



o Código Civil

A redacção do Projecto de Código Civil no Senado

I

O choque violento dessa mole ingente de saber profundo e rude critica philologica, que, das mãos cyclicas do senador Ruy Barbosa, acaba de ruir fragorosamente sobre o *Projecto de código civil*, deixou-me aturdido.

Fôra eu o primeiro a deslustrar, com a minha inhabilidade excepcional e a minha ignorancia incorrigivel, essa obra que todos requerem primorosa na forma, tanto quanto solida e elegante na construcção systematica. Grande é, por isso, o peso da minha responsabilidade. E, para exculpar-me, em parte, da grave offensa que involuntariamente fiz á reputação da sociedade culta e da época illustre em que vivo, por lhes prender, ao manto rutilante, producto de tal modo mesquinho, só descubro uma levissima attenuante. O transito constitucional da formação das leis havia de levar o *Projecto* á Camara e ao Senado, onde, submettido á lima e ao buril de tão insigne mestre, perderia as rudezas e as maculas da primeira factura.

Quer isto dizer que as correcções agora publicadas não podiam ser uma surpresa para mim. Eram esperadas. Mas nem as suppunha tão minuciosas e prolixas nem tão ruidosamente clamadas, nem as imaginava antepostas aos aperfeiçoamentos da materia juridica fundida no *Projecto*.

Na minha ingenuidade, acreditava que somente depois de assentados definitivamente quaes os preceitos cuja systematização deveria constituir o nosso Codigo civil, é que caberia cuidar da forma grammatical das proposições, do boleio rhetorico da phrase. E, ainda hoje, não atino com a explicação desse desvio da ordem natural das cousas, que faz exigir apuros requintados de estylo para revestir idéas ainda em elaboração.

Que razão justifica o dispendio de tanto tempo, de tão grande esforço, na escolha das palavras com que se hão de exprimir regras juridicas que, afinal, podem ser rejeitadas pela discussão? Confesso que não comprehendo. Mas, como guardar silencio, nesta emergencia, importaria reconhecer a procedencia de todas as increpações e a vantagem de todas as emendas sobre os differentes dispositivos do *Projecto*, vejo-me coagido a deixar-me levar pela torrente inversiva das boas normas da arte de preparar leis.

Melhor fôra que me dirigisse ao Senado, onde se acha em maceração o trabalho da Camara. Não me parece, entretanto, que seja possivel fazel-o deante da resolução tomada pela douta Commissão daquelle ramo do poder legislativo nacional, declarando desde já approvadas as emendas propostas pelo illustre senador bahiano.

Seria impertinencia, sinão protervia, agravar de sentença proferida solemnemente por entre applausos e saudações enthusiasticas.

Accresce que um preclaro director da mentalidade brasileira, o Sr. JOSÉ VERISSIMO, e devo crêr que a sua opinião seja a da maioria dos nossos cidadãos, já fez, pela imprensa, a peremptoria intimativa de minha exclusão do numero dos collaboradores do futuro *Codigo civil* brasileiro. E não sou o unico excluído. Afastados são tambem todos quantos se afadigaram por trazer o seu contingente de reflexão e experiencia, á grandiosa lei em preparo. « *Pelo fundo e pela forma*, diz S. S. que o senador Ruy Barbosa virá a ser o verdadeiro autor do nosso futuro *Codigo civil*. » (1)

Que mais tenho eu com o que se disser a respeito do malsinado *Projecto*, si a esponja de auctoridade tão conspicua já obliterou o que, nesse trabalho, pudesse recordar o meu esteril ainda que bem intencionado esforço?

Nada sem duvida. Mas para que não continuem a pesar impiedosamente sobre os meus hombros fragilimos, além das culpas de que me devo penitenciar, outras muitas que ou não existem ou não se prendem á minha individualidade por nexos causais, talvez fosse conveniente publicar as glosas que, ao fluir da leitura, fui escrevendo á margem do parecer do inclyto presidente da Commissão do Senado, cujas correções, si realmente se devem reputar *uma alta e sabia lição de portuguez*, não se deixaram saturar desse grato aroma de sympathia, e de equidade que sobe ao cerebro pelo caminho do coração.

