dia, mais difficil se torna definir e distinguir um acto de commercio dum acto civil. Tem, porisso, muita razão o illustre Vivante quando diz que «a historia do direito commercial é uma historia de continua expansão; e que a antithese entre a realidade de hoje e a ficção da lei é tão profunda, que a distincção entre actos civis e commerciaes é simplesmente arbitraria».

Com effeito, a distancia entre o direito civil e o commercial vae diminuindo mais e mais, sendo aquelle invadido constantemente e tão profundamente por este que, normas e institutos outr'ora exclusivos do commercio, apresentam muitos caracteres comuns e alguns são perfeitamente identicos. Os titulos á ordem e ao portador servem hoje para todas as funções da vida civil dos cidadãos, dos municipios, das asso-

ciações, do Estado, etc., e porisso foram incluídos no código civil allemão. As sociedades anónimas tendo por fim o recreio, a instrução, a beneficencia, os seguros de vida, e as cooperativas de construção ou agricolas, são reguladas, em parte, pela lei comercial, ficando completamente sujeitas a esta todas as sociedades civis que se constituem por qualquer das formas estabelecidas nessa lei. As caixas económicas, as associações de soccorros mutuos, estão tambem, em grande parte, subordinadas ao código comercial. O Estado e os municipios, que exercem certas industrias, estão sujeitos ao código de commercio em todas as suas relações commerciaes, que vão sempre progredindo sob o influxo das doutrinas socialistas. Deve notar-se ainda que todos os cidadãos ficam sujeitos ás leis commerciaes quando passam uma letra, livrança ou cheque, ou praticam outro acto de commercio objectivo, que, observado isoladamente, pode ser um acto de produção, de consumo, de previdencia ou de imprevidencia.

Finalmente, bastará considerar que, nos paizes mais adiantados, se reclama hoje, e já se pratica, a applicação do principio da expropriação por utilidade publica, quando os interesses particulares, tendentes ao desenvolvimento da agricultura ou da industria, assim o exigam, poisque o *jus abutendi* deve ser limitado pela necessidade social de fazer produzir a terra o mais e melhor possível; — que, não se contentando com isto, em todos os paizes anglo-saxões e mesmo na França e na Italia se proclama a necessidade da mobilisação da terra, sendo as transmissões effectuadas por meio de titulos nominativos e endosso, mobilisação que, por virtude da celebre lei Torrens, já está em pleno vigor na Australia e na Nova-Zelandia e se pensa em introduzir na India; — que as sociedades civis, de qualquer especie, têm em vista o lucro; — que todos os contratos civis de compra e venda, troca, mutuo, comodato, deposito, penhor, etc., não diferem essencialmente de analogos actos de commercio; — para se concluir que é

improcedente a distincção entre bens considerados no valor de uso e valor de troca, entre riqueza adquirida e riqueza em via de formação e outras taes com que Pisanelli e Raoul de la Grasserie defendem o dualismo do direito privado.

Este dualismo representa tambem, sem duvida alguma, um privilegio a favor de individuos que apenas exercem o commercio como profissão, privilegio que não deve subsistir: 1.º porque a tendencia actual é para a possível supressão dessa classe de intermediarios, relacionando-se os consumidores directamente com os productores; 2.º porque se originam dahi algumas injustiças bastante flagrantes.

Em conclusão: havendo razões ponderosas dum e doutro lado, como vimos, é claro que se não pode *comercialisar* o direito civil, nem é conveniente manter a bipartição do direito privado. Qual deverá ser, pois, a forma de se unificar estes ramos do direito privado? Qual o sistema que deve ter um *Código do direito privado*, em que se poderão evitar os defeitos apontados pelas duas escolas e referidos á orientação adversa? Eis o que vamos examinar.

### Sistemas de codificação do direito privado

Quasi todos os escritores que defendem a unificação do direito privado, ou a codificação do direito conforme a classificação sociologica, apresentam sistemas novos por que a mesma codificação se deve realizar.

a) Assim, Ahrens e Pisanelli distinguem toda a materia juridica em *direito privado das pessoas* e *direito privado das cousas* ou do que com ellas se liga directamente; e propõem a organização de dois codigos: um, que respeite aos individuos como membros da sociedade familiar e regule a actividade genesica, e outro que os considere em relação aos bens e regule a actividade economica.

b) Outros, como Vivante e seus sectarios, entendem que deve o direito privado ser organizado tambem em dois codigos, conforme é considerado no seu estado dinamico ou estatico. Neste ultimo compreende o direito relativo á qualidade de cidadão: personalidade, familia, propriedade e suas modificações; e naquelle, o direito contratual, no seu mais amplo significado, e o direito successorio.

c) O illustre sociologo, Guillaume de Greef, empregando neste assunto o seu metodo scientifico da complexidade crescente e generalidade decrescente, e rejeitando a distinção do direito em privado e publico, estabelece a seguinte série concatenada e organica: 1.º *direito economico*, subdividido

em *direito comercial*, *direito industrial* e *direito agrícola* ou *predial*; 2.º *direito familiar*, compreendendo o casamento, o divórcio, a paternidade e a filiação; 3.º *direito mixto* ou *successorio*; 4.º *direito artistico*; 5.º *direito científico e filosófico*, ficando compreendidos nestas duas ultimas divisões a propriedade literaria e artistica, os inventos, etc. As outras divisões, podem ser consideradas como abrangidas no *direito publico*, como o direito penal, administrativo e internacional, pois embora de Greef procure emancipar-se completamente da divisão do direito em publico e privado, elle proprio divide o direito internacional em privado e publico, designando este por *direito publico externo*. Segundo esse escritor, portanto, devem haver tantos codigos quantos os ramos em que elle divide o direito. Este processo sociologico de Greef, assim, como o principio evolutivo de Spencer, são, como vimos, os argumentos mais fortes que os defensores da autonomia do direito comercial invocam, afirmando um delles, o eminente jurisconsulto brasileiro, Clovis Bevilacqua, que, longe de se unificar, o direito continuará a diferenciar-se, conforme a lei da evolução, destacando-se do corpo do direito civil actual o *direito industrial* e o *direito rural* ou *agrícola*, correspondentes aos tres fenomenos da produção, transformação e circulação das riquezas.

d) O sr. dr. Abel Andrade, comquanto não rejeite em absoluto a classificação de Guillaume de Greef, prefere-lhe a do dr. Emigdio Garcia, a qual considera «capaz de resistir á critica mais acerada», tendo por ella uma admiração bem formal empregada. Entende, pois, aquelle professor que, conforme esta classificação, deveriamos ter o direito organizado em quatro codigos: *codigo do direito politico*, *codigo de direito económico*, *codigo de direito administrativo* e *codigo do direito moralizador* ou *penal*, poisque todos os fenomenos juridico-sociaes se podem abranger nestes quatro grupos.

Mas, onde ficam os fenomenos geneticos, literarios, artis-

ticos, scientificos? Qual desses codigos tratará dos direitos de familia e das sucessões e doutros direitos que não são puramente económicos, nem politicos, nem administrativos, nem penaes? Ha, sem duvida, numerosas relações sociais que, só encaradas por um modo demasiadamente unilateral e arbitrario e só forçando-se a natural significação dos termos *politico* e *administrativo*, podem ser incluídos nos quatro grupos do dr. Garcia; além de que, o direito administrativo é tambem um direito politico, e o direito moralizador é um direito administrativo, visto ser a manutenção da ordem e a repressão dos delictos a função primaria do Estado.

Acresce ainda que a classificação do dr. Garcia é manifestamente falta de sucessão historica e logica, pois que no seio da humanidade, muito antes de se produzir o fenomeno politico, se tinham realisado, como ainda sucede nas hordas nómadas dos selvagens de Africa, America e Oceania, os fenomenos economico, genetico, religioso, scientifico e artistico. Nas hordas primitivas, destituídas de todo e qualquer laço politico, os homens alimentavam-se, reproduziam-se, temiam e adoravam as forças da Natureza, o Misterio, o Incognito, o Fetiche, o Espirito; guiavam-se pelas estrellas; conheciam as estações do anno, as plantas, os animais e tinham noções e idéas simples; fabricavam instrumentos, rêdes, vestuarios, cabanas, idolos; tinham um conjunto de costumes. Só isto nos mostra que a classificação do dr. Garcia não resiste á mais trivial comparação com os factos conquistados pela sociologia e só tem o pequeno merecimento de ser original.

e) Não é melhor a divisão do direito feita pelo sr. dr. Affonso Costa em *direito económico*, *direito familiar*, *direito administrativo* e *direito politico*, divisão que só tem, sobre a precedente, a vantagem de considerar os direitos de familia como um grupo autónomo, e ter uma sucessão mais logica.

Nenhum dos sistemas apontados nos dá a desejada solução

sobre a futura forma de se codificar o direito privado. Todos elles são baseados sobre méras abstracções e teorias, que nem sempre correspondem á realidade das cousas. Sendo certo que todo o direito privado está subordinado a principios geraes, que se applicam a todas as relações de direito, qualquer que seja o aspecto sob o qual ellas se apresentem, e que são uma especie de leis por que se rege o organismo do direito, a divisão deste pela forma como os autores desses sistemas exigem, e a sua dispersão por outros tantos codigos, tornariam indispensavel a organização de mais um codigo cujo conteúdo fôsse esses principios geraes, sob pena de se ter de repetir, em cada codigo, as normas geraes relativas á personalidade, capacidade, cousas e suas classificações, factos juridicos, garantias, provas, etc., naturalmente com prejuizo da imprescindivel unidade de pensamento e criterio juridico que deve existir em obras legislativas desta ordem; além de que, na pratica, se dariam os mesmos, se não muito maiores inconvenientes do que os resultantes da actual separação dos direitos civil e comercial, regulando-se em codigos diversos instituições da mesma natureza, mas encaradas sob aspectos unilateraes.

Com effeito, o direito *rural*, no seu estado dinámico, não é mais do que o *direito industrial*, visto ser a agricultura, sob os seus multiplos aspectos, tambem uma industria; e ambos esses direitos se podem transformar, e na realidade se transformam, em direito comercial, poisque os produtores que vendem os seus productos directamente aos consumidores praticam verdadeiros actos de commercio, quer na essencia, quer na forma, e teriamos frequentemente um acto juridico regulado em tres, quatro ou mais codigos! Notarei mais uma vez que a função de intermediarios, que os comerciantes exercem, parece destinada a desaparecer, pela força da *lei da integração do trabalho*; e porisso, as funções sociaes, que podem variar de natureza e ser exercidas pelos mesmos indi-

viduos, são criterio pouco seguro para a divisão do direito e a sua codificação.

Os direitos artistico e scientifico são tambem, em grande parte, direitos económicos ou mixtos. O direito familiar e o successorio não poderiam ser tratados em codigos diversos, pelos graves inconvenientes que dahi resultariam, sendo o menor destes a falta de unidade de pensamento que sempre deve presidir nas normas relativas á constituição da família, a qual profundamente influe nas successões, e muito no direito da propriedade predial, industrial ou comercial.

A organização do direito privado só em dois codigos, em vez dos codigos multiplos de Guillaume de Greef, não satisfaz melhor ás exigencias duma boa e racional codificação; porque, em todos esses tres sistemas, haveria um fraccionamento de materias pernicioso para a evolução da jurisprudencia e para a boa administração da justiça. Assim, nos sistemas do sr. dr. Affonso Costa e de Pisanelli, seria forçoso tratar dos regimens matrimoniaes ou do casamento *quanto aos bens no codigo do direito económico*, e *quanto ás pessoas no codigo do direito familiar*. E no sistema de Vivante haveria tambem uma absurda e mui inconveniente separação das normas relativas á propriedade e aos direitos reaes, conforme fossem estes considerados no estado dinámico ou estatico; o *codigo dinámico* (?), tratando dos contratos e das successões, exigiria uma repetição das materias relativas á capacidade, factos juridicos, provas, etc., e ficaria o direito successorio completamente afastado do direito familiar. Além disto, não se percebe a razão por que deve este ser considerado como direito no estado *estatico* e aquelle no estado *dinámico*, sendo perfeitamente igual o dinamismo juridico dum e doutro. O casamento, como relação meramente genetica, é um fenomeno social estatico; mas, como um contrato, que pode ter variadas formas, e como facto juridico do qual podem derivar, para

os conjuges e para a prole, diversos direitos e obrigações, é um fenomeno social no estado dinamico.

Á vista do exposto, é forçoso pôr de parte esses sistemas e procurar outro mais perfeito.

O emerito professor da Universidade do Chili, dr. Alexandre Alvarez, procurando dar uma nova orientação filosofica e tecnica aos estudos juridicos, acabou de apresentar, ha pouco, *com real talento*, como diz Jacques Flach, uma *nova concepção* desses estudos e incidentemente a da codificação.

Segundo esse escritor, sendo o direito naturalmente variavel e acompanhando a evolução das relações sociaes, que regula, uma boa codificação só será possivel e vantajosa quando, antes de mais, ella não produza a cristalisação do direito, que se vê em alguns paizes, especialmente em Portugal. Para se evitar isto, será necessario, em primeiro lugar, conceder ao poder judicial a faculdade de legislar sobre as relações ou casos praticos do direito privado, pois não só os principaes inconvenientes inerentes ás actuaes codificações seriam assim evitados, mas só assim se poderia compreender o poder judicial como um poder do Estado, organico e independente. O legislador, regulando as relações do direito privado, deve propôr-se unicamente pôr os principios geraes, largos e maleaveis, deixando ao poder judicial a missão de legislar no quadro assim traçado, regulamentando as relações jurídicas dum modo mais preciso, conforme as necessidades quotidianas da vida social.

Em segundo lugar, é indispensavel suprimir o sistema actual de se dividir os codigos por materias, conforme a natureza das relações sociaes; donde resulta que, uma mesma instituição se acha regulada em tantos codigos quantos os aspectos diversos que apresenta. É assim que o codigo civil regula o lado civil da propriedade, o codigo comercial o seu lado comercial, o codigo florestal um dos seus lados agri-

colas, etc. É impossivel compreender, com semelhante metodo, a verdadeira natureza das instituições, assim como as modificações por que ellas passam incessantemente.

Os codigos, no futuro, deverão fazer-se por *Instituições*, isto é, deverá regular-se no mesmo codigo tudo o que diz respeito a mesma instituição sob os seus diversos aspectos. Haverá, assim, um *codigo da propriedade*, no qual serão expostas, com classificações racionaes, todas as formas da propriedade: commercial, industrial, agricola, mineira, etc.; um *codigo das relações da familia*; outro das *sucessões*; outro das obrigações em geral e dos contratos civis e commerciaes; um codigo do trabalho, etc. Este sistema de codificação seria não só vantajoso ao estudo e á applicação do direito interno, mas ainda ao estudo da legislação comparada e á codificação do direito privado internacional, já reclamada em diversos congressos europeus e na conferencia pan-americana celebrada no Mexico em 1902 e na qual o mesmo escriptor apresentou um projecto dessa codificação.

Ora, sem contestar o valor desta concepção, deve notar-se que ella não é *nova*: quanto á interpretação das leis, já Saleilles e Gény, como vimos, haviam provado a necessidade de se dar aos juizes uma certa faculdade creadora do direito; e quanto á codificação por *instituições juridicas*, já ella fôra concebida, como tambem vimos, pelo grande Ihering. A *nova concepção* de Alvarez tem, porém, o defeito, de que está isenta a concepção de Ihering, de fraccionar a materia do direito privado em tantos codigos distintos quantas as instituições juridicas, o que prejudicaria a ligação que existe entre todas as instituições juridicas, a unidade de pensamento que deve presidir na redacção das normas referentes a todas ellas e daria lugar a uma pernicioso dispersão dos principios geraes dominadores de todas essas instituições. São tão intimas as relações entre a propriedade, a familia, entre estas e as obrigações e sucessões, que não convém tratar taes materias

em codigos diversos. O *trabalho não é* senão um contrato ou uma obrigação; e deve ser incluído, logicamente, num tratado das obrigações, embora em França tenha sido apresentado, á Camara dos Deputados, na sessão de 6 de fevereiro ultimo, o projecto dum *Código do Trabalho e da Previdencia social*.

