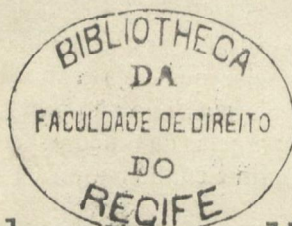


REVISTA ACADEMICA



O problema da codificação do direito civil brasileiro

Agora que de novo se agita no parlamento nacional a idéa de se dotar finalmente o Brazil com um código civil, é natural que todos, os que estremecem a patria brasileira e os que se interessam pelo desenvolvimento do direito, façam votos pela crystallisação dessa idéa em realidade, revestindo ella, nessa metabole, as formas mais puras e mais resistentes. Valem por votos dessa natureza as considerações que se vão seguir. Despidas, embora, de qualquer valor puramente scientifico, transformam-se e depuram-se, desde que assumem a feição de simples manifestações votivas. Os crentes offerecem flores ao objecto de sua adoração, quando flores podem colher, os que não o podem, offerecem a candidez de seus espiritos. Que extraordinario é que os homens que se consagram á vida gnostica offereçam a forma sincera de seu pensamento, valioso quando é possível ser, sincero em todo caso.

I

Todos os povos, em um dado periodo de sua civilização, têm visto erguer-se deante de si, barrando-lhes a estrada por onde têm de seguir, este problema da codificação. E sempre é preciso resolvel-o, pela affirmativa, acceitando a systematisação das leis em um código, ou pela negativa, mantendo o direito costumeiro ou a legislação dispersa. Mas real do que a esphinge que a colera

de Juno creára, segundo consta da mythologia hellenica, a esphinge social ameaça tragar aquelles individuos e aquelles povos que não sabem decifrar-lhe os enigmas propostos. E' impossivel afastar a difficuldade com expedientes protelatorios, por que elle voltará sobre seus passos, e porque é intoleravel que não procurem comprehender o grau de urgencia das necessidades sociaes, aquelles a quem o destino confiou a tarefa escabrosa de dirigir os povos.

Enfrentemos nós os brasileiros mais uma vez esse temeroso problema, que já nos tem consumido muitas energias mentaes, sem equivalentes vantagens para a communhão social: — Ha realmente vantagem para um povo em codificar as suas leis civis?

Não me seduz reeditar agora, em dessorado escorço, a brilhante contenda entre Savigny e Thibaud, e da qual nos deu conta, entre nós, o conselheiro Ribas (1). Mas, encarando o mesmo assumpto, é natural que entre as considerações adduzidas por mim sobrenadem alguns dos argumentos dardejados nesse combate memoravel.

Diz-se que o direito não vive somente na lei, mas principalmente nos costumes que insufflam sangue e vida no mechanismo inanimado da lei, e, portanto, pretender ajoujar o direito nos moldes inflexiveis de um codigo importa o mesmo que sopitar-lhe o natural desenvolvimento, atrophial-o, ankylosal-o, deformal-o, tornando-o de todo improprio para desempenhar as funcções a que se destina, como esses minusculos pés das chinezas elegantes que offerecem uma base insufficiente para supporte dos corpos donairosos que lhes cumpre apoiar.

E' certo que os codigos não offerecem a flexura dos costumes, mas o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéas, em segurança de interesses, em cerceamento do arbitrio dos depositarios do poder (2). E estas ultimas vantagens compensam largamente aquella qualidade perdida. Além

(1) *Curso de direito civil brasileiro*, I p. 299-304. Vide tambem Lerminier, — *Introduction générale à l'étude du droit*, seg. ed. p. 270-281.

(2) Conf. Jhering, — *El espíritu del derecho romano*, trad. Satorres, Madrid, 1895, II p. 42 e segs.

disso, o argumento parece presuppôr que os codigos são como esses monumentos megalithicos, talhados para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos, erectos, immoveis, inerradicaveis, rujam em torno, muito embora tempestades, esbarrondem-se imperios, sobrem civilisações. Porém os codigos, segundo já o reconhecera Justinianus (Cod. 1, 17, liv. 2 § 18), não são obras divinas para pretenderem a perfeição e a perpetuidade: quia divinae quidem res perfectissimae sunt humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit: multas enim formas edere natura novas deproperat: non desperamus, quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si o imperial legislador romano afastava do animo ambicioso a illusão da perpetuidade, como tel-a-íamos os modernos minados pelo carcoma do scepticismo?