Não quero, porém, aggravar a monotonia que naturalmente reçuma de trabalhos do genero deste que agora se lê, com inuteis minucias.

(1) Veja-se o artigo publicado no *Correio da Manhã*, numero de 4 de Agosto, sob o titulo — *Uma lição de portuguez*.

Pouco amante das discussões em qualquer terreno, tenho quasi horror ás disputas de grammatica. Mas a excepcional auctoridade do erudito censor da redacção do *Projecto* não me permite o silencio que, não podendo ser, na hypothese, manifestação de menospreço, seria interpretado como signal de acquiescencia ou submissão. Escolho, por isso, um meio termo entre o que pedem a indole do meu espirito e a singularidade da minha situação.

Afim de pôr em relevo as imperfeições do *Projecto*, é o longo parecer precedido de uma introdução em que se destacam os mais graves desacertos e as mais extravagantes cincoas linguisticas de que esse producto legislativo em formação se fez, pelos modos, ubertoso alfôbre.

Examinarei o valor dessas accusações. Não de todas certamente, pelas razões já expostas.

Porei de lado, salvo uma ou outra excepção, os artigos que não tiverem correspondente no *Projecto primitivo*, ou cuja redacção differir, no ponto censurado, da que eu tinha escolhido. Taes são, por exemplo: a) Os artigos 200 (que somente apparece na redacção final do *Projecto* ⁽²⁾), 202, 219, ⁽³⁾, 232, 238, 294, 223, n. I, 477 § 1, 593, 670, 716, 1.228, 1.264, 1558, 1.620, devidos á iniciativa da Commissão da Camara. ⁽⁴⁾

b) Os arts. 593 §§ 3 e 5 ⁽⁵⁾, 9 pr. e 673 introduzidos pela Commissão revisora do Governo. ⁽⁵⁾

⁽²⁾ *Trabalhos*, VIII, pag. 34, art. 202. Apenas exemplifico, não vejo necessidade de fazer uma enumeração completa.

⁽³⁾ Este artigo foi extrahido do dec. 181 de 1890, art. 11 (*Trabalhos*, VI p. 71).

⁽⁴⁾ Consultem-se os *Trabalhos*, VI, p. 213, 239, 412, 451, 476 e 491.

⁽⁵⁾ *Actas*, p. 106 a 107.

c) Os arts. 10, 14 e 17, da lei preliminar redigidos por modo diverso do que se encontra nos arts. 33, 39 e 14 da lei de introdução.

d) Os arts. 34, 46 n. II, 101, 185, 196, 199 n. I, 212, 255 n. IV, 262 § unico, 420 n. IV, 438, 558, § unico, 596, 627, 631, 694, 877, 937, 1.000, 1.093, 1.300, 1.385, 1.388, 1.690 § unico, 1.777 e 1.808, que não conservam as expressões usadas pelo *Projecto* primitivo, arts. 43, 60 n. 2, 212, 116, 226, 229, 247, 289, n. IV, 297, 491, 513, 514, 675, 586, 693, 734, 789, 1.083, 1.139, 1.230, 1.448, 1.515, 1.518, 1.860, 1.933 e 1963.

e) O art. 767 n. IV cuja redacção é do sr. Andrade Figueira. ⁽⁶⁾

f) E ainda os arts. 163, 438 § unico e 596 remodelados pela Comissão revisora do Governo ⁽⁷⁾, sendo de notar que este ultimo dispositivo é literalmente transcripto de TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 68. Resvalam, pois, os remoqueos do commentario e vão ferir em cheio o excelso jurisperito. E' d'elle «o amphiguri».

Afastando esses dispositivos criticados, não pretendo admittir que a respeito de todos procedam as censuras. Algumas serão acceitaveis; outras fazem cabedal de erros typographicos de facil correcção (arts. 1.000 e 1.777, por exemplo); outras ainda apegam-se a futilidades improprias da grandeza intellectual do censor. ⁽⁸⁾ Ha, porém, na Comissão da Camara quem melhor do que eu assumo a defeza do *Projecto* nesses ponctos. O que me cumpre é tentar justifical-o das incorrecções oriundas do *Pro-*

⁽⁶⁾ *Trabalhos*, VII p. 275, 1.ª col.

⁽⁷⁾ *Actas*, p. 75, 139 e 168.