O direito privado deve ser, sem duvida, codificado por instituições. Este era tambem o ideal do grande filosofo e sociologo Gabriel Tarde, prematuramente roubado á Sciencia pela Morte impiedosa. «A classificação natural do direito em tipos jurídicos, dizia aquelle sabio escritor, permite não só fazer entrar nelles todas as legislações e seguir a evolução de cada um delles no tempo e no espaço, mas tambem servirão para a formação da sociologia». Mas, esses tipos jurídicos devem ser regulados num código unico, conforme o criterio scientifico atraz estabelecido para a sistematização. Só assim será possível a unificação do direito privado e vantajoso um *Código do direito privado*, embora pela sua extensão devesse ter mais de um volume, para ser manuseado com facilidade, o que é bem diferente da redacção de codigos diversos; pois haveria entre esses volumes uma ligação íntima, uma unidade do pensamento que não existiria nestes, como ha entre os diversos volumes dos comentarios de um código.

Suposto, porém, a unificação do direito privado não se realise tão cedo, a despeito da propaganda da escola renovadora e das evidentes vantagens dessa unificação; e se continue, pela força da tradição, a considerar o direito comercial e o direito civil como grupos de normas autonomos, vejamos ainda qual o melhor sistema de se codificar este ultimo direito, tal como hoje o vemos, ou qual o sistema, d'entre os que têm sido apresentados ou adoptados em livros doutrinarios ou em codigos, que mais se aproxima ou obedece completamente ao criterio scientifico da codificação já definido.

## VIII

### Sistemas de codificação do direito civil

1. **Sistema classico.** — Uma das primeiras cousas que, em todos os povos, fizeram os legisladores e os jurisconsultos, diz Cogliolo, foi dar um certo ordinamento ás muitas normas jurídicas já definidas e fixadas, com o fim immediato de as aplicar mais facilmente e mais amplamente. Estas tentativas correspondem á necessidade do nosso espirito de dividir e agrupar um certo genero de cousas, para as encontrar sem dificuldade, como faz a creança com os seus brinquedos.

Com efeito, todas as leis antigas, os remotos codigos indianos de Manú, Iadnavalkia, Narada e outros, o código assirio de Hamurabi, os codigos chinezes e japonezes, a lei mosaica, as leis de Dracon, Solon, Licurgo, Diocles, Numa e a celebre *Lei das Doze Táboas* tinham um certo sistema ou agrupamento de normas, sendo notaveis sob este ponto de vista os codigos indianos, em alguns dos quaes eram as materias dispostas em tres partes, conforme o seu objecto: 1.º *deveres moraes e religiosos*; 2.º *direitos e deveres civis, forma de processo, penalidades e provas*; 3.º *penitencias para se atingir o perdão dos pecados*.

Em Roma, a necessidade duma sistematização do direito fizera-se sentir desde remotos tempos. A massa enorme dos *edicta ædilitia, edicta pretoria*, das *respostas dos prudentes*

produzira uma grande incerteza do direito; e fizera nascer a Cicero, segundo Aulu-Gellio, a idéa de tirar dessa multidão de leis um sistema racional e concatenado. Também Julio Cezar tivera o designio de ordenar as leis, dispersas cá e lá, numa disposição e sistema methodicos, para remediar a confusão que os *prudentes* tinham creado no direito; confusão e incerteza que aumentaram com as leis quotidianas do Senado e depois com um diluvio de constituições imperiaes, e que não foram sanadas pelo *Edicto perpetuo*, ordenado por Adriano, visto como este era uma simples colecção de edictos, não havendo metodo na distribuição das materias, nem a indicação dos principios geraes sobre cada objecto. Assim é que, séculos volvidos, Justiniano lamenta-se da incerteza do direito e manda organizar um *corpo juridico* unico com as leis até então promulgadas e abrangidas na formidavel móle de 2:000 volumes! Mas, tanto o *Codex*, como o *Digesto* não tinham um sistema; os extratos dos 2:000 volumes eram mutilados e mesmo contraditorios; as materias foram dispostas confusamente, de sorte que não era possível deduzir dellas um direito geral e comum, nem os principios geraes dominantes deste direito; o que permitiu a Cocceio a afirmação de que «os romanos nunca tiveram um direito certo».

Todavia, os romanos não ignoravam, de todo, a forma de sistematizar o direito. Se o *Digesto* não tinha um metodo definido, embora o seu ordinamento fosse análogo ao do edicto pretorio e ao dos antigos *digestos*, como os de Celso e Juliano; se o *Codigo* tinha um ordinamento meramente cronológico; as *Institutas* tinham adoptado a divisão tripartida do direito em *personæ*, *res* e *actiones*. E como esta tripartição vinha já das *Institutas* de Gaio, o qual, por seu turno, a fôra buscar, segundo Girard, em juriconsultos anteriores, foi esta disposição conhecida como sendo o *sistema classico* e seguida pela maioria dos juristas antigos, e até pelos canonicistas.

Os escritores da idade-média, especialmente os glosadores, não criticaram, nem mudaram o sistema das *Pandectas*, as quaes comentaram lei por lei; mas este sistema (e não o das *Institutas*, como dizem os srs. drs. Abel Andrade e José Tavares) foi vivamente combatido, nos séculos XVI e XVII, — contra Cujacio, que o defendia — por Doneau ou Donello, Connano, Vulteo e Domat, que seguiram o sistema das *Institutas*, com pequenas variantes na disposição interna de cada uma das tres partes. E embora no século XVIII começasse a prevalecer novamente o sistema das *Pandectas*, chamado *metodo legal*, o nosso insigne Mello Freire adoptou o sistema classico, mas modificando-o na terceira parte, que denominou: *De obligationibus et actionibus*, justificando-se assim: «*Et cum ad idem objectum OBLIGATIONES, quæ ACTIONUM veluti matres sunt, ex sententia Theophili (quem solum in re non adeo gravi nominare satis est) pertineant, initium libelli ab obligationibus fecimus*».

O primeiro codigo em que o sistema classico foi adoptado, — mas modificado da mesma forma como o fez Mello Freire — é o *Codigo Frederico* ou *Codigo da Prussia* (*Allgemeines Landrecht*) promulgado em 1794, mas que fôra já redigido e provisoriamente posto em vigor desde 1753, tendo sido o autor do projecto o juriconsulto Cocceio, o qual dividiu o seu trabalho em tres partes: 1.º *Do estado das pessoas*, em que comprehende os tres elementos da personalidade do direito romano — *liberdade, cidade e familia*; 2.º *Direito das cousas, aquisição da propriedade e doutros direitos reaes*; 3.º *Das obrigações da pessoa ou do legitimo vinculo de dar, fazer ou não fazer alguma cousa*. E antes de entrar no fundo de cada assunto, Cocceio estabelece alguns principios geraes, cuja falta é a principal arguição que elle faz ao direito romano, ou seja, ás leis modificadas. Reconhecia, porém, Mello Freire que: «*haec methodus generatim, quod per me licet, non omnibus placet*».

2. **Sistema de Mühlenbruch.** — Espirito mais inclinado ás abstracções do que Coccejo, o notavel jurista Mühlenbruch dividiu o seu livro *Doctrina Pandectarum* em duas partes: na parte *geral*, trata de leis, de direitos subjectivos, do modo de os adquirir, conservar e perder, de acções, excepções, provas, caso julgado, concurso de credores, acção pauliana, e outras generalidades, dispostas arbitrariamente; e na parte especial dividiu a materia em *personæ, res e obligationes*.

*Critica.* — O sistema classico, evidentemente, não pode ser aceito; e a prova é que já hoje ninguem o segue.

Não é logico separar o tratado das *persoas* do das *cousas*, pois o sujeito e o objecto são elementos inseparaveis do direito. Como bem disse Blondeau, dividir o direito em *persoas, cousas e relações ou obrigações* é o mesmo que dividir a botanica em *jardineiros, sólo e arbustos*. É certo que a isto acode Béliame, sectario do sistema classico, dizendo que, se muitos jardineiros tivessem processos de cultura diversos, seria indispensavel começar o ensino da botanica pelos jardineiros. Mas isto é um méro sofisma, uma conclusão absurda; porque os processos de cultura são extranhos aos jardineiros e correspondem aos *factos juridicos*.

O sistema classico tem, demais, o grave defeito de não estabelecer uma coordenação logica, organica, entre as diversas partes; não dá a impressão da vida do direito; não estuda o direito em todos os seus elementos; não separa os principios geraes das normas especiaes a cada direito; emfim, não classifica os direitos em si mesmo considerados. Mühlenbruch separou, é certo, as regras geraes das especiaes; mas não dispoz aquellas methodicamente; incluiu nellas a materia das acções; e em tudo o mais participou dos defeitos do sistema classico.

3. **Sistema do codigo austriaco.** — O codigo da Austria,

embora tenha sido promulgado só em 1812, estava já em projecto em fins do século XVIII, e, influenciado pela doutrina do direito natural, que, partindo dum racionalismo subjectivo, considerava o individuo como ponto central e o direito, não como sistema regulador das relações da vida, mas como garantia da liberdade dos individuos, esse codigo não atendeu á natureza objectiva do direito; e, além disso, sob o imperio da tradição, não soube afastar-se da divisão tripartida, embora não seja igual á das *Institutas*. As tres partes desse codigo intitulam-se: 1.º *Direitos das pessoas*; 2.º *Direitos das cousas*; 3.º *Disposições comuns*, abrangendo estas quatro capitulos, a saber: garantia dos direitos e obrigações; transformação dos direitos e obrigações; modos por que se extinguem os direitos e obrigações; prescrição e usucapião.

Este simples enunciado mostra-nos quanto o sistema do codigo austriaco é defeituoso. Além de separar as pessoas das cousas, fracciona direitos tipicos, como são o direito da familia e o das successões; dispersa arbitrariamente as normas geraes; desliga a usucapião do direito das cousas, ou *direitos reaes*; em summa, como diz Vadala-Papale, este sistema contraria a verdade, a realidade e a natureza das cousas. Não dando uma impressão de conjunto, da vida e do organismo do direito, é forçoso regeitar-se este sistema, que foi magistralmente criticado pelo eminente jurisconsulto Unger, critica que, por amor á brevidade, me dispense de transcrever, visto serem flagrantes os defeitos do sistema.

4. **Sistema do codigo civil francez.** — Os eminentes jurisconsultos a quem o grande Napoleão encarregára da missão de redigirem um codigo civil não adoptaram tambem a trilogia das *Institutas*, mas estabeleceram outrosim uma divisão tripartida, a saber: *Des personnes*; 2.º *Des biens et des différentes modifications de la propriété*; 3.º *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Os livros 2.º e 3.º corres-

pondem á secção romana *res*; e o tratado das acções passou para o código do processo, onde era o seu logar proprio. Este sistema foi adoptado, quasi sem alteração, nos códigos civis italiano, belga, boliviano e, o que é de espantar, no hespanhol, apesar de moderno e posterior ás mais severas criticas feitas a tal sistema pelos proprios juriconsultos francezes.

Que este sistema é absolutamente falto de logica e de espirito scientifico, não se pode contestar. Diga-se embora, como Planiol, que um código não deve ser um sistema filosofico de doutrinas e teorias, e que o processo legislativo é muí diferente do processo scientifico, — o que *não deve ser*, — é manifesto que, mesmo sob o ponto de vista legislativo, o sistema do código francez é muitissimo defeituoso. Basta notar que o livro 3.<sup>o</sup> é perto de tres vezes maior do que os dois primeiros reunidos, abrangendo sete grandes capitulos do direito civil: as *sucessões*, as *doações* e *testamentos*, a *teoria geral das obrigações*, as *regras proprias de contratos especiaes*, os *regimens matrimoniaes*, os *privilegios* e *hipotecas*, a *prescrição*; — tudo disposto de tal modo que, o proprio Planiol confessa que: «a acumulação de todas estas materias *heterogeneas* num livro unico é *pouco logica*». Note-se que, tratando-se do casamento, do divorcio e da separação de pessoas e bens no livro 1.<sup>o</sup>, os regimens matrimoniaes vêm no livro 3.<sup>o</sup>; que as *modificações da propriedade* foram separadas das *diversas maneiras de adquirir* esta; e que entre estas manciaras foram incluídos os privilegios e as hipotecas, que são apenas *garantias* dos direitos, e a prescrição negativa que só extingue as obrigações, etc.

De sorte que, a censura de Bélimé ao metodo germanico de que «não se sabe, neste, onde encontrar qualquer instituto juridico», é applicavel com muito mais razão ao sistema do código civil francez. Se o merito principal duma classificação é «facilitar o encontro de qualquer doutrina que se procure»;

e se «as divisões devem ser como os moveis devidamente dispostos, e os capitulos como gavêtas onde tudo está colocado com ordem, sob rotulos simples e claros; porque a cousa de que o homem mais precisa hoje é o tempo, e os metodos têm por fim poupar-lho», taes meritos não se encontram no código francez. A propria clareza tão celebrada do seu estilo nem sempre é verdadeira. A redacção das suas disposições, diz Windscheid, não conduz, senão raras vezes, a uma determinada explicação, excluindo *qualquer outra*; a sua nitidez de expressão, tão gabada, não é senão formal; não é uma verdadeira precisão interna, resultado da completa clareza do pensamento. Não é raro ver que o código não teve em vista senão tal fenomeno particular dum acto juridico e que não soube consideral-o em toda a sua amplitude.

Portanto, só admiradores mais patriotas do que sinceros, como Massé e Vergé, poderiam achar no código Napoleão «o merito inapreciavel de ser claro, de se classificar facilmente no espirito e estar assim ao alcance de todos». Em compensação, outros juriconsultos, não menos illustres e não menos francezes, como Batbie e Accolas, chamam a esse código «uma compilação sem metodo, sem unidade, sem ideal, sobrecarregada de detalhes e cheia de lacunas». Porisso é que, pensando-se agora na revisão do código civil francez, o professor François Gény aconselha que «o plano pouco racional do código seja substituído por uma classificação mais em relação com o sistema organico do direito civil», a do sistema allemão.

«Todavia, o código civil francez foi tomado para modelo em muitos paizes», — dir-nos-hão talvez. É certo; mas não foi pela perfeição do seu sistema ou metodo, antes por causa do espirito liberal e egualitario com que fôra redigido; e mesmo nisto foi elle excedido por alguns códigos posteriores.

5. **Sistemas dos codigos peruviano e mexicano.** — O codigo civil do Perú é o mais antigo da America latina, pois foi promulgado em 29 de dezembro de 1851; e sendo o codigo civil francez o melhor e mais liberal que, até então, existia, por elle se deixaram naturalmente guiar os legisladores daquelle paiz. Assim é que vemos neste tambem a divisão tripartida, embora a distribuição das materias se ache feita com mais logica do que no codigo francez. A 1.<sup>a</sup> parte intitula-se: *Das pessoas e dos seus direitos*; a 2.<sup>a</sup> *Das cousas, dos modos de as adquirir e dos direitos que as pessoas nellas têm*, compreendendo esta parte os *regimes esponsalicios* e as *sucessões*; e a 3.<sup>a</sup> *Das obrigações e dos contratos*.