Em bôa lgica, se podem comparar os codigos com os systemas philosophicos, e não lhes trará desdouro sinão gloria a comparação. Estes concretisam, numa forte synthese, uma concepção do mundo victoriosa em certos cerebros ou em certo momento historico, e servem, ao mesmo tempo, de poncto de repouso aos espiritos, satisfazendo plenamente as suas necessidades mentaes por algum tempo. Depois, como a intelligencia trabalha incessantemente, investiga e analysa tenazmente toda a phenomenalidade que a impressiona, os moldes do systema philosophico não tardam a accusar sua estreiteza, e o que era esplanada de repouso, transforma-se em circulo de oppressão. Forçoso é que se quebrem essas cadeias, alargando os ambitos da doutrina, ou remontando os espiritos a regiões mais altas onde mais amplos horisontes se desdobrem. Assim os codigos. Steriotypam elles a forma do pensamento juridico em um certo momento da civilisação de um povo, e, si forem vasados em bons moldes, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades sociaes, pois que é seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfacção. Repousam os espiritos, dominada a inquietação que os agitava, e as actividades se desenvolvem livremente á sombra protectora das leis. Para que seja mais duradouro,

o código deve traçar sómente os lineamentos essenciaes dos institutos, o bastante para accentual-os bem e permittir que se desenvolvam segundo os elementos de vida que naturalmente encerrem ou que lhes tenham sido implantados. Entretanto, por maior amplitude que offereçam os seus principios, um dia esse tegumento do organismo juridico estalará, forçado pelo engrandecimento continuo dos institutos, pelo apparecimento de formas e orgams novos. Será necessario, então, retocar o edificio primitivo ou levantar outro inteiramente novo, onde, se poderão aproveitar as pedras e as vigas que restarem aproveitaveis.

Porém não confrontemos mais um código, ultima e mais perfeita expressão do direito escripto, com o direito consuetudinario; a) porque só excepcionalmente vemos esta forma antiquada, e certamente barbara por sua incerteza, persistir teimosamente em alguns paizes cultos; b) porque os juristas estão hoje convencidos de que os exaggeros da eschola historica em relação ao direito costumeiro só se justificam como uma reacção natural contra a theoria erronea de que o direito nasce directamente do arbitrio do legislador (3); c) porque apreciando-se o desdobramento do direito, desde a sua fluidez e homogeneidade primitivas em busca de formas definidas e solidas por onde se traduza a plenitude da consciencia juridica e da perfeita disciplina dos interesses, observa-se a passagem da lucta desordenada para a subordinação descontinua das sentenças, destas para o direito costumeiro, e deste para o escripto, cuja expressão mais perfeita se encontra nas systematisações dos códigos (4).

Consideremos o direito escripto disperso em leis e systematisado em códigos. Custa a crer que alguém

(3) Quem sinceramente repeteria hoje as seguintes palavras de Stahl: A codificação destróe por toda parte, ou, pelo menos relaxa, as mais solidas relações de direito, altera a consciencia juridica, acabando, em muitos casos, com a sua ingenuidade. " O desconcerto deste pensamento, a sua incongruencia com a realidade dos factos é manifesta. Os romanos e mesmo os gregos já tinham reconhecido a inferioridade do direito costumeiro.

(4) Vide a minha *Formula da evolução juridica na Criminologia e Direito*, Bahia, 1896.

não se renda logo á evidencia, desde o momento em que observe a unidade e a harmonia que dominam em um código fazendo d'elle um systema completo e integro, um verdadeiro organismo juridico, e faça a sua comparação com as leis dispersas surgindo em epochas differentes, dominadas por principios e sentimentos diversos, que muitas vezes repugnam a qualquer systematisação.

Mas insistem: as codificações tornam o direito estacionario, impossibilitando-o de corresponder ás necessidades economicas do paiz. Assim se expressa, entre outros, Georges Fazy, escriptor suiso, que nos aponcta o exemplo da França, onde, apoz a crystallisação do direito civil em código, como que morreu o elemento progressivo que o impulsava, onde o direito civil deixando de ser creado pela acção de todos, não poude ser mais “*uma vegetação dos costumes publicos e privados*, e, segundo uma antiga locução, o espelho de um povo” (5). Porém esses que assim se expressam, mostram-se extranhamente esquecidos de que essa malsinada codificação assignalou sempre um progresso ao estado do direito *imediatamente* anterior, seja na França do começo deste seculo, seja ainda no imperio romano; porquanto, si as compilações justinianeas não constituem a mais bella floração da vigorosa vegetação juridica dos romanos, é incontestavel que traduzem um estado de consciencia juridica incomparavelmente superior ao que determinára o fracassar do colosso romano sacodido pelas hostes barbaras, que sobre elle se esparrinháram avidas e grosseiras, embora ingenuas e vivazes.

Não repitamos, seduzidos pela auctoridade de Savigny, que os códigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas sómente nas epochas de enfraquecimento em que a consciencia se oblitera, servindo elles de instrumentos, muitas vezes, ao despotismo [que se procura firmar. Cezar, pondera o insigne romanista, concebeu o projecto de um verdadeiro código, naturalmente com o intuito de fortalecer o seu poder; entretanto, dois seculos

(5) *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, apud Raoul de la Grasserie, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1991, p. 282.

mais tarde, Papinianus, Ulpianus e Paulus, que foram prefeitos do pretório, que dispuzeram de credito e amavam o direito, não se preocuparam com esse pensamento. E' no seculo sexto, quando todo o imperio se dilue depauperado e corrupto que os codigos se succedem: o edicto de Theodorico, o breviario de Alarico, o Papiano, as collecções de Justinianus (6).

Porém um estudo mais desprevenido da historia nos apresentará os factos por outro aspecto. Em vez de serem os codigos uma vegetação abrolhando nos pantanos apodrecidos da decadencia, si acaso ahi se expandem, servem de estorvo, ainda que momentaneo, ao desabar das ruinas, e tentam soccorrer com a segurança dos preceitos do direito ás consciencias conturbadas. Mais normalmente emergem elles nas epochas de maior expansão das forças de um povo, e quando as nações sentem necessidade de affirmar, de um modo convincente e decisivo, a sua unidade, a sua soberania e o seu vigor.

Na primeira categoria estão: o código da Prussia, devido á iniciativa de Frederico, o grande, e o código civil francez apparecido na epocha em que mais rutilo se projectava sobre a França o brilho das victorias de Napoleão I.

Na segunda categoria entram: o Svod da Russia, organizado por ordem de Pedro, o grande; o código civil italiano, promulgado em seguida á unificação politica da Italia, e destinado a consolidar a tanto quanto a constatar; os da America latina, vindos á luz depois que as colonias ahi fundadas se julgaram bastante fortes para viverem por si; os codigos de organização judiciaria, processo civil, processo penal e de fallencia indicando os progressos rapidos da unidade legislativa da Allemanha, apoz a victoria sobre a França e a proclamação do imperio (7).

E quem estudar attentamente o movimento de codi-

(6) *Apud* Lermnier, op. cit. p. 278-279.