O codigo civil do Mexico, promulgado em 20 de dezembro de 1870, melhorou um pouco mais a disposição do sistema precedente, incluindo na 1.<sup>a</sup> parte, que trata *das pessoas*, as materias de nacionalidade, domicilio, pessoas moraes, casamento, paternidade, filiação, tutela, curatella, emancipação, maioridade e ausencia; — na 2.<sup>a</sup>, intitulada *Dos bens, da propriedade e suas modificações*, todos os direitos reaes; — e tratando na 3.<sup>a</sup> *Das obrigações em geral e dos contratos*; e em titulo separado: *das sucessões legitima e testamentaria*. Tendo sido este codigo revisto em 1884, foi a sistematização conservada, por amor á tradição, ou por se lhe desconhecerem os vícios, que a tornam pouco recomendavel.

Com effeito, embora superiores ao sistema do codigo francez, os codigos peruviano e mexicano têm defeitos essenciaes, pelos quaes devem ser rejeitados, taes como os do fraccionamento do *direito da familia*; da inclusão das *sucessões no direito das cousas* ou no *direito das obrigações*; da dispersão dos principios geraes pelas tres partes do codigo, etc.

6. **Sistema de Boissonade.** — Tendo o Micado do Japão desejado codificar as leis do seu imperio e, ao mesmo tempo,

dar ao seu povo uma nova educação juridica, a qual deveria influir, como influiu, na rapida assimilação da civilização europeia, que a propria Europa hoje tanto admira e... receia, convidára em 1876 tres juriconsultos francezes para irem lá organizar uma faculdade de Direito; e a um delles, o professor Boissonade, encarregára da codificação das leis japonezas. Espirito habituado á sistematização do codigo francez, Boissonade tomou este para modelo, e porisso o seu projecto de codigo japonez, apresentado em 1880, foi disposto pela fórma seguinte: — *Das pessoas* — *Dos bens* — *Dos meios de adquirir os bens* — *Das garantias dos creditos e das provas*.

Os tres primeiros livros correspondem, como se vê, aos tres do codigo civil francez, tendo sido apenas desentranhada do livro 3.<sup>o</sup> deste a materia da parte final do referido projecto. Mas, no livro 2.<sup>o</sup> foi erradamente inserida a materia das obrigações, que nunca ali devêra estar; e no livro 3.<sup>o</sup> a accessão, que vem no 2.<sup>o</sup> do codigo francez. Não obstante estes e outros defeitos, esse projecto foi provisoriamente adoptado para servir de guia na administração da justiça, até que, na sessão legislativa da respectiva Dieta de maio a julho de 1892, foi o mesmo projecto rejeitado por varios motivos, entre os quaes os seguintes: 1.<sup>o</sup> a divisão e classificação das materias eram pouco logicas; 2.<sup>o</sup> devendo conter, exclusivamente, principios de direito privado, elle continha tambem disposições de direito publico. Estas razões *officiaes* dispensam, evidentemente, mais larga critica do sistema de Boissonade, o qual, no codigo japonez recentemente promulgado, obra dos grandes juriconsultos Tomii e Oumé, foi substituido pelo sistema germanico, como adeante veremos.

7. **Sistema de Correia Telles.** — O nosso eminente praxista José Homem Correia Telles dispoz a materia do seu *Digesto* por uma forma um tanto original. «Todas as questões que no fôro, ou fóra delle, se podem agitar, diz elle,

vêem a cifrar-se nisto: se uma parte tem direito; se a outra tem obrigação. As doutrinas sobre direitos e obrigações civis podem coordenadamente distribuir-se em tres livros: — no 1.º tratando dos direitos e obrigações em geral, das suas diversas especies, dos modos de os provar e modos de os dissolver; — no 2.º, dos direitos e obrigações que derivam dos diversos estados de pessoas de que se compõe a familia, pois que o reinò todo não é mais que um agregado de familias; — no 3.º, finalmente, dos direitos e obrigações relativos á propriedade, aos modos de as adquirir e perder, de a gosar, conservar e administrar».

Como se vê, Correia Telles não se propoz coordenar o seu Digesto «debaixo do ponto de vista das obrigações», como diz o sr. dr. Teixeira de Abreu, mas sim sob o ponto de vista *dos direitos e das obrigações*. E não se pode dizer, como este illustrado catedratico, que elle «nenhumas idéas tinha da philosophia do direito e metologia jurídica», pois o agrupamento das normas relativas aos direitos e obrigações em *geraes e especiaes*, mostra bem que o conceituado praxista tinha um bom criterio, pelo menos neste ponto. O defeito do sistema está, apenas, na adopção da tripartição tradicional, donde resultou o fraccionamento do direito das successões, tratando-se da legitima no livro 2.º e da testamentária no 3.º; além doutros erros, como o da inclusão da prescriçãõ acquisitiva na 1.ª parte, das doações e da compra e venda na 3.ª; e de não terem logar apropriado os direitos e as obrigações especiaes, que não derivam da familia, nem são relativos á-propriedade. Além disto, antes de se estudar os direitos e obrigações em geral, convinha expôr as normas relativas aos elementos desses direitos e obrigações, á capacidade civil, á personalidade e seus elementos, á classificação das cousas, etc. O sistema de Correia Telles poderia servir para a exposição do direito civil no seu estado dinamico; mas faltar-lhe-ia a parte referente ao direito no seu

estado estatico. E ainda sob o aspecto dinamico, a disposição da materia é errada.

8. **Sistema de Felício dos Santos.** — O governo brasileiro, que ha já muito pensára em promulgar um codigo civil, cuja falta muito se fazia sentir, pois aquelle povo ainda se regia, em pleno fim do seculo XIX, pelas nossas velhas *Ordenações Felipinas*, encarregára, em 1881, o dr. Joaquim Felício dos Santos de apresentar um projecto de codigo civil ou de continuar o projecto em que, desde 1859, Teixeira de Freitas e depois Nabuco de Araujo tinham trabalhado. Aquelle jurisconsulto, porém, não adoptando o sistema de Teixeira de Freitas, apresentára um seu, em que influiu ainda a tradição da tripartição. Na 1.ª parte do seu projecto, tratava o dr. Felício dos Santos *das pessoas, das cousas e dos actos e factos juridicos em geral*; — na 2.ª parte, dividida em tres livros, trata *das pessoas — das cousas — dos actos e factos juridicos em especial*. Como se vê, este sistema é muito parecido com o de Mühlenbruch; mas não foi ao tratado doutrinário deste romanista que elle o foi buscar; o dr. Felício dos Santos tomára para seu guia o nosso notavel praxista Coelho da Rocha, como este seguira Makeldey.

Com effeito, Coelho da Rocha, nas suas *Instituições do Direito Civil*, depois de tratar, numa parte geral, *das pessoas, das cousas e dos actos juridicos*, occupava-se, na parte especial, *dos direitos das pessoas*, incluindo nestes as relações de familia e as successões; *dos direitos das cousas*, em que entravam tambem a *adquisição das heranças, as partilhas e a successão dos vinculos e capellas*; e *dos direitos emquanto aos actos juridicos*, tratando ainda nesta secção da successão testamentária e dos contratos, embora tivesse mencionado o emprazamento, o censo, o penhor, a hipoteca e os privilegios *no direito das cousas*.

Basta este simples enunciado para se ver como estes siste-

mas são faltos de logica e de criterio scientifico, a não ser na separação da *parte geral e especial*. Mas, essa parte geral é assaz incompleta; e a distribuição das materias, na parte especial, acha-se feita dum modo perfeitamente arbitrario. Não se faz nestes sistemas uma classificação dos direitos em si, agrupando-os por instituições ou tipos juridicos; emfim, não se dá uma exacta idéa da vida e do organismo do direito; — sinal evidente de que a divisão tripartida é insufficiente para uma racional sistematização do direito civil.

9. **Sistema de Cimbali.** — Já vimos atraz que o eminente escritor, Enrico Cimbali, era um dos propugnadores da unificação do direito e do *Código do direito privado social*. Porém, apesar de ser um espirito esclarecido e orientado á moderna, Cimbali não soube encontrar um sistema de codificação bastante largo para poder abranger todas as relações juridicas cuja unificação preconisava. E não admira, porquanto esse escritor era um admirador do código civil austriaco, que julgava «scientificamente distribuido»; e dahi o seguir elle o criterio da tripartição. Com efeito, segundo Cimbali, não é possivel classificar devidamente a materia juridica sem se considerar os elementos desta sob os seus dois aspectos: *estatico e dinamico*. Sob o primeiro aspecto, são dois os elementos constitutivos do direito: *peSSOAs e coisas, sujeitos e objectos*, como dois são os elementos integrantes da vida em geral: *força e materia*. Sob o segundo aspecto, estudam-se as relações entre as pessoas e as cousas. Deste modo, as partes fundamentaes dum código devem ser: — *peSSOAs — coisas — e relações juridicas*.

O sistema de Cimbali, como se vê, pouco difere do clasico sistema de Gaio. Não contesto que o direito deve ser examinado sob os aspectos *estatico e dinamico*. Mas, sob qualquer dos aspectos, o sistema de Cimbali é devéras de-

ficiente. Os elementos do direito não são só as peSSOAs e as cousas. Na *estática do direito* entra tambem o estudo duma *força*, que são os *factos juridicos*, que originam, modificam ou extinguem os direitos e as obrigações, e doutra *força* que é a *garantia* ou *sancção*, a proposito da qual vem o estudo da importante materia das *provas*, que não têm, evidentemente, um logar apropriado neste sistema. A *dinamica do direito* tambem não se efectúa só entre peSSOAs e cousas; mas tambem entre *duas peSSOAs*, sendo o *objecto* um elemento secundario ou mediato, e podendo este ser tanto uma *cousa*; como um *facto* positivo ou negativo. Além disso, não basta dizer que a terceira parte do código deve tratar das *relações juridicas*. É tão vasta a massa destas relações, sobretudo se se unificar o direito privado, que se torna indispensavel classificar-as em série logica, concatenada, scientifica.

10. **Sistema de Vadala-Papale.** — Este sistema é ainda mais absurdo do que o precedente, sendo o seu autor tambem sectario da unificação do direito privado. Obedece ainda ao criterio da tripartição, e tem por fundamento as *relações sociaes dos cidadãos*. «A sciencia, diz Vadala-Papale, estudando o homem no seu desenvolvimento particular, privado, encontra-o integrado em tres séries de relações: — com o estado, em que se desenvolve, — com a familia, que constitui, — e com o patrimonio de que pode dispor». Hesita, porém, o autor sobre qual destas relações deva preferir na ordem de precedencia. É certo que a maioria das escolas prefere a relação patrimonial; mas elle entende que assim deveria ser, se o individuo não nascesse no Estado e sob a tutela do Estado. Porisso, um código deve naturalmente constar de tres partes assim dispostas: 1.ª relações do individuo com o Estado; 2.ª relações do individuo com o patrimonio; e 3.ª relações do individuo com a familia. Como orientação geral recomenda o autor: o estudo objectivo de

todas as relações; e a substituição do espirito individualista, hoje dominante na esfera jurídica, pelo espirito social.

Não são precisas largas considerações para se repudiar este sistema. Basta vêr que o seu autor inclúe no direito civil relações jurídicas de direito publico, limitando-se a fazer a distincção das relações puramente civis em *patrimoniaes e familiares*. Este sistema, portanto, nada mais é do que «um desses desvios em que sóem cair os que abusam dos seus talentos por espirito de novidade», como dizia o jurisconsulto brasileiro Teixeira de Freitas, a proposito do sistema do nosso codigo civil. Nem chega a ser *sistema*; porque não se concebe um sistema sem coordenação organica, sem um principio filosófico que o informe em todo o seu desenvolvimento.

**11. Sistema do codigo hollandez.** — O primeiro codigo que se afastou da divisão tripartida foi o codigo civil da Hollanda, promulgado em 1829, mas influenciado pelo codigo civil francez, que já estivera em vigor nesse paiz, quando fôra este anexado ao imperio de Napoleão, e depois organiado em reino, cujo trono fôra dado ao irmão do vencedor, Luiz Bonaparte. O espirito da reacção não conseguira, porém, desarraigar do espirito publico a convicção de que um codigo tinha muitas vantagens; mas não era isto, de certo, razão para se iunitar servilmente o codigo francez, tanto mais que convinha atender ás necessidades do paiz, sobre as quaes este codigo não podia ter providenciado. Assim, o codigo hollandez foi dividido em quatro partes: — 1.<sup>a</sup> *Das pessoas*, tratando-se nesta parte das convenções esponsalicias; — 2.<sup>a</sup> *Dos bens*, abrangendo as sucessões e muitos direitos reacs que o codigo francez suprimira; — 3.<sup>a</sup> *Das obrigações*; — e 4.<sup>a</sup> *Das provas, e da prescrição como meio de adquirir e livrar*.

Este sistema, embora superior ao do codigo Napoleão,

tem tambem graves defeitos, como o de fraccionar direitos típicos como os da familia e das sucessões; — separar as pessoas das cousas; dispersar por todo o codigo os principios geraes, que convém tratar em separado; — emfim, não dar uma impressão exacta da vida do direito.

**12. Sistema do codigo chileno.** — Este codigo é, quanto ao sistema, o melhor que se publicou em meados do século XIX, além de ter sido redigido com uma largueza de vistas só excedidas pelo recente codigo civil allemão. Promulgado em 14 de dezembro de 1855, foi esse codigo dividido em 4 partes, a saber: — 1.<sup>a</sup> *Das pessoas*; — 2.<sup>a</sup> *Dos bens e sua propriedade, posse, uso e fruição*; — 3.<sup>a</sup> *Das sucessões*; — 4.<sup>a</sup> *Das obrigações em geral e dos contratos, inclusivè os antenucias*.

É, pois, este o primeiro codigo em que se compreendeu que os *direitos das sucessões* não deviam ser confundidos com os outros; e se, do mesmo modo, os *direitos de familia* não estivessem fraccionados entre a 1.<sup>a</sup> e a 4.<sup>a</sup> partes, este codigo teria uma sistematisação análoga á do recente projecto do codigo civil suizo. Este fraccionamento do direito da familia e a falta duma parte geral, que me parece necessaria, além doutros defeitos secundarios, são os motivos por que este sistema deve ser rejeitado.

**13. Sistema do codigo civil portuguez.** — O metodo ou sistema adoptado pelo sabio autor do nosso codigo civil tambem se afastou da tripartição; mas por uma forma que Planiol justamente classificou de *insólita*.

Tendo sido vigorosamente combatido por dois jurisconsultos contemporaneos, Moraes Carvalho e Teixeira de Freitas, o illustre Antonio Luiz de Seabra veio justificar o seu sistema na sua *Apostilla á censura* do primeiro daquelles adversarios, alegando que, todos os metodos seguidos pelos legis-

ladores anteriores não podiam ser adoptados, — mas sem dar disso a menor razão — e que, porisso, a sua maxima aspiração fôra fazer alguma cousa de menos defeituosa do que isso que até então se fizera. É certo que Seabra declara ter já *no prélo* um livro em que se veria que «não deixára sem maduro exame *nenhum* dos metodos legalmente adoptados, *nenhuma* das teorias imaginadas pelos mais doutos juriconsultos». Não saiu, porem; infelizmente, á luz esse livro; mas poderia afoutamente afirmar-se que o autor do nosso codigo não conhecia *todos* os metodos legais, nem *todas* as teorias sobre este assunto, algumas das quaes eram formuladas em obras inglezas e alemãs, e linguas que o mesmo juriconsulto, segundo informações fidedignas, ignorava. A prova está em que o autor do projecto do nosso codigo em nenhuma das suas publicações faz menção do juriconsulto alemão *Zachariae*, do juriconsulto inglez *Austin*, nem mostra ter conhecido o codigo chileno, como o não conheciam os outros juristas portuguezes, seus contemporaneos.