(7) Este movimento, alias, já vinha de longe, transformando a agglomeração dos estados allemães, independentes e as vezes hostis entre si, numa unidade nacional superior. Attestam-no, dentro dos limites da vida legislativa, a lei geral sobre as letras de cambio (1848) e o código do commercio (1861).

ficação (8) que se iniciou na Europa com o código da Prússia e os da França, agitando a Europa nos queimores de uma febre contagiosa, reconhecerá que, si muito contribuiu para sua intensidade e expansão, poderosa força da imitação, traduzia elle energicamente o estado social da epocha: a fusão de principios differentes que se unificavam para o início de uma era nova, de um novo regimen erguldo sobre os escombros do antigo; o esclarecimento da consciencia dos individuos que se affirmavam como força social, postulando a egualdade de todos perante a lei, e garantia de sua livre actividade e de todos os seus interesses legítimos. Lembremo-nos de que os códigos de direito privado vieram geralmente apparecendo apoz a promulgação das constituições politicas, em que a organização social se submettia a moldes novos, mais solidos e mais amplos, e reconheceremos que essas systematisações de leis se vieram completar, convergindo harmonicamente para a formação da nova contextura da vida social.

II

Applicando á situação especial do direito privado brasileiro, as conclusões geraes fornecidas pelos principios agora invocados, recebem ellas um novo reforço.

E' geralmente reconhecida e proclamada a necessidade que temos os brasileiros de codificar as leis que regulam as nossas relações privadas de character geral, de organisarmos um código civil. Realmente bastaria considerarmos que a fonte principal de nosso direito civil é um defeituoso corpo de leis de origem espuria e que se acha em frangalhos, mordido, a quasi tres seculos, pelas

(8) A indicação da epocha em que foram apparecendo alguns dos modernos códigos civis trará grande luz ás minhas affirmações. O código geral da Prússia, concluido depois da morte do grande Frederico, foi posto em vigor em 1794; o civil francez promulgou se em 1804; o da Austria foi declarado executorio em 1811; a Bolivia teve o seu desde 1830, sendo posteriormente revisto em varias epochas; o da Hollanda é de 1839; o do Perú, de 1852; e do Chile, de 1855; o da Venezuela, de 1863, sendo por varias vezes alterado; o da Rumania é de 1864; o da Italia, de 1865; o de Portugal, de 1867; o do Uruguay, de 1868, sendo refundido em 1893; o da Argentina, de 1869; o do Mexico, de 1871, etc.

traças vorazes da decadencia. As *Ordenações philippinas* fôram, como é sabido, publicadas por alvará de 11 de Janeiro de 1603. Mantiveram a feição tradicional do direito portuguez, e esta é a sua mais bella qualidade, porém, apesar disso, e ainda que fossem um trabalho perfeito, já hoje estariam imprestaveis porque a sociedade evolue e se transforma creando necessidades novas e guiando-se por novos ideaes. Mas das *Ordenações* não é a balda mais grave o estarem antiquadas. Seus defeitos intrinsecos, sua fraqueza, sua falta de methodo, fôram aponctados desde que olhos de juristas pausaram sobre seus edictos (9).

Além disso, uma circumstancia existe que não pode ser posta á margem. O codigo philippino, preparado para funcionar em Portugal, não poderia convir ao Brazil que não deve ser considerado como um simples pedaço de Portugal transportado para a America. Outros elementos ethnicos entráram para a constituição do brasileiro, e contribuíram para modificar o contingente que nos enviou a nossa antiga metropole, embóra fosse elle o mais consideravel. E essa modificação foi mais profunda pela acção do meio physico reagindo sobre a organização social em formação.

A todas estas considerações deve-se accrescentar que as incertezas do direito civil patrio, oriundas, em parte, da incongruencia do codigo fundamental do direito privado com a feição actual da vida nacional, e, em parte, da vasta congerie das leis extravagantes, umas incompletas, inconsequentes outras, sem uma unidade de vistas que as harmonise, reclamam imperiosamente a codificação do direito civil patrio.

Esta incerteza traz vacillante o espirito dos que necessitam do apoio da lei quando seus direitos são contestados, e abre a comporta á chicana que se derrama pelo

(9) Excusado é recordar as pechas que os juristas portuguezes e brasileiros têm descoberto na collecção philippina. Vide Coelho da Rocha, — *Historia do governo e da legislação de Portugal*, Coimbra, 1842, p. 194 e segs; e Ribas, *Curso de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1880, I, p. 112-113. Candido Mendes, introdução ao *Codigo philippino*, procura desviar algumas das accusações feitas ao alludido codigo.

fôro em caudaes devastadoras. Um código, enfeixando os preceitos dispersos, harmonisando-os em um systema, expurgando-os de suas incongruencias, teria o effeito de um verbo creador fazendo brotar da trevosa confusão de um cahos a esplendente eurythmia de um kosmos, as formas em destaque de uma vida que se expande.