Para chegar, porém, ao resultado visado, entendeu Seabra que: o melhor meio seria emancipar-se de quaesquer preconceitos; fechar os livros, e consultar unicamente a propria natureza das cousas, que raramente deixa de responder com proveito a quem sabe interroga-la. E continúa o eminente juriconsulto assim:

«Qual o nosso fim? dissemos. — Expôr o Direito civil na sua ordem mais simples e natural. Ora essa ordem não pode ser fundada senão na mesma natureza do direito. E *que é o direito civil?* — Sem duvida o *complexo das regras ou disposições legais, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si*. Ora, quaes são os elementos juridicos essenciaes nestas relações? — O sujeito dos direitos, ou seja o credor, — o sujeito da obrigação, ou seja o devedor, — e o objecto desses mesmos direitos e obrigações.

«Poderíamos nós fundar o nosso sistema no objecto do di-

reito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como cousas, ou como serviços: — *não as cousas*, porque seria impossivel resumi-las, classifica-las, e comprehende-las todas na massa existente e possivel: — *não os serviços*, pela sua propria natureza variavel e indefinida; — e *não as cousas e serviços*, finalmente, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, — e o direito não seria o que é, se não assentasse em principios certos e invariaveis.

«Poderíamos nós fundar o nosso sistema debaixo do ponto de vista das obrigações? Também não. A obrigação é um elemento secundario, uma idéa relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito. E posto que o direito indique tambem necessariamente a existencia de uma obrigação geral ou particular, — é certo que o direito pode nascer, subsistir, e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece á obrigação em relação ao direito. O direito exprime um principio absoluto e independente, — a obrigação, um principio subordinado e dependente. . . .

«Restava-nos pois o sujeito do direito, e foi esse o ponto de vista que adoptámos na formação do nosso plano. Mas, como no sujeito do direito ha necessariamente duas idéas predominantes e distintas, — o poder ou seja a autonomia, a faculdade immanente, — e a acção, ou faculdade pratica, — cumpria definir a primeira, antes de tratar da segunda, ou por outras palavras, — era necessario *começar pelo principio* — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, no reconhecimento dos meios por que pode adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os pode fruir, conservar e defender.

«Achamos, pois, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessariamente devia referir-se a quatro

pontos capitaes, que podiam servir de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica, a saber:

- «1.º Natureza do ente juridico (capacidade);
- «2.º Seus meios de vida (aquisição);
- «3.º Fruição desses meios (propriedade);
- «4.º Conservação (violação, defeza dos direitos).

«Os juriconsultos, que têm dado alguma atençaõ ás theorias metodicadas, reconhecerão facilmente que o nosso plano é inteiramente novo, logico, simples, natural e completo, pois não pode haver especie alguma de direitos, que não entre necessariamente em alguma das casas indicadas. Para ser entendido basta pronuncia-lo, — e para enuncia-lo bastam quatro palavras».

Em harmonia com esta doutrina, acha-se o nosso codigo civil dividido em quatro partes, na primeira das quaes se trata da *capacidade civil*, na segunda da *aquisição dos direitos*, na terceira do *direito da propriedade*, e na quarta da *ofensa dos direitos e da sua reparação*.

Eis a maneira habilidosa, mas pouco convincente, por que Antonio Luiz de Seabra defende o seu sistema, que, na opinião do sr. dr. José Tavares é *o mais aperfeiçoado de quantos até hoje têm sido apresentados!* E como este catedratico não dá outras razões da sua preferéncia, limitando-se a transcrever as de Seabra, segue-se que elle subscreve inteiramente a doutrina deste. Salvo o devido respeito pela opinião de tão talentoso professor, não me parece que o nosso codigo civil seja, sob o ponto de vista do metodo, o mais perfeito. Não tenho, nem terei jámais o fetichismo da autoridade. Como Bonald, entendo que a razão é a primeira autoridade, e a autoridade é a ultima razão. E porisso, não hesito em afirmar que o sistema de Seabra é *um dos mais absurdos e defeituosos*.

É certo que Seabra, na construção do seu plano, não devia bazear-se nas *cousas*, nem nos *factos*, nem na *obrigação*;

mas tambem se não podia bazear sómente no *sujeito do direito*. Não porque as cousas não possam ser classificadas; o proprio Seabra as classificou no seu projecto, nos logares correspondentes aos art. 371.º e seguintes do codigo; mas porque sendo o direito composto desses elementos indispensaveis, não havendo direito sem sujeito activo e passivo e sem objecto, tomar para criterio da classificação só o sujeito activo, o mesmo é que separar um elemento inseparavel e dar-lhe uma preponderancia que não deve ter. E onde ficou o sujeito da obrigação? A *obrigação* não é o mesmo que o sujeito della; se o fosse, tambem o *sujeito do direito* seria o mesmo que *direito*; e portanto, deviam ser classificados os direitos!

De sorte que, parecendo, á primeira vista, muitissimo original, o sistema do nosso codigo não é senão o *sistema classico* disfarçado sob novas roupagens, correspondendo a 1.ª parte á secção *personae*, a 2.ª e a 3.ª partes á secção *res*, e a 4.ª ás *acciones*, tanto mais que o illustre Seabra incluia na 4.ª parte do seu projecto a materia das acções, que a comissão revisora com razão suprimiu, o que determinou o afastamento do mesmo Seabra dos trabalhos da comissão, poisque se sentira ferido no seu amor-proprio de autor.

Acresce que, tendo a presunção de ter descoberto um sistema *inteiramente novo, simples, natural e completo*, e de *saber consultar a natureza*, como nenhum outro, antes delle, o soubéra fazer, o emerito, mas vaidoso autor do projecto, nem sequer foi original no sistema de consultar a natureza, como Moraes de Carvalho lhe observára, pois muitos outros pensadores tinham tido equal pretensão. Mas, como dizia Bonald, «todos os escritores concordam em reconhecer a natureza como a reguladora das leis; quando, porém, se trata de determinar o sentido da palavra *natureza*, todos divergem e não se entendem...».

Se o nobre autor do projecto — observára por sua vez

Teixeira de Freitas — tinha, e devêra ter, por fim expôr o complexo de todas as disposições legais que regem as relações civis dos individuos entre si (e tambem entre os individuos e o Estado), relações que correspondem aos direitos que as mantêm, o seu trabalho devêra consistir unicamente em observar com tento essas relações e correspondentes direitos, em ordem a conhecer, sob os mais importantes aspectos, as suas semelhanças e as suas diferenças; e não em prescrutar os elementos dessas relações, para em um delles fundar isoladamente qualquer sistema e erigir o seu edificio, não sobre uma base inteiriça, mas sobre uma base quebrada...

Com efeito, o autor do projecto, em vez de construir o seu sistema sobre a analyse dos proprios direitos considerados no todo, na sua organização viva, foi procura-lo na decomposição dos seus elementos. E, todavia, parece que o eminente jurisconsulto não desconhecia o verdadeiro caminho; pois noutro lugar da referida *Apostilla* diz elle: «Como poderíamos nós determiná-las (as materias, do código e a forma de as codificar) sem remontar ao unico principio que podia servir-nos de guia — a propria natureza dos direitos, sem os definir claramente, sem os classificar com exactidão?». Ora, se este era o principio, o autor do projecto não o seguiu; porque não importa *classificar os direitos* o dispôr as materias por um plano completamente artificial, tendo em vista, apenas, o *sujeito activo do direito*.

É mistér notar, a demais, que sendo as obrigações o capitulo mais rico e vasto do direito civil, em todas estas, sobretudo nas bilateraes, o sujeito da obrigação é tambem sujeito dos direitos correlativos; e que ha muitos contratos que se não podem considerar sómente como *meios de aquisição*, poisque arrastam consigo importantes encargos ao sujeito do direito.

Se o fim do legislador é «expôr o direito civil na sua or-

dem mais simples e natural, e essa ordem não pode ser fundada senão na mesma natureza do direito», é um erro dissecar o direito nos seus elementos, em vez de se examinar qual é essa *natureza do direito*.

Ora, já vimos atraz que o direito era um *organismo*, tendo, como tal, unidade, individualidade, vida e morte; e podendo ser estudado sob o duplo ponto de vista *anatomico e fisiologico*. Na sistematização do direito civil, portanto, temos de atender á sua *anatomia* e á sua *fisiologia*; temos de examinar: 1.º quaes são os elementos do direito; e 2.º como esses elementos se ligam, se combinam, se anastomosam, se transformam e funcionam em numerosas *relações* ou *institutos juridicos*, na exposição dos quaes, por uma direcção logica e natural do nosso espirito, temos de caminhar do simples para o complexo, do geral para o especial. Só deste modo se poderá abranger, nùm só golpe de vista, todo o organismo juridico no seu funcionamento e vida real. «O espirito legislativo, disse Sedillez, é um espirito de conjunto, de ordem, de raciocínio; elle divide e reúne; elle olha para traz como para deante; elle vê tudo e o todo». É isto o que se não fez no nosso código; tomando-se para ponto de partida só o *sujeito do direito* reduziu-se as *instituições juridicas*, os *direitos reaes*, as *obrigações*, os *direitos da familia* e das *sucessões* a farrapos, distribuidos pelas secções artificiaes e puramente abstratas em que a materia do código foi dividida.

O autor do projecto do nosso código, tendo sido infeliz na escolha do seu criterio metodico, não foi menos desastrado na applicação desse metodo. Assim, tratando na segunda parte da *adquisição dos direitos*, foi a materia respectiva exposta conforme a classificação dos direitos feita, por um modo tambem abstrato, no art. 4.º, a saber: — 1.º direitos derivados da propria natureza do homem; — 2.º direitos que se adquirem por factio e vontade propria independentemente da cooperação doutrem; — 3.º por factio e vontade propria e doutrem

conjuntamente; — 4.º por méro facto e vontade doutrem; — 5.º por méra disposição da lei.

Ora, em primeiro lugar, como Moraes Carvalho e Teixeira de Freitas tinham já observado, os direitos derivados da própria natureza do homem são os direitos chamados *originaes*, *absolutos*; e taes direitos, sempre presupostos, não são da esfera do direito civil, que só trata dos direitos *derivados*, *adquiridos*. Em segundo lugar, não ha direito algum que se possa adquirir sem cooperação, seja da vontade propria, seja da vontade doutrem, seja da lei; nem pode alguém contrair obrigação sem anuencia sua ou sem preceito legal, por méro facto de terceiro. «*Omnes obligationes cum a lege et jure profiscantur civiles sunt*», disse o profundo Mello Freire. Em terceiro lugar, as *cousas*, como objecto do direito, estão inteiramente deslocadas numa secção em que se trata da *adquisição dos direitos*; e a propriedade, sendo um *direito adquirido*, não devia constituir uma secção á parte. As successões não derivam da *méra disposição da lei*, mas das relações de parentesco, que a lei apenas gradúa, ou do testamento, excepto a successão do Estado. Os direitos provenientes da gestão não derivam *de méro facto e vontade doutrem*, pois é preciso que o proprietario do negocio ratifique os actos do gestor, ou queira aproveitar-se dos comodos e proveitos que destes resultaram, indemnizando o gestor, no primeiro caso, das despesas e prejuizos soffridos, e no segundo só das despesas. Tambem os direitos baseados na *prescrição positiva* não derivam *só do facto e vontade propria* do titular desses direitos; pois os prazos da prescrição estão estabelecidos pela lei, e, se não fôra esta, poderia o dono da çousa recupera-la a todo o tempo; — e a *prescrição negativa* não serve para a *adquisição* de direitos, mas unicamente para a *extinção* de obrigações de qualquer especie e de toda e qualquer acção. Finalmente, os direitos derivados dos delictos e quasi-delictos

não ficaram, nem podem ser incluídos em qualquer desses cinco grupos.

Além disto, podem notar-se alguns absurdos devéras salientes, taes como: — 1.º a inclusão do patrio poder, da tutela e do direito aos alimentos na *capacidade civil*, sendo certo que taes institutos não derivam da *natureza do ente juridico*, mas das *relações de familia*; e se a filiação e o parentesco influem sobre a capacidade, não é menos certo, como nota bem o sr. dr. Guilherme Moreira, que por esses factos se adquirem direitos e que as normas repectivas não encerram uma simples questão de capacidade, nem são uma méra aquisição, fruição ou conservação de direitos; — 2.º o fraccionamento dos direitos reaes, tratando-se na 2.ª parte da *posse*, da *propriedade* e *uso das aguas*, da *propriedade litteraria*, *artistica* e *dos inventos*, e na 3.ª parte da *propriedade* do solo ou de predios urbanos, considerando esta como *fruição* dos meios de vida do ente juridico, e aquellas como *modos de aquisição* desses meios, sendo aliás a posse a principal manifestação da propriedade e só por si uma *fruição*, conforme a definição do codigo, como são *fruição* as outras especies de propriedade mencionadas; — 3.º o agrupamento da responsabilidade civil e das provas como *meios de conservação* do direito, sendo aliás a responsabilidade civil uma obrigação propriamente dita, que deveria ser tratada na 2.ª parte, visto ser a indemnização por perdas e damnos um *direito que se adquire por méro facto doutrem e por disposição da lei*, poisque os delictos e quasi-delictos são *factos juridicos* que originam direitos e obrigações; — e as provas são necessarias, não só para a defeza dos direitos, mas ás vezes para a existencia dos proprios direitos, para a *adquisição* destes; — 4.º o casamento não é um simples contrato, um *meio de vida* (embora para alguns o seja...); pelo contrario, na maioria dos casos é uma fonte perene de encargos, que se aceitam pelo fim elevado desse acto; e, em geral,

todos os contratos e obrigações de que o código se ocupa não podem ser havidos como *meios de aquisição de direitos*, pois como nota ainda o sr. dr. Guilherme Moreira, «o vínculo que se estabelece pelas obrigações não pode ser devidamente considerado quando se atenda só ao crédor, nem é possível scindir-se o seu conteúdo pelas diversas partes em que o código se acha dividido». E muitos outros defeitos, quer de distribuição, quer de tecnica, poderiam ser apontados, sendo um destes a inclusão de disposições puramente organicas, como as referentes ao registo predial e ao registo civil, que tinham logar proprio nos diplomas que organisassem estes serviços; defeito que se nota tambem no recente projecto do código civil suíço.

Vê-se, portanto, que o sistema do nosso código enferma dos mesmos defeitos pelos quaes o sr. dr. Tavares rejeitou alguns dos sistemas precedentes: separa os elementos essencialmente constitutivos do direito e que são inseparáveis; é demasiadamente subjectivo; e não dá uma idéa de conjunto, da constituição e vida do organismo do direito. E se tem o pequeno merecimento da *novidade*, não é *simples*, nem *natural*, nem *completo*; e a nossa *carta juridica* ficaria inçada de erros com os *pontos de triangulação* que o illustre autor do sistema nos oferece. Inutil me parece, á vista do exposto, prolongar esta critica, que, de resto, ficará naturalmente completa com a demonstração das vantagens do sistema que prefiro.

14. **Sistema de Leibnitz.** — É vulgar censurar-se aos sabios e jurisconsultos allemães as suas tendencias excessivamente especulativas; e parte-se dahi para se considerar inapplicaveis á realidade das cousas os principios scientificos por elles formulados. É certo que a filosofia demasiadamente metafisica e transcendental de Hegel e seus sectarios é que concorreu para crear, em relação aos processos germanicos,

semelhante conceito. Mas é incontestavel que essa tendencia especulativa, temperada pela observação da realidade, tem sempre dado optimos resultados. O insuspeito Béliame é o primeiro a reconhecer que: «Se a Allemanha é o paiz do filosofismo, é tambem o paiz das metódificações. Os allemães são classificadores por excellencia, graças ao seu genio formalista».