Assim o comprehenderam os homens que fizeram a nossa independencia (10), assim o têm mostrado por varias vezes comprehender os estadistas collocados á frente da administração publica. São conhecidos os passos dados no sentido de possuirmos uma codificação das leis civis patrias, começando pela consolidação do direito existente, porém que não têm, até hoje, alcançado o objectivo a que se propõem.

Os esforços combinados dos homens de Estado e de juristas de vasta envergadura se têm nullificado pela acção adversa de elementos cuja força negativa difficilmente se percebe.

Compreende-se que o trabalho dessa prodigiosa cultura juridica alliada a um poderoso senso de analyse, que foi Teixeira de Freitas, não se tenha, afinal, corporificado em um código completo e perfeito. Havia na bella organização mental desse notavel homem do direito uma certa falha que lhe perturbava, muitas vezes, as vistas de conjuncto, e lhe intibiava a tenacidade, na prosecução de um mesmo objectivo, de modo que podia evocar do nada extraordinarios fragmentos, podia mesmo ligar, num corpo cheio de vida, materiaes inertes, mas difficilmente construía um edificio, preparando e montando todas as suas peças. Não recorda, por certo, esse atormentado espirito de Claudio creado por Emilio Zola em *l'Œuvre*, porque era mais fecundo e mais vasto em sua produção, mas lembra o modo e o tom do ensigne Montesquieu no *Espirito das leis*. Além disso, a *Consolidação das leis civis*, grandioso monumento de construcção diffi-

(10) A lei de 30 de Outubro de 1823 mandou vigorar para o Brazil a legislação portugueza, *enquanto não se organizar um novo código*; a Constituição de 1824, art. 179 § 18 confirmava essa promessa, dando-lhe uma forma de preceito: "Organisar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e da equidade."

cilima, já lhe havia consumido consideravel porção de vigor physico e mental, a poncto de leval-o depois a uma dolorosa crise psychica.

Comprehende-se tambem que as commissões nada de util hajam deixado, porque ha grande numero de trabalhos para os quaes as collectividades são antes nocivas do que vantajosas, nos quaes um só produz mais e melhor do que muitos. Um codigo, obra systematica, cujo valor está, ao mesmo tempo, na clareza dos preceitos, na distribuição logica dos institutos e na unidade superior de vistas que os harmonisa e os apresenta, em todas as situações, como partes do mesmo todo, repelle a cooperação de muitos, quando não estejam estes subordinados á direcção unificadora de um só.

Mas, para explicar a improductividade dos outros esforços, causas mais complicadas têm de ser invocadas, e nem sempre responderão ellas satisfactoriamente aos investigadores. Seriam sómente os labores da politica que inhibiram Nabuco de ser o creador de nosso codigo civil? E porque não vingáram os outros projectos, o de Felicio dos Sanctos e o do senador Coelho Rodrigues? Não me proporei a pesquizal-o. Pode mesmo ser que d'ahi surja ainda, finalmente, o ambicionado codigo. Mas para que o tenhamos é necessario, que, acima dos interesses individuaes sempre apoucados quando em confronto com os geraes, acima das imposições das *coteries* e dos partidos, sobresáiam, em victorioso e lucido relevo, as grandes conveniencias da patria brasileira.

III

Fazendo votos para que se realise essa natural aspiração de termos um codigo civil, devemos igualmente desejar que nos dêem um trabalho na altura da moderna cultura do direito e nas condições de satisfazer plenamente ás necessidades que vem attender.

Para isso, creio ser indispensavel que o codigo possua certos requisitos; de character mais sociologico uns, de technica juridica especialmente outros. Disse com exactidão o professor viennense, Ant. Menger, que assim como qualquer trecho de prosa posto em verso não é

poesia, também qualquer compendio de direito civil desdobrado em paragraphos não é um código (11). E na realidade assim é. Um código tem de, ao mesmo tempo, conter e estimular os actividades de um povo, e é preciso saber, ao certo, qual o cravo que deve ser apertado, qual a válvula que deve ser aberta, para que o mechanismo assente em bases seguras funcione e possa conter a vida sob as suas variadas formas, sem trucidá-la, e sem arriscar a desfazer-se estilhaçado, impotente para recalcar as expansões vitais exuberantes que imprudente e desarrazoadamente tencionava abafar.

Já não me quero referir a contextura morphologica, á boa distribuição das matérias, á clareza incisiva e sobria dos preceitos, á largueza das syntheses contidas em cada dispositivo, á composição harmonica e bem concatenada do todo. São dictames elementares de logica e technica juridicas bastante vulgares que dispensam qualquer nova justificação de sua necessidade.

Porém as condições de character mais geral, que saem da orbita da technica e da forma externa, que, dizendo respeito á porção mais intima do tecido organico do código, offerecem, por varias faces, o aspecto de condições sociologicas, porque apresentam o direito em função como força social, essas condições, digo, pedem que se as recordem, porque nem sempre as tiveram em mente os confeccionadores de códigos.

Bluntschli assignou como essenciaes na elaboração de um código civil dois factores: as tradições nacionaes e a theoria das escholas (12), ou, por outras palavras, a tradição nacional que representa o elemento relativamente fixo do direito, e a doutrina scientifica de onde lhe vem o elemento progressivo.

A tradição de facto é um principio essencial da vida do direito, representando a lei da hereditariedade applicada a esse phenomeno de ordem social. Quem se propuzesse a legiferar rompendo com o passado faria como

(11) *Il diritto civile e il proletariato*, versione de G. Oberosler, 1894.

(12) *Apud Lehr, Introduction á traduction do código civil de Zurich*.

aquelle que “ fabricasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce”, nos previne d'Agua-do (13). Já Mephistopheles dizia ao estudante, na sua doutoral compostura de sabio de contrabando: “ Eu sei o que vale essa sciencia (a jurisprudencia): as leis e os direitos que della derivam se transmittem de geração em geração, como uma doença hereditaria; transportam-nos de uns para outros logares”. Mas accrescenta satiricamente ironico: “ O que era outr'ora razoavel tornou-se insensato, o que era util tornou-se desastroso. Não importa: é triste para vós terdes vindo ao mundo cem annos tarde de mais. Pois o direito nascido comvosco já quasi não existe para a geração presente” (14). Alludia o diabolico sophista ás rapidas transformações do elemento progressivo do direito, exaggerando-as e desvirtuando-as, para conturbar mais profundamente a intelligencia do jovem que o escutava aturdido e pasmo.

Para que realmente fosse possivel afastar da construcção juridica a base tradicional, seria preciso que o direito fosse um simples artefacto fabricado pelas mãos dos legisladores, que o direito residisse exclusivamente nas leis escriptas. Mas a historia de todos os reformadores de legislação, da India, como da Grecia, de Roma como da Germania, dos povos barbaros como dos civilisados, nos revela que, em vez de demiurgos creando o direito do nada, fôram os legisladores simples systematisadores ou, quando muito, reformadores dos costumes preexistentes, sobre os quaes se apoiavam, mesmo quando queriam modificá-los. E, si assim não foi algumas vezes, tiveram então as innovações demasiado ousadas a existencia phantastica das sombras. Christo mesmo dizia não ter vindo para abolir a lei antiga, mas para completá-la e melhorá-la.

Os grandes codigos modernos não vieram firmar direito inteiramente novo, extranho ás tradições longamente accumuladas desde a formação das nacionalidades modernas. Attenderam todos ao direito preexistente, no qual se apoiavam para cercearem as vegetações damni-

(13) *Genese e evoluzione del diritto civile*, p. 120.