Já vimos atraz os inconvenientes do empirismo derivado do criterio subjectivista. O temperamento germanico, que se preocupa sempre com a topografia de qualquer estudo, não podia deixar de levar os sabios daquelle paiz a procurar um diverso criterio para a sistematização dos estudos juridicos.

Foi o grande filosofo Leibnitz o primeiro que indicou um dos principios scientificos a que o sistema dum código deve obedecer — o da classificação dos direitos. «Não tratando a jurisprudencia, diz Leibnitz, senão de *direitos*; e todos os direitos presupondo uma pessôa que o exerce e uma cousa que delle é objecto, é um metodo vicioso e falso tratar separadamente das pessôas, das cousas e das acções. Não se devem considerar os direitos senão em si mesmos, pelas suas diferenças intrinsecas. Não são as pessôas e as cousas que se devem distinguir, mas os direitos e as obrigações correlativas».

Orientado por este principio, Leibnitz classificava os direitos, pelas suas origens ou causas determinantes, em cinco grupos: *direitos derivados da natureza*, — *da convenção*, — *da posse*, — *da successão*, — *do delicto*; classificação que é muito semelhante á que se acha feita no art. 4.<sup>o</sup> do nosso código.

Ora semelhante classificação, além de ter o defeito apontado por Béliame: de se não saber onde meter as provas e onde colocar as servidões, que podem derivar da natureza, do contrato ou do testamento, é manifestamente insufficiente, visto haver direitos que se não podem incluir em nenhum

desses cinco grupos, taes são os direitos derivados dos *quasi-contratos*, *quasi-delictos* e da *lei*, e os *direitos de familia*, que não são derivados só da convenção, nem só da natureza.

O critério da *origem* não é, pois, o mais proprio para a classificação dos direitos, classificação que, para ser bõa e racional, tem de estabelecer nitidamente as similhanças e as diferenças e partir do simples para o complexo, dando sempre uma impressão de série coordenada, sendo «cada uma das partes deduzida com tal artifício, como diz Coelho da Rocha, que as antecedentes, sem serem repetidas, abram a porta e dêem a luz para a entrada das seguintes»; uma impressão da vida do organismo do direito, dentro do qua cada instituição seja um sistema autónomo, mas interdependente, cooperante, como num organismo animal vêmos os sistemas nervoso, circulatorio, digestivo, respiratorio e muscular, cada um dos quaes é um organismo com uma função á parte, mas colaborando todos para a existencia do organismo total. Além disto, é de imprescindível necessidade, a meu ver, separar numa *parte geral* as normas relativas aos elementos do direito, isoladamente considerados, e todos os principios geraes, cuja dispersão é bastante nociva para a bõa interpretação e applicação das normas especiaes.

15. **Sistema de Thibaut.** — Este notavel professor allemão que, contra Savigny sustentára as vantagens da codificação, como vimos, expondo o direito romano no seu *System des Pandekten Rechts* divide o corpo juridico em duas partes: *geral* e *especial*. Naquella, trata das leis, dos direitos em si proprios e sua origem, do parentesco, da capacidade civil, da classificação das cousas, etc.; e nesta, classifica os direitos em *direitos de governo*, *direitos reaes* e *direitos pessoaes*. No direito de governo comprehende o *direito de finanças* e o *direito de policia*, abrangendo este o *patrio poder* e a *tutela*; e no patrio poder inclue o casamento, a adopção, a legitima-

ção, etc. Os direitos pessoaes ou contratos são divididos em *principaes* e *accessorios*.

Este sistema não só é «excessivamente didático, e insusceptível de ser adoptado por qualquer legislador», como diz Bêlime, mas assaz incoerente quanto á forma por que faz a classificação dos direitos e distribue as materias. Assim, trata-se dos contratos em geral no 1.º volume; da compra e venda no principio do 2.º volume e da venda a retro no fim deste; estuda-se o casamento a proposito do patrio poder, sendo este e aquelle *direitos pessoaes* e derivando do casamento alguns *direitos reaes*; fala-se em *direito de finanças* e *direito de policia* e *direito de governo*, assuntos e termos completamente extranhos ao direito civil. Não pode, portanto, semelhante sistema deixar de ser rejeitado.

16. **Sistema de Teixeira de Freitas.** — O governo brasileiro, como disse atraz, encarregára, em 1859, o notavel jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas de formular o projecto dum codigo civil, á imitação do que, pouco antes, fizêra o governo portuguez, dando equal missão a Antonio Luiz de Seabra. Entre os dois jurisconsultos travou-se, então, a proposito do projecto do codigo civil portuguez uma violenta disputa, escrevendo Teixeira de Freitas a sua *Nota Apostilla á censura do sr. A. de Moraes Carvalho*, etc., e respondendo Seabra na sua *Novissima Apostilla á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas*.

No primeiro destes folhetos sustentava o seu autor: «que o sistema do codigo podia certamente fundar-se no objecto do direito, que são *cousas* e *serviços*; a divisão primaria estava pois á flor da terra nesta dualidade: *direitos reaes*, *jura in re*, e *direitos pessoaes*, que se subdividiãam depois em *direitos pessoaes nas relações de familia*, *jura potestatis*, e em *direitos pessoaes sobre as cousas*, *direitos pessoaes nas relações civis* ou *jura in rem*. Todavia, o autor do projecto do co-

digo civil portuguez, considerando em separado as *cousas* e os *serviços*; dizendo dumas que lhe não podiam servir de fundamento por ser impossivel classifical-as, e dizendo doutras que lhe não podiam servir de fundamento pela sua natureza variavel e indefinida, concluia que as *cousas* e os *serviços* tambem não podiam ser a base do sistema. Mas, — objectava elle — eram falsas tanto a conclusão, como as premissas. É claro que as *cousas*, por si só, não podiam servir de fundamento ao codigo, nem tampouco só os *serviços*; mas dahi não se seguia que o não podessem ser as duas *cousas* por junto; como não era exacto que as *cousas* e os *serviços* se não podessem classificar; etc., etc.

Não se conclua, porém, daqui que Teixeira de Freitas pretendia basear o seu sistema sobre um elemento isolado do direito — o *objecto* (como Seabra o fizera em relação ao sujeito activo do direito), como diz o sr. dr. José Tavares. O sistema desse juriconsulto era baseado na *classificação objectiva dos direitos*, o que é cousa bem diversa. Esse sistema era disposto pela forma seguinte: TITULO PRELIMINAR: *Do logar e do tempo*. — PARTE GERAL: *Dos elementos do direito — Pessoas — Cousas — Factos juridicos*. PARTE ESPECIAL: 1.º *Dos direitos pessoaes*: direitos pessoaes ou obrigações em geral; — direitos pessoaes nas relações de familia; — direitos pessoaes nas relações civis (contratos). 2.º *Dos direitos reaes*: direitos reaes em geral; — direitos reaes sobre *cousas proprias*; — direitos reaes sobre *cousas alheias*; 3.º *Disposições comuns aos direitos reaes e pessoaes*: herança — concurso de credores — prescrição.

O sr. dr. José Tavares considera este sistema insufficiente, «reduzindo-se afinal ao da distincção dos direitos reaes e pessoaes», adoptando aliás o mesmo professor essa mesma distincção. Mas, não se pode contestar que este sistema é superior ao do nosso codigo, visto que se faz nelle uma classificação objectiva dos direitos; e se expõem, em primeiro logar, os

elementos do direito, e depois a função desses elementos e as relações que dahi derivam. É portanto um sistema construido sob um criterio scientifico, embora este não tenha sido posto em pratica com a devida precisão e correcção. O defeito está, apenas, em que a distincção dos direitos em *reaes* e *pessoaes* não nos dá ou não exprime claramente todas as modalidades que os direitos civis podem assumir na sua progressiva complexidade, pois os *direitos de familia* não são direitos puramente pessoaes, nem tampouco as *sucessões*, havendo nestas e naquelles, como veremos, características que os tornam classes de direitos completamente distintas. Além disto, as *disposições comuns* tinham o seu logar proprio na *parte geral*; salvo a *herança*, que devia constituir uma secção da *parte especial*. São estes os unicos defeitos que podem ser apontados ao sistema; poisque não tendo Teixeira de Freitas completado o seu projecto, não se sabe qual seria a distribuição das materias dentro do plano formulado e apresentado apenas nas suas linhas geraes.

17. **Sistema de Austin.** — Se os juriconsultos inglezes, na sua maioria, são opostos á codificação das leis, seguem todavia um certo sistema na exposição das doutrinas nos seus tratados. Um desses juriconsultos, que se dedicou em especial á questão do metodo do ensino da jurisprudencia, foi John Austin, o qual, sendo professor de direito entre 1828 a 1832, deixou indicado, a largos traços, um sistema bastante complexo, baseado tambem na distincção dos direitos em reaes e pessoaes, mas dum modo original. Austin expõe primeiro o *direito das pessoas* ou a teoria da capacidade civil; classifica as *cousas* consideradas como objecto dos direitos; e examina os factos juridicos que produzem ou extinguem os direitos. Em seguida, trata dos *direitos das cousas*. Divide estes direitos em *primarios* ou derivados de factos licitos e secundarios ou *sanccionadores*, derivados de factos illicitos.

Os primarios são divididos em: — 1.º direitos *in rem*, enquanto existem por si e não estão combinados com os direitos *in personam* e podem ser opostos ou valem contra toda e qualquer pessoa; — 2.º direitos *in personam*, enquanto existem por si e não combinados com os direitos *in rem* e só podem ser opostos contra uma ou mais pessoas determinadas; — 3.º combinação de direitos reaes e pessoas; — 4.º universalidade de direitos e obrigações. Os direitos *in rem* subdividem-se em direitos *in rem* sobre as cousas, sendo estas determinadas; — direitos *in rem* sobre pessoas determinadas (escravos, servos e aprendizes); e direitos *in rem*, sem objecto determinado e aos quaes correspondem *abstenções* que não dizem respeito a pessoas e cousas determinadas; taes são os *monopolios*.

Os direitos *secundarios* subdividem-se em direitos e obrigações resultantes de *delictos civis*; e direitos e obrigações resultantes de crimes. Os primeiros constituem duas classes, conforme a violação respeita a direitos *in rem* ou a *direitos in personam*. A primeira classe compreende a *reintegração*, pela legitima defeza ou pelas acções possessórias; a *satisfação*, quando o objecto foi aniquilado, isto é, perdas e danos; ou a combinação das duas formas. A segunda classe, compreende: 1.º direitos tendentes a constranger o devedor á *execução especifica*; 2.º direitos a receber uma somma em vez da *execução especifica*; 3.º direitos a receber parte em dinheiro e parte em execução especifica. A proposito disto, trata das provas judiciaes. Na segunda parte, classifica os crimes em referencia aos direitos e obrigações de que constituem violação; e expõe as formas do processo civil e criminal.

Este sistema, que se aproxima do de Teixeira de Freitas, é tão complicado e tem taes defeitos, que não poderia ser aproveitado para a codificação do direito civil; pois, em primeiro lugar, a materia dos crimes e do processo não pertence ao codigo civil; em segundo lugar, os direitos derivados de

*delictos civis* e *quasi delictos* tambem são direitos *in personam*, não havendo razão para que sejam separados dos que derivam de *contratos* e *quasi-contratos*, não mencionando o autor as obrigações provenientes *da lei*. Além disto, outros defeitos importantes se podem notar, taes como: 1.º o de tratar do casamento só a proposito da capacidade civil, quando o devia tratar na parte em que fala da *combinação de direitos reaes e pessoas*, em vez das transmissões ou sucessões a titulo singular, as quaes têm o seu logar proprio entre os contratos; — 2.º o de se referir ás condições essenciaes e accidentaes, causa e modo, e de mencionar as provas no capitulo dos contratos, quando essas materias deviam ser expostas na parte geral. Só assim modificado é que o sistema de Austin poderia ser aproveitado.

18. **Sistema de Zachariae.** — O grande jurisconsulto allemão, Zachariae, que tantas obras notaveis deixou em quasi todos os ramos do direito, notando quão defeituoso era o sistema do codigo civil francez, passára a expôr a materia deste sob um novo sistema, que os seus tradutores, Massé e Vergé, reconhecem como *scientifico*, sem que isto impedisse que elles o alterassem, dispondo a tradução pelo sistema absurdo do codigo!

Zachariae divide o direito civil em *teorico* e *pratico*. O direito civil teorico tem duas partes: a 1.ª trata da aquisição do estado e capacidade civil, dos elementos que nella influem, e dos modos como o estado civil se extingue; — a 2.ª trata dos objectos do mundo exterior que podem pertencer ás pessoas, seja isoladamente considerados, seja como pertencentes a uma universalidade juridica. Esses objectos, considerados na sua individualidade, são cousas ou pessoas; dahi, *direitos reaes* e *direitos pessoas*. Os direitos reaes compreendem a propriedade, as servidões, os privilegios e as hipotecas; — e os direitos pessoas subdividem-se em *direitos de obrigações* e

*direitos e poderes marital e paternal*, abrangendo aquelles as obrigações em geral e os contratos, e estes o casamento tanto em relação ás pessoas, como aos bens. Considerados os objectos dos direitos em relação a uma universalidade jurídica, também se dividem em duas partes: — 1.<sup>a</sup> os bens em geral, isto é, o patrimonio, a expropriação forçada, a penhora e a separação de bens; — 2.<sup>a</sup> as sucessões legitima e testamentaria e as doações. O direito civil pratico comprehende a teoria das acções, as provas e a prescriçãõ extintiva.

Como se vê, o sistema de Zachariae tem bastante analogia com o de Teixeira de Freitas, embora este o não conhecesse, poisque não faz a mais ligeira referencia a esse notavel jurista germanico.

Tambem este sistema é bastante defeituoso, além de ser extremamente didático e como tal de pouco facil adaptação a um codigo. Esses defeitos podem ser resumidos nisto: 1.<sup>o</sup> inclue nos *direitos pessoas* o casamento, que encerra tambem *direitos reaes*; 2.<sup>o</sup> separa as doações das obrigações ou contratos; 3.<sup>o</sup> expõe os principios geraes dum modo pouco logico, dispersando-os no principio, no meio e no fim; 4.<sup>o</sup> considera os privilegios e as hipotecas como direitos reaes, sendo elles, principalmente, garantias das obrigações; 5.<sup>o</sup> trata da separação dos bens numa secção completamente desligada da do casamento. Não obstante estes e outros defeitos, o sistema de Zachariae foi adoptado por Aubry e Rau para o seu tratado de direito civil.

Em todo o caso, já aqui foram separadas as sucessões dos outros grupos de direitos; e se distinguem os *direitos de familia* dos *contratos* e outras obrigações. Pode, pois, este sistema ser resumido assim: Parte geral — *Do estado e capacidade civil*. Parte especial: 1.<sup>o</sup> *Direitos reaes*; 2.<sup>o</sup> *Direitos pessoas*: a) *direitos das obrigações*; b) *direitos da familia*; 3.<sup>o</sup> *Direitos das sucessões*. Transferindo-se o conteúdo da parte que trata dos *bens em geral* e o conteúdo do *direito civil*

*pratico* para a *parte geral*, salvo o que fosse materia propria do codigo do processo; e separando-se os direitos de familia da classe dos direitos pessoas, teriamos o sistema de Savigny, como vamos ver.