(14) *Fausto*, acto I, gabinete de estudo.

nhas ou fenecidas, e para desdobrarem os novos princípios. Assim fizeram o código civil francez, o austriaco, o hollandez, o portuguez e todos os outros.

Quanto ao código civil francez, é, por assim dizer, pouco mais do que uma consolidação do direito costumeiro, seja de origem germanica seja de origem romana. Para mostral-o será sufficiente recordar que Pothier e Domat fôram as fontes immediatas, quasi os auctores do código, e, como diz Laurent (15), "elles resumem a tradição, a unica de que tem conhecimento o legislador francez; estão estes grandes jurisconsultos completamente libertados da superstição de Roma, são os órgãos da equidade e não do direito estricto". E foi o direito romano "profundamente modificado pela equidade que passou para o código civil francez" accrescenta o citado escriptor.

Mas é bem certo que o elemento tradicional, si é fundamental, não deve ser exclusivo, como já ficou affirmado. Dos monumentos jurídicos legados pelo passado deve o legislador manter a parte solida, afastar o decrepito e desenvolver o que, merecendo viver, jazia, até então, atrophiado pelo regimen anterior. Difficil empreza ser-lhe-á por certo, e mais difficil ainda, talvez, sobre essa base tradicional implantar as innovações impostas pelas condições da sociedade no momento da codificação.

Mais difficil, porque terá de harmonisar seus intuitos conservatorios com os reformistas; porque ser-lhe-á forçoso, além de attender á satisfação das novas necessidades, de alguma forma tomar a attitude de *educador de sua nação* e discretamente antecipar-se á evolução que se accusa no horizonte ainda mal accentuada (16), para que sua obra não corra o perigo de tornar-se logo atrasada; e porque tem de vazar o seu trabalho nos moldes largos e solidos da sciencia de seu tempo. Ora, para sahir-se galhardamente de tam complexa operação, não basta possuir o indispensavel criterio, não basta ser um exacto conhecedor do direito nacional; é necessario ainda conhecer a marcha da evolução social que nos fornece a

(15) *Cours élémentaire*, I, p. 43.

(16) Menger, *op. cit.*; Cogliolo, *Sagi*, p. 27.

sociologia, e as ultimas conquistas da sciencia do direito que nos ministram os seus cultores e os codigos mais modernos e melhor modelados. Sómente um forte preparo geral e especial habilitará o espirito a vencer tamanhas difficuldades.

E' certo que ahi estão os tractadistas, ahi se ostentam os vastos monumentos da sciencia; mas rude tarefa será sempre estudal-os e medital-os todos, tendo em vista o conselho de Bluntchli que manda ao codificador que "se não preocupe com as querelas dos sabios, que consulte as necessidades intimas e actuaes do povo para o qual é chamado a trabalhar, e não tem a innovar, quando chegar a uma noção clara das cousas e o que julgar util e bom se harmonisar de uma parte com o conjuncto do systema do direito, e, de outra parte, com as tradições nacionaes e as necéssidades do tempo (17).

E' certo que ahi estão os codigos promulgados para outros povos, que desbravaram o caminho. E neste emprehendimento é certamente a legislação comparada um auxiliar de inextimavel preço. Porém não é simples ver, nessa floresta cerrada e vastissima, por onde guia a senda que convem trilhar, complicando se o problema juridico com o historico. Não trabalha a razão sobre principios abstractos, nem podem ser aqui acceitos os bons officios da imaginação. Os dados sobre os quaes é mistér operar são positivos, e os resultados a que se deve chegar devem ser egualmente positivos.

Achamo-nos em uma epocha em que não é sómente o methodo da sciencia do direito que se transforma; são tambem as bases da vida social que se vão rapidamente alterando; são as condições da vida economica que se nos apresentam sob um aspecto bem diverso daquelle em que se organisáram os institutos vigentes. E é forçoso que um codigo novo se anime a ferir todas essas teclas, com prudencia por certo, mas com animo despido de mofados preconceitos.

Juristas emeritos como Glasson, na França, Menger na Austria, Salvioli e Tartufari, na Italia, reconheceram nas codificações civis da actualidade a macula da parcia-

(17) *Apud* Lehr, *loco citato*, p. II e segs.

lidade e do privilegio odioso. São *codigos burguezes*, que reflectem os interesses da classe media, dos que possuem bens, dos que exploram a terra, o capital e o trabalho, mas que olvidam, indifferentes ou presumpçosos, os interesses não menos respeitaveis dos operarios, dos que formam a grande massa anonyma e laboriosa (18). Não menos valiosos espiritos aponctam, nas legislações civis vigentes, organs atrophizados cuja avulsão se impõe ou cuja reforma é inadiavel, para permittirem a facilidade dos movimentos do mechanismo juridicc. No pensar de Cimbali são taes muitos institutos cuja reconstracção elle propõe na sua obra fundamental — *La unova fase del diritto civile*, e dos quaes destacarei, de memoria, o contracto de sociedade, a posse, a locação, o regimen hypothecario. Cavagnari accrescenta outros, e Tortori julga que essa operação de joeirar organs vivos do meio de antigualhas poentas ainda não foi levada até onde cumpria que fosse.

E, si não se illudem desastrosamente especialistas como esses que acabo de citar, convem que o reformador do direito civil não se deixe arrastar por modelos já decrepitos, e attenda, para satisfazel-os na medida do razoavel, os reclamos das novas formas que tem assumido em nossos tempos a coexistencia humana. E foi procurando attendel as que o egregio Cimbali propunha a creação de um codigo de direito privado social em substituição ao codigo de direito privado individual actualmente existente. E ainda procurando acompanhar e reflectir o novo aspecto do viver social, nessa mesma Italia que elle, com desvanecimento, appellidava *antica maestra nella scienza del diritto*, surge a grave questão da unificação do direito privado, eliminadas as distincções entre o civil e o commercial, questão que teve a ventura de interessar quasi todos os civilistas e commercialistas italianos (19).

Não seríamos de nosso tempo si passassemos indifferentes ao lado dessa agitação, da qual si muitos ele-

(18) Vide Tortori, — *Sociologia e diritto commerciale*, Torino, 1895, I, p. 263 e seg.; Menger, op. cit.

(19) Tortori, — op. cit., p. 262.

mentos podem ser estranhos ao momento presente da vida brasileira, outros se nos apresentam com o caracter de generalisação que lhes empresta a sciencia.

Elaborar um bom código é, bem se vê, empreza vasta e afadigosa ; porém conduzida convenientemente produzirá sempre obra duradoura e solidã. Tenho fé que assim acontecerá para o Brazil, em compensação da paciente espera a que o têm constrangido. O povo brasileiro dispensaria mais delongas e vêm-lhe impetos de dizer aos legisladores e aos juristas, como o propheta Amos : “ Afastae de mim o estrepito de vossos canticos, e não torne eu a ouvir a melodia de vossas harpas ; mas que se ostentem os preceitos do direito como agua que transborda, e a justiça como uma torrente inexgottavel ” (20). Teria razão si assim o flzesse ; porém ao menos que a demora venha do labor do aperfeiçoamento e não da pecaminosa negligencia.

(20) E' copiosa a bibliographia que já se formou em torno deste problema, segundo se pode ver em Tortori *op. cit. passim*. Um código unico de direito privado deve ser construido sobre base social, pensam os modernos civilistas e commercialistas italianos que o propõem. Dissidente é a opinião de Vivanti que pede um código unico das obrigações onde se inclua o direito commercial, ao lado de outro código subsistente em que se incluíriam os outros institutos do direito privado, opinião que se colliga com as daquelles que, distinguem, no direito privado, o estado estatico (cidadania, personalidade, familia, propriedade) e o estado dynamico (direito contractual e successorio. (Tortori *cit.* p. 286).

(21) Amos, V, 23-24.

DR. CLOVIS BEVILAQUA.