19. **Sistema de Savigny.** — O sabio fundador da Escola historica, embora fosse adverso á codificação, não o era da sistematização scientifica do ensino. Criticando e condenando lucidamente o codigo civil francez e o seu sistema, Savigny propoz-se expôr o direito romano sob um sistema novo e perfeitamente original, embora baseado nos principios formulados, anteriormente, por Cocceo e Leibnitz. Dividiu, como Thibaut, todo o corpo juridico em duas partes: na *parte geral*, tratou dos direitos em si mesmos ou nos seus elementos e dos modos como elles se adquirem e se extinguem; e na *parte especial*, classificou os direitos assim: *direitos reaes* ou *direitos sobre as cousas* — *direitos das obrigações* — *direitos de familia* — *direitos de sucessão*. Mas, no prosequimento da sua obra, o célebre e sabio romanista abandonou o seu admiravel sistema, pois no 3.<sup>o</sup> vol. trata da prova testemunhal e acaba pelo erro de facto e de direito; e no 4.<sup>o</sup> vol. occupa-se primeiro das doações e depois da maneira de contar o tempo entre os romanos, e outras incoerencias taes que, até certo ponto, vieram justificar a critica de Bélime contra esta «anarquia de metodo, em que o estudioso se perde». Isto, porém, não constitue defeito do sistema, mas da forma por que este foi observado; e mostra apenas que o mesmo sistema carecia de ser aperfeiçoado na sua *parte geral*, incluindo-se nesta muitos principios geraes que Savigny dispersou pela *parte especial*.

Se Savigny não soube pôr em pratica, á risca, o seu sistema, nem porisso deixou este de ser apreciado em todo o seu valor e seguido, com algumas correções, pelos mais notaveis jurisconsultos contemporaneos, como Windscheid,

Dernburg, Braun, Mayns, Regelsberger, Hegener, Ver Hees, Barre, Roth, Waechter e Makeldey, na Allemanha; Unger e Exner, na Austria; Chironi, Abello, D'Aguanno, Fiore, Cogliolo, Gianturco, Gabba e outros, na Italia; Bufnoir, Saileilles, de Grasserie, Gény, em França; Lehr e Huber, na Suissa; Tomii e Oumé, no Japão; Coelho Rodrigues e Clovis Bevilacqua, no Brazil; dr. Guilherme Alves Moreira, em Portugal.

Tão extraordinario successo não podia ficar encerrado nos tratados theoreticos sem se manifestar no campo legislativo; e com effeito, o sistema de Savigny foi seguido e adoptado não só nos antigos codigos de Saxe e Zurich, mas nos modernos codigos da Allemanha, do Brazil, do Japão e no recente projecto do codigo civil suizo, apresentado em 28 de maio de 1904 á respectiva Assembléa federal. E até o codigo do Egipto foi disposto conforme este sistema, com excepção apenas dos direitos de familia e das successões, os quaes, por estreitamente conexos com a religião desses povos, foram excluidos da codificação.

É certo que espiritos apaixonados e retrógrados não duvidaram apodar a classificação de Savigny de «empírica, sem um principio superior, do qual sejam divisões as classes em que se agrupam os direitos». Mas, a opinião dominante demonstrou bem que este sistema «é logicamente constituido, em que os diversos membros se prendem e se completam, sem se prejudicarem e sem se confundirem; tem pela sua tradição legislativa e scientifica a vantagem de facilitar o estudo da legislação comparada; é, como diz Cogliolo, um metodo que está hoje radicado em nossa tradição e que seria difficil pôr de lado; além de que não poderia ser seriamente combatido, poisque se funda em conceitos de logica rigorosa, embora ainda existam difficuldades de applicação e sejam possíveis vantajosas innovações no arranjo interior dos institutos».

Tanto assim é, que o proprio Planiol, tão apaixonado pelo

sistema do codigo civil francez, tão adverso á sistematização scientifica, como vimos, foi pronto a confessar que: «a redacção do codigo civil allemão, preparado com uma espécie de orgulho nacional, fôra muito cuidadosa; que elle se distinguia do codigo francez por qualidades sensivelmente diversas, sendo as principaes o *espirito scientifico* e o *espirito pratico*; que o primeiro produzira, sobretudo, um metodo particular de redacção, procurando-se seguir uma ordem rigorosa na distribuição das materias e colocar á testa de cada uma dellas formulas geraes bastante comprehensivas para abraçar as hipoteses não previstas, e esforçando-se por estabelecer entre todas as disposições do codigo uma subordinação logica o mais perfeita possível; e que, finalmente, o segundo desembaraçara á lei allemã de todo o formalismo tradicional e inutil».

E não se limitou a isto o eminente juriconsulto francez. No seu artigo intitulado *Code*, na *Grande Encyclopédie française*, o mesmo juriconsulto diz: «Se se quizer determinar pelo raciocinio as materias que devem ter logar num codigo civil, abstracção feita das conveniencias particulares de cada Estado, o estado actual da sciencia tende a classificar-as em cinco partes diferentes: 1.º Uma *parté geral*, contendo as regras abstratas applicaveis a todas as materias indistintamente. As theorias juridicas da nullidade, da representação, da condição e termo, ganham em serem expostas na sua generalidade, em vez de o serem accessoriamente a uma materia determinada, como se fez no codigo civil francez. 2.º A legislação dos bens, ou como dizem os allemães, o direito das cousas (Sachenrecht) comprehendendo a classificação dos bens, a organização da propriedade e os diversos modos de a adquirir, especialmente as formas de alienação voluntaria; a posse e os seus effeitos, especialmente a usucapião; os direitos reaes desmembrados da propriedade, cujos tipos principaes são o usufruto, as servidões reaes e a

enfitense. 3.º O direito das obrigações, compreendendo uma teoria geral e as regras especiaes dos diversos contratos. A confusão anti-científica que reina no código francez entre as maneiras de alienar e os modos de se obrigar, é o resultado duma tradição historica pouco consciente. 4.º O direito das pessoas. Chama-se a isto, ordinariamente, sobretudo na Allemanha, *direito da familia*, Familienrecht. É um erro. Não se trata só de regular as condições, as formas e os efeitos do casamento e as consequencias do parentesco legitimo ou natural. É preciso, além disso, determinar a personalidade, regular a capacidade juridica, etc. Quanto á condição dos estrangeiros, é antes assunto de tratados internacionaes do que da legislação civil. 5.º O direito sucessoral, com os seus anexos inseparaveis da quota disponivel e testamentos.

O triunfo do sistema de Savigny é, pois, quasi completo. E até os erros que se lhe apontam (depois de corrigido pelo código civil allemão), se convertem em erros dos proprios criticos; tal é o erro de Planiol em querer incluir as materias da personalidade e da capacidade juridica no *direito da familia*, quando taes materias poderiam entrar, com igual ou maior razão, nos *direitos reaes*, nos *direitos das obrigações* ou nos *direitos de successão*; sendo, porisso, o seu logar proprio na *parte geral*. A classificação das cousas tambem pertence á parte geral; a cousa é um elemento, não só do direito real, mas de todo e qualquer direito, que não tenha por objecto um simples facto. A condição dos estrangeiros, pelo que toca ao exercicio de direitos de ordem privada, tem toda a vantagem em ser regulada, na sua generalidade, no código civil, em vez da dispersão e incerteza em que tal assunto ficaria, sendo conservado, apenas, nos tratados, os quaes só têm por fim a concessão de regalias *especiaes*.

É certo que o projecto do código civil suizo não tem a *parte geral*, mas apenas um *título preliminar* em doze artigos; vindo a *teoria geral dos factos juridicos* no livro das

obrigações; a *classificação dos bens* no dos direitos reaes; a *personalidade* no direito da familia, etc.; e pelo artigo 9.º applicam-se taes disposições *por analogia* ás outras materias. Mas, este sistema é manifestamente defeituoso, não só pelos erros e abusos que podem haver na applicação das analogias, outrosim porque demonstra falta de logica, confundindo-se as generalidades com as especialidades, e constitue um méro prurido de innovação no sistema do código allemão que é, aliás, na frase de Gaudemet «uma obra prima de tecnica e de sciencia, magnifico resumo de todos os resultados adquiridos pela doutrina allemã no decurso do seculo XIX»; cujo metodo «cheio de coerencia, homogeneidade e precisão, e duma tecnica rigorosamente fixada e fielmente seguida, deve servir, se não de modelo, pelo menos de tipo de comparação para as codificações racionaes do futuro», na opinião de Gény; — cuja parte geral é, como diz Crome, «um modelo da abstracção germanica» e deriva da idéa fundamental de que seria absolutamente absurdo recommear a expôr, a proposito de cada materia de direito, noções que, aqui e acolá, voltam a cada passo num sistema juridico, como as questões de condição, termo, simulação, erro, prescrição, representação, provas, etc., etc.; — e que, em summa, na frase de Alexandre Alvarez, «é a ultima palavra da sciencia juridica contemporanea e chamado a servir de modelo ás codificações futuras».

Entre nós, o unico juriconsulto que rejeita a classificação de Savigny é o sr. dr. José Tavares, que lhe prefere, seguindo Capitant, a velha distincção em *direitos reaes* e *direitos pessoais* ou *de credito*. Entende o distinto professor que «a classificação germanica não tem superioridade alguma sobre a tradicional; pois, os direitos de familia, tendo por objecto as relações familiares, isto é, as que ligam diferentes pessoas pelo facto natural do parentesco, reduzem-se sempre a *direitos*

peçoas ou de obrigação; e os direitos de successão resolvem-se em direitos reaes ou em direitos familiares, visto que, tendo esses direitos por origem o testamento ou a constituição natural da familia — salvo o direito successorio do Estado, que tambem se pode considerar baseado na constituição da grande familia politica — no primeiro caso, o direito successorio só existe após a morte do testador, sendo um direito efectivo sobre o seu patrimonio, que é, portanto, constituido por direitos reaes e por direitos de obrigação; e no segundo caso, a successão legitima constitue, antes da morte do autor da herança, um direito de familia, e depois da sua morte, um complexo de direitos reaes e de credito». Acrescenta ainda o illustre professor que, «sob o ponto de vista doutrinal e legislativo, seria aceitavel uma classificação dos direitos que reflectisse as principaes instituições do direito civil; mas é neste sentido muito imperfeita a classificação germanica, porque não faz referencia a muitas instituições do direito civil, e algumas dellas fundamentaes, como a personalidade, os contratos, a responsabilidade, a propriedade, etc., pois só por um esforço de logica, mais ou menos rigoroso, se incluem os direitos destas instituições nos quatro termos da classificação; mas, em todo o caso, subsiste a imperfeição indicada».

Salvo o devido respeito, toda a critica do sr. dr. Tavares é que me parece bastante falha de logica; porque, segundo o mesmo illustrado professor «as principaes instituições do direito civil são: o direito da personalidade, a familia, os direitos reaes sobre as cousas, a propriedade, os contratos, as obrigações e as successões», e todas estas instituições as considerá abrangidas nos dois termos: *direitos reaes* e *direitos peçoas* ou *de obrigação*, em termos que a classificação germanica não é, para elle, superior á tradicional. Ora a classificação germanica dá-lhe, em vez de dois, *quatro grupos*, e todavia o sr. dr. Tavares os julga insufficientes!

Mas, o direito da personalidade não é, nem foi jámais considerado como *direito* sob o ponto de vista objectivo, concreto, para que deva entrar nos quatro grupos referidos. A personalidade não é uma *relação de direito*; é a susceptibilidade de direitos e obrigações, o conjunto das qualidades juridicas dum *sujeito* ou *peçoá*; e a peçoá é um *elemento do direito*, que é estudado ou regulado na parte geral do codigo.

Os contratos tambem não são direitos diversos das *obrigações* para que devam constituir grupo á parte, da mesma forma como o homem não deixa de ser *mamifero* e *animal*. O sr. dr. Tavares tambem os inclue nos *direitos peçoas*, que nada mais são do que os *direitos das obrigações* da classificação germanica.

A responsabilidade civil é tambem uma *obrigação* derivada dum *facto illicito*, e entra porisso no *direito das obrigações*.

A propriedade será, porventura, um direito diverso dos *direitos reaes sobre as cousas*? Tanto não é, que o sr. dr. Tavares a inclue nos *direitos reaes*; e nos *direitos reaes* está ella incluida na classificação germanica.

Não vejo que seja preciso um *esforço de logica* para se considerar a propriedade como *direito real* e os contratos como *obrigações*, pois já no direito romano elles assim considerados eram. Vê-se daqui, pois, que a classificação germanica é muitissimo aceitavel, sob o ponto de vista doutrinario e legislativo, visto «reflectir todas as instituições do direito civil» indicadas pelo sr. dr. José Tavares.

Esforços de logica são os que o illustre lente faz para reduzir um direito complexo, como o da successão, a direitos reaes e peçoas. Pois, se ha um grupo de direitos, que não são só reaes, nem só peçoas, mas *simultaneamente* direitos reaes, peçoas e familiares, é evidente, é de pura logica, que elles devem ser classificados á parte. Em quimica, classifica-se a agua entre os mineraes liquidos, apesar de poder ser reduzida a oxigenio e hidrogenio, — dois gazes de diversa

atomicidade. Dizer que a sucessão legítima constitui um direito de família *antes da morte do autor da herança* e depois da morte *se transforma* em direitos reaes ou de crédito, é um simples absurdo! 1.º Porque, *antes da morte* do autor da herança, poderão existir *direitos de família*, mas com certeza não ha sucessão legítima, pois a isso se opõem a logica e os artt. 1556.º, 2009.º, 2011.º e 2042.º do nosso Código Civil. — 2.º Porque, depois da morte do autor da herança, se a massa desta é constituída por direitos reaes e de obrigação, também é certo que o direito dos herdeiros é derivado unica e exclusivamente do *direito de família*, sendo o direito do Estado baseado *na lei* (Código Civil, art. 1969.º e seguintes). Também na sucessão testamentária os direitos dos herdeiros e legatarios são baseados neste facto jurídico — o testamento, e neste facto natural — a morte. Quer na sucessão legítima, quer na testamentária, elles são direitos *sui generis*, que só se transmitem após a morte do titular delles, e só após a sua morte podem ser aceitos, o que não succede aos demais direitos e obrigações, com os quaes de nenhum modo devem aquelles ser confundidos.

Esforço de logica é também a redução dos direitos de família, baseados no facto natural do parentesco, 'a direitos *pessoaes* ou *de obrigação*: 1.º porque ha naquelles esse facto natural, essencial, característico, que não ha nestes; 2.º porque aquelles são direitos que só se podem dar entre determinadas pessoas, e porisso não podem ser alienados; que não têm natureza economica e comercial, taes são os direitos dos paes de reger as pessoas e bens dos filhos menores, de os educar, proteger, alimentar; o direito de exigir alimentos; e certos direitos derivados da sociedade conjugal; 3.º porque das relações de família derivam direitos reaes, como o dote e a respectiva hipoteca, etc. Os direitos de família constituem, portanto, um grupo menos complexo do que o da sucessão e mais complexo do que uma simples obrigação, e do que

um simples direito real; e devem, porisso, ser também classificados á parte.

A classificação tão huminosa mente engendrada pela mentalidade poderosa de Savigny não é, portanto, tão defeituosa como ao sr. dr. José Tavares pareceu. Pelo contrario, é a unica que, até hoje, se pode considerar perfeita; a unica que obedece, como todo o sistema, aos preceitos da logica e está subordinada a um principio scientifico. Mas, suposto não seja isto bastante, vamos demonstrar mais largamente as razões teoricas e praticas dessa perfeição.

Já vimos atraz que era tendencia natural do espirito humano e porisso um metodo verdadeiramente scientifico partir do simples para o complexo, do mais geral para o menos geral; e que toda a evolução social e scientifica se fizera nesse sentido, como Guillaume de Greef luminosamente demonstrou em duas bellas obras.

Tambem Cogliolo diz que o progresso juridico se efectua pelos seguintes modos: em primeiro logar, aumentando as normas juridicas e provendo ao maior numero possivel de necessidades; e em segundo logar, coordenando estas normas e elevando o espirito a formulas cada vez mais geraes.

Este processo de generalisação e a consideração dos aspectos *anatomico* e *fisiologico* do organismo do direito levam a constituir nos codigos uma *parte geral*, contendo a materia de applicação comum, ao lado duma *parte especial*, em que se incluem as relações de direito nas suas multiplices variedades.

O primeiro criterio classificativo, oferecido pelo desenvolvimento natural e espontaneo do direito, leva-nos assim a pôr de um lado todas as *relações de direito* e doutro lado tudo o que não fôr uma relação de direito. Mas, o que é o direito?

Em todo o direito, estudado anatomicamente, e no seu

estado estatico, vemos o *sujeito* activo e passivo, o *objecto* e uma *relação* entre o sujeito e o objecto; e alguns autores, como Chironi, Edmond Picard e dr. Guilherme Moreira, acrescentam um quarto elemento, que tambem reputo essencial — a *garantia*, a *protecção-coacção*, que outros preferem tratar, — mas com menos razão, — na parte em que se estuda o direito no seu estado dinamico. Tudo o que não fôr a *relação*, ha de ser o *sujeito*, o *objecto* ou a *garantia*. Mas, considerado fisiologicamente, no seu estado dinamico, vem-o mover-se sob a acção duma força que a grande maioria dos juristas chama *facto juridico* e Edmond Picard denomina *jurigeno*, — um neologismo que exprime melhor a idéa. O *facto jurigeno* é o que origina, modifica ou extingue os direitos. O *facto jurigeno* não é, portanto, um elemento componente do direito, como alguns autores o consideram; é alguma cousa de externo, que aparece e se esvae sem deixar de si residuo apreciavel, a não ser na modalidade por que se apresenta a propria relação do direito. Na parte geral entram, pois, os *fenómenos* capazes de estabelécer a relação entre os outros termos elementares. Temos assim feito a anatomia do direito e examinado, no seu estado estatico, as forças que dão vida ao seu organismo; e porisso a parte geral trata de: *pessoas*, *cousas*, *factos juridicos* e *garantia*, e todas as regras geraes applicaveis ás *relações de direito*, de qualquer especie que sejam.

Quando, porém, estudamos a *fisiologia do direito*, as funções desses elementos e dessas forças, e os produtos dessas funções, vemos que o sujeito do direito, o homem, tendo acima de tudo a necessidade de existir e de se aperfeiçoar, procura directamente as cousas de que carece para a satisfação dessas necessidades; porque é instintivo e logico dispensar-se o auxilio doutrem quando delle se não carece. Desde os primitivos tempos, isto assim foi sempre. Quando o homem era apenas um animal frugivoro-erbivoro, decerto

colhia por si os frutos e ervas de que carecia para se alimentar ou os objectos precisos para as suas elementares necessidades. Ha, pois, uma relação directa e immediata entre o sujeito e a cousa; uma relação simples, que não depende do consentimento alheio, embora todos tenham o dever de a respeitar. Temos assim os *direitos reaes*, abrangendo a propriedade e todos os direitos que são fracções desta mais ou menos extensas.

Mais tarde, quando o homem se não bastou e careceu do auxilio do seu semelhante; provavelmente desde a época da caça e da pesca, e desde que se estabeleceram as primeiras trocas de alimentos, de armas, de pelles, etc., relações que, na proporção do incremento e variedade das necessidades, foram e vão progredindo continuamente; as relações de direito tornaram-se mais complexas; as cousas continuaram a ser um elemento dellas, mas secundario; o papel principal ficou pertencendo, ao lado do sujeito do direito, sujeito activo ou crédor, a um sujeito passivo, sujeito da obrigação ou devedor, que se *obriga*, não só a dar uma cousa, mas a fazer ou não fazer um acto. Eis como tivemos um grupo de relações chamadas *direitos das obrigações*, que presuppõem os direitos reaes; e portanto mais complexos do que estes.

Mas, não tendo o homem só necessidades economicas, artisticas, scientificas, religiosas, moraes e politicas; — tendo ainda outras, muitissimo imperiosas, — as *sexuaes* ou *geneticas*, ao principio instintivas, mais tarde tambem conscientes, sentimentaes, moraes; e nascendo dahi um agregado de individuos, — a *familia*, com a obrigação imposta pela natureza e pelos costumes: aos paes, a de alimentar, criar, educar, proteger a prole; ao marido, a de defender e sustentar a mulher; e a todos, a de se auxiliarem mutuamente, não só na satisfação das necessidades economicas, mas na defeza da sua integridade fisica e moral contra os ataques dos outros homens, — donde, os primitivos grupos geneticos, de indi-

viduos crescidos em torno dum varão, a elle ligados pelo sangue, pelos instintos, pelos habitos, pela comunidade de domicilio ou paiz, de idéas, de crenças, direitos e interesses, — o *clan*, a *gens*, — as relações de direito aumentaram de complexidade, abrangendo: relações *naturaes*, permanentes, inalienáveis; relações jurídicas permanentes ou não, alienáveis ou não, entre pessoas, — *obrigações*; relações jurídicas entre pessoas e cousas, — *direitos reaes*. Este grupo de relações constitue os *direitos de familia*.

Falecido, porém, o varão, o chefe da familia ou grupo consanguineo, outro varão o vinha substituir, mantendo-se unido o grupo e continuando a ser sustentado com as cousas ou bens para esse fim accumulados pelo anterior chefe e com os adquiridos pelo novo, embora com o auxilio dos membros válidos do grupo. Mais tarde, a força de expansão do grupo produz a sua desagregação ou fraccionamento, arrastando consigo o fraccionamento dos bens, cada vez que morre o chefe, embora sem prejuizo dos laços hereditarios e tradiçõaes de parentesco. Ou o chefe, privado da familia, mas tendo o direito de propriedade sobre os bens pessoalmente adquiridos ou recebidos dum anterior adquirente, e não querendo deixal-os ao abandono, escolhe quem os possa fruir por sua morte, alguém que lhe merece afeição e lhe supre a familia; ou julgando os seus bens sobejos, além dos necessarios para a familia, entende dever contemplar outras pessoas que lhe são afeiçoadas. Ou falecendo subitamente o proprietario dos bens, sem dispôr delles, nem ter quem, pelos laços consanguineos, a elles se possa julgar com direito, por força da presunção legal baseada nesses laços, esses bens são recolhidos pelo Estado, não por ser este a *grande familia política*, mas porque lhe interessa que elles não fiquem ao abandono, com prejuizo da cultura e da riqueza publica ou social. Surge assim um novo grupo de direitos ainda mais complexo do que os precedentes; porque não só contém os

*direitos reaes*, os *direitos das obrigações* e os *direitos de familia*, mas são direitos caracterisados pela circumstancia de os primeiros dois só poderem ser transmitidos, em geral, *inter vivos*, ao passo que neste caso só o podem ser *post mortem* do transmitente; — distinguem-se dos direitos de familia em que podem ser *sempre* renunciados, salvo o prejuizo de terceiro, e podem existir, não só entre parentes, mas tambem entre extranhos, e até entre um particular e o Estado ou outra pessoa moral; — e se distinguem de todos os tres grupos, isoladamente considerados, em que a adquição delles exige um facto adquisitivo da parte do proprio adquirente; ao passo que neste novo grupo a adquição deriva da méra vontade doutrem — o testamento, ou das disposições da lei baseadas na relação de parentesco, ou da méra disposição da lei. Taes são os *direitos de successão*.

Desta rapida exposiçãõ se vê que, não pode haver sistema mais scientifico, mais logico, mais natural, pois que acompanha, na sua progressiva complexidade, a propria evoluçãõ social; e não é um sistema artificial, empirico, como o do nosso codigo, aliás tão gabado pelo seu autor, que o considerava a ultima palavra em materia de sistematizaçãõ. Na classificaçãõ germanica não ha confusãõ possivel; não ha direitos que nelles se não compreendam; e nenhuma relação de direito poderá surgir, qualquer que seja a forma social futura, que não seja um *direito real*, ou uma *obrigaçãõ*, ou um *direito de familia* ou uma *successão*.

Este sistema, não só facilita o estudo da legislaçãõ comparada, não só é o unico que poderá permitir a codificaçãõ do direito privado internacional; mas é tambem o unico que resolve o problema da unificaçãõ do direito privado, do que é bõa prova o magnifico tratado de direito comercial do illustre Cesare Vivante, que se encontra dividido em *pessoas* — comerciantes e sociedades commerciaes, *cousas* e *obrigações*, tendo includos nesta parte os factos e actos juridicos em

geral e a prescrição. Todos os chamados *actos commerciaes* ou *actos de commercio* podem ter o seu logar dentro dos grandes grupos ou tipos juridicos: *direitos reaes* e *direitos das obrigações*, ficando como estes subordinados aos mesmos principios geraes.

Penso ter demonstrado assim as vantagens e os mercedimentos incontestaveis do sistema de Savigny, que é o que prefiro a todos os mais.

## IX

## Algumas questões secundarias

Discutem os sectarios do metodo de Savigny, hoje conhecido por *metodo germanico*, a disposição que devem ter os quatro grupos de direitos que acabamos de examinar. Savigny, Windscheid, Dernburg, Chironi, Cogliolo, Barre, e os codigos de Saxe, Zurich, Japão e Egipto, abrem a parte especial com os *direitos reaes*. Roth, Gianturco, Gabba, D'Aguanno e Lehr, o codigo civil do Brazil e o novo codigo civil suiso (ainda em projecto), começam com os *direitos de familia*. Coelho Rodrigues e o codigo civil allemão começam pelos *direitos das obrigações*.

O nótavel jurisconsulto Clovis Bevilacqua, autor do projecto do codigo civil brasileiro, justifica a precedencia dos direitos de familia pela forma seguinte:

1.º No grupo das relações de familia, diz elle, a idéa predominante é a da pessoa; como no direito das cousas, a idéa predominante é a propriedade em seus diferentes aspectos; como no direito das obrigações é a de credito, e no das successões é a da transmissão hereditaria dos bens que o homem accumula para aumento da sua força de expressão vital. Ora, se 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 aprovam o argumento que o bom senso e o

critério jurídico haviam fornecido ao eximio Gaio e que as *Institutas* de Justiniano reproduzem: *præus de personis videamus, quarum causa jus constitutus est*. É o homem, a pessoa, o sujeito do direito que primeiro se deve destacar, encabeçando a série dos grandes grupos de relações civis.

2.º Adoptando o critério classificador da generalidade decrescente, depois da parte geral, na qual se incluem, sob uma feição abstrata, os princípios applicaveis a todos os momentos, situação e formas do direito privado, devemos enfrentar os institutos jurídicos do direito da familia, que são fundamento de toda a sociedade civil; interessam, como diz Menger, á base natural da sociedade e têm portanto maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade.

3.º Se o homem, socialmente considerado, tem primazia sobre o homem como individuo; se os interesses altruistas preferem aos egoistas; se, como reconhece Savigny, os bens são uma extensão do poder do individuo, um attributo da 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.

4.º Savigny, cuja exposição das materias começa pelo direito das cousas, reconhece que a ordem natural segundo a qual nos apparecem os institutos seria partir do direito da familia para passar em seguida ao direito das cousas, ao das obrigações, volver ao da familia applicado e terminar com o das successões. Mas, para não scindir o direito da familia em duas partes, resolve transportar o que elle denomina o *direito da familia puro* para o logar onde se deve achar o applicado. É porém preferível considerar as relações de familia em sua integridade onde ellas se nos apresentam; porque, se a idéa capital ahi se encontra, os seus naturaes desenvolvimentos devem ser por ella atraídos.

5.º É certo que, ao descerrarmos a influencia das relações

de familia sobre os bens, iremos encontrar as noções de propriedade e de obrigações. Porém, esse inconveniente, que não será facilmente elidido, seria maior ainda se iniciássemos a série dos grandes institutos civis pelas obrigações, porque estas implicam forçosamente a noção da propriedade, desde que transponham o circulo restrictissimo das prestações de serviços reciprocos; e oferecem no seu conjunto um conceito mais complexo e menos geral do que o da propriedade. Nem seremos melhor aventurados se assentarmos como ponto de partida o direito das cousas, pois basta recordarmos as limitações impostas ao dominio pelas relações de visinhança, pela indivisão e pelos onus reaes para evidenciar-se quanto a teoria das obrigações interessa ao conhecimento dos diferentes institutos que formam o grupo do direito das cousas.

Coelho Rodrigues, por sua vez, pretende sustentar como logica a precedencia do direito das obrigações, pelos fundamentos seguintes: — 1.º porque tratando-se no 3.º livro da parte geral de *factos e actos juridicos* e derivando duns e outros *obrigações*, devem ser estas logicamente o objecto do 1.º livro da parte especial; — 2.º porque os contratos tendo por fim a aquisição da propriedade, não podiam ser tratados depois desta, sem se pôr o fim antes do meio, o que é contrario á logica e á realidade dos factos da vida pratica; — 3.º porque, só num estado social adeantado se pôde fundar a propriedade; e até então a humanidade não teria podido subsistir sem a troca de serviços entre seus membros; os serviços, portanto, precederam logica e historicamente a propriedade.

A exposição já feita, no capitulo precedente, da evolução dos quatro grandes institutos do direito civil, poderia tornar dispensavel a critica destas razões expendidas por dois eminentes juriconsultos brasileiros a favor do logar primordial do *direito da familia*, ou do *direito das obrigações*: A discussão dessas razões, porém, não servirá senão para a melhor

confirmação da ordem sistemática apresentada como sendo a preferível — a de Savigny.

Antes de mais, temos de pôr de lado a autoridade do código civil alemão, que começa pelo direito das obrigações, por motivos puramente nacionaes; pois o direito das obrigações, antes de deliberada a promulgação dum código civil completo para todo o imperio, achava-se já codificado no chamado *projecto de Dresde*; e como tivesse falecido inesperadamente o juriconsulto von Kübel encarregado da redacção desta parte do código, foi aproveitado pela comissão esse *projecto de Dresde* e inserido logo em seguida á parte geral, ao passo que os tratados das cousas, da familia e das successões tinham de ser ainda redigidos; e como ninguem fez questão por tal facto, visto a discussão ter versado sobre pontos restritos, a ordem estabelecida no projecto ficou intacta; mas sem ter nisso influido uma preferéncia doutrinal, pois todos os juriconsultos que intervieram na redacção desse código colocam, nas suas obras, em primeiro lugar, o *direito das cousas*, excepto Roth, que antepõe, como vimos, o *direito da familia*.

Ponhamos tambem de parte o argumento de autoridade que se possa basear nas lições do sr. dr. Alves Moreira, que iniciam a parte especial pelas *obrigações*; porque este illustrado professor, tendo já affirmado a primazia do *direito das cousas* na sistematização do direito civil, occupou-se em primeiro lugar das obrigações unicamente pela conveniencia de terem os seus alumnos, para a bõa compreensão do instituto da propriedade, os necessarios conhecimentos do direito romano e da sciéncia economica, como declarou no seu discurso de abertura do anno lectivo de 1903-1904.

Isto posto, o criterio da preponderancia social de certos institutos juridicos sobre outros, adoptado por Bevilacqua, nem é susceptivel de ser determinado, nem é seguro para a classificação das instituições de direito, a qual tem de ser

feita pela afinidade jurídica e pela diversa complexidade destas e não pela sua importancia.

O argumento baseado num texto de Gaio pode ser procedente para o estudo do *estado civil* ou da personalidade; e esse estudo faz-se na parte geral. A *familia* não é um elemento do direito; é a *relação de direito* existente entre pessoas oriundas do mesmo tronco ou ligadas pelo matrimonio.

É certo que a familia pode ser considerada em seus elementos puros, isto é, no estado e relações pessoais dos seus membros, ou em sua applicação aos bens, conforme a judiciosa distincção de Savigny. Mas os interesses juridicamente protegidos nas relações de familia residem principalmente na sua applicação ao patrimonio. «A familia, diz Windscheid, não é unicamente, nem principalmente, uma relação de direito». E acrescenta o professor Goldschmidt: «As relações de familia são reconhecidas como relações de direito e regidas por prescrições legais, entre outros motivos, pela influencia característica e importantissima que exercem sobre o patrimonio».

O regimen dos bens na sociedade conjugal; o dote com o seu caracter de propriedade especial; a distincção dos bens da mulher em parafernaes, arthas, alfinetes, apanagios; os attributos do patrio poder quanto á administração e usufruto dos bens do filho-familia; a natureza destes bens e sua administração na tutela; a obrigação de alimentar, educar e proteger a prole; todos estes e outros direitos reaes e de obrigação, que nascem e se exercem na familia, são as relações jurídicas mais importantes nessa esfera. Ora, se não convém scindir as instituições, tratar separadamente do direito de familia puro e do direito de familia applicado, e se este é o conjunto das relações do direito patrimonial da familia, é evidente que, só depois de expostas as regras de direito sobre o patrimonio, isto é, depois dos direitos reaes e das obrigações, se devem expôr as relações de familia.

Aos outros argumentos cumpre opôr o seguinte:

1.º A idéa da pessoa é tão predominante no direito da família como em qualquer outro, não podendo tal razão ser invocada para a precedência daquelle, ou podendo sê-lo para a de todos. E mesmo a idéa predominante em taes relações é a de *parentesco* e não a de *pessoa*. 2.º Também não procede o argumento de ser a família base da sociedade, pois esta e aquella compõem-se de individuos ligados por *obrigações* e que não poderiam subsistir sem *cousas* ou *bens*. Ha individuos, que não têm família, e nem porisso deixam de exercer direitos reaes e obrigações, tendo estes direitos, portanto, maior generalidade do que os de família, devendo notar-se também que, historicamente, já antes de haver família regularmente constituída, o homem exercia a propriedade e prestava ou exigia serviços. 3.º O proprio Bevilacqua reconhece que o direito de família abrange as noções de propriedade e obrigações; é portanto um direito mais complexo. 4.º Se os institutos economicos são os meios de assegurar a conservação da vida social, é logico que devam elles preceder a quaesquer circulos de organização social que, sem aquelles, não existiriam. 5.º As limitações impostas ao direito de propriedade presuppõem a existencia da propriedade perfeita e absoluta, pois não podiam as obrigações limitar o que não existia; devendo notar-se que, mesmo quando o objecto duma obrigação não é uma cousa, mas um serviço, a inexecução deste converte-se em prestação de cousa, de indemnização pecuniaria. 6.º Dos factos e actos juridicos derivam não só as obrigações, mas todos os direitos; e se os contratos são os *meios* de se adquirir a propriedade, também é certo que o vendedor ou transmitente já tinha a propriedade da cousa antes do contrato por que a cedeu, e que a propriedade pode ser adquirida sem dependencia de contrato: por occupação ou méra posse, variando neste caso, apenas, a duração do prazo da prescrição, conforme as qua-

lidades da posse. 7.º É falso que, historicamente, os serviços tenham precedido a propriedade, pois a primeira e a mais instante necessidade do homem é a de se apropriar das cousas indispensaveis á sua subsistencia. É certo que a isto acode Coelho Rodrigues alegando que: a primeira necessidade do homem é a da amamentação, que é um *serviço* maternal; mas esta objecção chega a não ter seriedade. Quem seria a mãe de Adão e Eva? Em que seios teriam elles mamado?... Se a amamentação é um *serviço*, elle entra na relação de família, e não é uma obrigação autónoma, derivada dum factio juridico, mas dum factio natural. Além disto, se examinarmos a evolução historica do direito, veremos que, nos tempos primitivos, não havia a distincção de direitos *reaes* e *peessoaes* ou obrigações. «A massa homogenea dos direitos continha-se na *manus*», diz Cogliolo, sendo da mesma opinião o sabio Sumner Maine. Todos os direitos eram *reaes*; todos eram exercidos e se defendiam por uma forma unica de processo — a *vindicatio*. Mas, ainda depois que, ao lado da *actio in rem* appareceu a *actio in personam*, muitos contratos, como os de mutuo, deposito, penhor, comodato, foram considerados como *direitos reaes*. 8.º Finalmente, negar que os direitos reaes têm precedencia logica, natural e historica sobre todos os institutos juridicos, que o fenomeno economico é o mais geral de todos os fenomenos sociaes, o mesmo é que afirmar a possibilidade de viver o homem sem as cousas necessárias para a sua subsistencia e negar que a apropriação e a vida sejam direitos absolutos ou originarios.

Discute-se também se a *representação* e a *prescrição* devem ser tratadas na parte geral ou na especial. Segundo a maioria dos sectarios do metodo germanico, a representação deve ser evidentemente tratada na parte geral, visto que se pode dar em toda a sorte de relações juridicas, sem dependencia de contrato, por méra disposição da lei; e é também

um facto juridico. A prescrição não é um *direito*; é um facto juridico, que extingue um direito ou uma obrigação de qualquer especie, tendo porisso um carácter geral; ao passo que, com a usucapião ou prescrição positiva, só se adquirem certos direitos reaes, extinguindo-se em relação a estes a acção do anterior titular que, operada ella, os não pode reivindicar.

Recapitulando: o sistema scientifico para a codificação do direito civil é este: Parte geral — *Das pessoas* — *Das cousas* — *Dos factos juridicos* — *Da prescrição* — *Do exercicio dos direitos e das provas*. Parte especial — *Direitos reaes* — *Direitos das obrigações* — *Direitos da familia* — *Direitos das sucessões*. Dentro deste *schema* cabem todas as generalidades e todas as especialidades que a doutrina e a jurisprudencia tenham creado ou possam, de futuro, estabelecer. O codigo civil allemão contém, assim, em ambas as partes, muitas theorias novas, cuidadosamente apontadas por Planiol e por Saleilles em confronto com o codigo civil francez, taes como as do *abuso do direito*, da *justiça pessoal*, da *defeza pessoal*, etc., etc.

O problema da codificação encerra ainda outras questões bastante importantes, taes como: o carácter geral da obra legislativa; a natureza intrinseca das disposições legislativas; o estilo e a terminologia dos textos. Deve-se só fixar uma regra breve, clara, comprehensiva, como queria Bacon, ou deve-se completal-a com um preambulo ou comentario official expondo os motivos da lei, como propunha Bentham e o poz em pratica Laurent no seu monumental *Avant-Projet de la révision du Code Civil Belge*? Proceder-se ha por disposições directas, ou multiplicando as referencias de texto a texto? Dar-se ha ao texto um tom popular, ou uma forma scientifica e propriamente tecnica? Convém preferir as formulas concretas a uma abstracção ou generalisação do pensamento legislativo? Deve a lei proceder por concepções theoricas, ou

limitar-se a preceitos praticos? Qual o alcance das definições e classificações; têm ellas vantagens ou convém evital-as?

Todas estas questões, porém, estão fóra do ambito proposto a este trabalho, visto pertencerem á teoria geral da tecnica legislativa na codificação moderna.

## BIBLIOGRAFIA

- Abello e Chironi — *Trattato di diritto civile.*
- Ahrens — *Droit naturel et Encyclopédie juridique.*
- Accolas — *Nécessité de réfondre l'ensemble de nos codes, etc.*
- Affonso Costa (Dr.) — *Introdução ás lições de direito civil.*
- Andrade (Dr. Abel) — *Commentario ao código civil portuguez.*
- Alvarez (Dr.) — *Une nouvelle conception des études juridiques, etc.*
- Arminjon — *Le code civil et l'Égypte no Livre du Centénaire.*
- Asser — *Le code civil dans les Pays-Bas, no mesmo livro.*
- Austin — *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive law.*
- Bentham — *De la codification, trad.*
- Bevilacqua — *Relatorio ao projecto do código civil brasileiro.*
- Bluntschli — *La politique, trad.*
- Boistel — *Cours du droit commercial.*
- Boutmy — *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais.*
- Brugi — *Introduzione alle scienze giuridiche e sociale.*
- Bélimé — *Philosophie du droit.*
- Capitant — *Introduction à l'étude du droit civil.*
- Çimbali — *La nuova fase del diritto civile.*
- Chaves e Castro (Dr.) — *Estudo sobre o art. 16.º do código civil portuguez.*
- Chironi — *Istituzioni di diritto civile.*
- Cocceius — *Prefacio ao código Frederico.*

- Cogliolo — *Filosofia del diritto privato*.  
 » — *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*.  
 Coelho da Rocha — *Instituições do direito civil portuguez*.  
 Coelho Rodrigues — *Projecto do codigo civil brasileiro*.  
 Correia Telles — *Digesto portuguez*.  
 Crome — *Similitudes du code civil allemand et du code civil français*.  
 D'Aguanno — *Genesi e l'evoluzione del diritto civile*.  
 Dernburg — *Pandekten*.  
 Enrico Ferri — *Socialismo e scienza positiva*.  
 Gabba — *Nuovi questioni di diritto civile*.  
 Gaademet — *Les codifications récentes et la révision du code civil*.  
 Géný — *Méthode d'interprétation et source en droit positif*.  
 » — *La technique législative de la codification civile moderne*.  
 Gianturco — *Istituzioni di diritto civile*.  
 Girard — *Manuel élémentaire du droit romain*.  
 Glasson — *La codification au XIX<sup>e</sup> siècle*.  
 Gorai — *Influence du code civil français sur le Japon*.  
 Guillaume de Greef — *Introduction à la sociologie*.  
 » — *Les lois sociales*.  
 Huber — *Exposé des motifs de l'Avant-Projet du code civil suisse*.  
 Ihering — *L'Esprit du droit romain*, trad.  
 Joaquim Pedro Martins (Dr.) — *Licções de direito commercial*.  
 José Tavares (Dr.) — *Tratado da capacidade civil* (1905).  
 Korkounov — *Cours de théorie générale du droit*.  
 Larnaude — *Le code civil et la nécessité de sa révision*.  
 Leibnitz — *Novus methodus discendae docendaeque jurisprudentia*.  
 Laurent — *Principes du droit civil*.  
 » — *Avant-Projet de la révision du code civil belge*.  
 Laranjo (Dr.) — *Principios de direito politico*.

- Makeldey — *Manuel du droit romain*, trad.  
 Marnoco e Sousa (Dr.) — *Historia das instituições do direito romano*, etc.  
 Massé e Vergé — *Prefacio á tradução do livro de Zachariae*.  
 Mayns — *Droit romain*, trad.  
 Meyer — *La Codification*.  
 Moraes Carvalho — *Observações á 1.<sup>a</sup> parte do projecto do codigo civil portuguez*.  
 » — *Resposta á 1.<sup>a</sup> Apostilla do sr. Antonio Luiz de Seabra*.  
 Moreira (Guilherme Dr.) — *Instituições do direito civil portuguez*.  
 Mello Freire — *Institutiones juris civilis lusitani*.  
 Mühlenbruch — *Doctrina Pandectarum*.  
 Nabuco de Araujo — *Projecto do codigo civil brasileiro*.  
 Novicow — *Les luttes entre les sociétés humaines*, etc.  
 Picard — *Le droit pur*.  
 Planiol — *Traité élémentaire du droit civil*.  
 » — *Code na Grande Encyclopédie Française*.  
 » — *Inutilité d'une révision générale du code civil*.  
 Posada — *Tratado de derecho administrativo*.  
 Presutti — *Istituzioni di diritto amministrativo*.  
 Puglia — *La funzione del diritto nella dinamica sociale*.  
 Raoul de la Grasserie — *De la classification scientifique du droit*.  
 » — *De la fusion du droit commercial et du droit civil*.  
 » — *Étude sur le second projet du code civil allemand*.  
 » — *Code civil péruvien*.  
 » — *Code civil chilien*.  
 » — *Code civil mexicain*.  
 Rodrigues de Brito — *Philosophia do direito*.  
 Roguin — *Observations sur la codification des lois civiles*.

- Sacerdoti — *Sulla esistenza ed autonomia del diritto commerciale.*
- Saleilles — *Introduction à l'étude du code civil allemand.*  
 » — *Code civil allemand annoté. Partie générale.*
- Santos (Joaquim Felício dos) — *Projecto do código civil brasileiro.*
- Seabra — *Projecto do código civil portuguez.*  
 » — *Apostilla á censura do sr. A. de Moraes Carvalho, etc.*  
 » — *Novissima apostilla á diatribe do sr. A. Teixeira de Freitas.*
- Sédillez — *De l'unité en politique et en législation.*
- Savigny — *Système du droit romain actuel.*
- Spencer — *La giustizia*, trad. de Vanni.
- Sumner Maine — *Ancien droit*, trad.
- Tarde — *Le droit comparé et la sociologie*, no *Bul. de la Soc. de Leg. Comp.*
- Teixeira d'Abreu (Dr.) — *Curso de direito civil (1903-1904).*
- Teixeira de Freitas — *Esboço do código civil brasileiro.*  
 » — *Nova apostilla á censura do sr. Moraes Carvalho.*
- Tanon — *L'évolution du droit.*
- Tréndelenburg — *Diritto naturale sulla base dell'etica.*
- Unger — *System des österreichischen privatrechts.*
- Vidari — *Corso di diritto commerciale.*
- Vivante — *Trattato di diritto commerciale.*  
 » — *Per un codice unico delle obbligazioni.*
- Vanni — *Il problema della filosofia del diritto.*  
 » — *Studio sul sistema etico-giuridico di Spencer.*
- Windscheid — *Lehrbuch des Pandekten-Rechts.*
- Zachariae — *Cours du Code Napoléon*, trad. de Massé e Vergé.

## INDICE

	Pag.
A evolução do direito: do costume ao código.....	9
Necessidade da codificação.....	23
O conceito da codificação.....	33
Critério científico da codificação.....	35
A distinção entre direito publico e privado.....	43
A unificação do direito privado.....	47
Sistemas de codificação do direito privado.....	55
Sistemas de codificação do direito civil: sistema classico.....	63
Sistema de Mühlenbruch.....	66
Sistema do código austriaco.....	»
Sistema do código civil francez.....	67
Sistemas dos códigos peruviano e mexicano.....	70
Sistema de Boissonade (código provisório do Japão).....	»
Sistema de Correia Telles.....	71
Sistema de Felício dos Santos e Coelho da Rocha.....	73
Sistema de Cimbali.....	74
Sistema de Vadala-Papale.....	75
Sistema do código hollandez.....	76
Sistema do código chileno.....	77
Sistema do código civil portuguez.....	»
Sistema de Leibnitz.....	86
Sistema de Thibaut.....	88
Sistema de Teixeira de Freitas.....	89
Sistema de Austin.....	91
Sistema de Zachariae.....	93
Sistema de Savigny e do código allemão.....	95
Algumas questões secundarias.....	109