⁽⁸⁾ Não é para causar estranheza que se faça ruidoso commento por se pensar que uma virgula é incabivel num determinado logar (art. 122), ou porque ha signal de crase onde se acredita que é dispensavel essa notação lexica ?

jecto primitivo que, todas, devem ser levadas á conta do meu desaso.

Passarei tambem silencioso á margem das simples alterações no modo de dizer. Algumas dellas, realmente como era de esperar, melhoram a expressão da lei futura; outras, porém, podiam ser dispensadas por equivalerem perfeitamente, sob o poncto de vista da forma, ao que estava escripto; e ainda outras são menos felizes, por conturbarem a intelligencia da phrase ou modificarem o pensamento.

Exemplo de alterações da segunda classe offerece-nos a emenda ao art. 17 da lei preliminar. Dizia o *Projecto*, no art. citado, que não teriam efficacia no Brazil as leis e sentenças estrangeiras nem os actos juridicos fóra de nossas fronteiras realizados, nem tão pouco as convenções celebradas dentro do paiz, uma vez que importassem offensa ás leis de ordem publica, á soberania nacional e aos bons costumes. Não será, talvez, muito feliz a redacção do citado artigo, mas diz isso, como se poderá verificar, lendo-o:

Art. 17. *Em caso algum, as leis, os actos e as sentenças de um paiz estrangeiro e as convenções e disposições privadas poderão derogar as leis rigorosamente obrigatorias do Brazil, concernentes ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis por qualquer modo relativas á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*

Porque o adjectivo *privadas* não agradou, fez-se uma reconstrucção de phrase em virtude da qual a emenda assevera não terem efficacia, no Brazil, as leis estrangeiras concernentes ás pessoas, bens e actos. Ora, como não ha leis que se refiram a outro objecto além das pessoas, dos bens e dos actos (*omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel*

ad actiones), está, de um jacto, eliminado o direito internacional privado.

Aqui estão as palavras da emenda :

Art. 17. *As leis, actos e sentenças de outro paiz, bem como as disposições e convenções particulares não derogarão, em caso nenhum, AS LEIS DO BRAZIL, CONCERNENTES ÀS PESSÔAS, BENS E ACTOS ou relativas, por qualquer modo, á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*

Era conveniente concertar o enunciado do art. 17 da lei preliminar, mas, por certo, não assim. E nem era mister eliminar o epitheto *privadas*, que não póde ser convenientemente substituído por *particulares*. *Particular*, de parte, oppõe-se, mais directamente, a *geral* ; *privado* é qualidade antithetica de publico. *Sunt quedam PUBLICÆ utilia, quedam privatim.* ⁽⁹⁾

E quanto ao privilegio das terminações masculinas, sempre isemptas da tisona dos maus pensamentos, parece-me bem duvidoso.

O art. 492 fornece um bom exemplo das alterações que, mantendo o pensamento do Projecto, o envolvem mais em sombra.

Dizia o Projecto :

Art. 492. *A posse directa, mas temporaria, do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario e de todos aquelles que se acham em situação juridica que lhes dá direito ou impõe obrigação de possuir coisa alheia, não exclue a posse indirecta da pessoa em relação á qual o direito de possuir lhes é garantido.*

A emenda reconstroe a phrase por este modo :

Art. 492. *Quando, por força de obrigação ou di-*

⁽⁹⁾ *Jus publicum e Jus privatum ; sacra publica e sacra privata ; vindicta publica e vindicta privata.* São expressões que, á similhança de outras muitas, traduzem a antithese a que allude o art. do Projecto.

reito, em casos como o do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario, se exerce temporariamente a posse directa, não annulla esta ás pessoas, de quem elles a houveram, a posse indirecta.

Si obscuridade havia, a diligencia empregada para removê-la foi infructifera, pois o final do artigo está agora mais burro do que antes da correção. (1^o)

Tambem não me preocuparei com os echos, as collisões, as assonancias, porque seria, muitas vezes, necessario sacrificar a limpidez ou a energia da idéa, si tentassemos evitar esses inconvenientes. E é preferivel manter a pureza do pensamento a procurar simplesmente a sonoridade da phrase.

De cacophonias, no rigor da expressão, creio que não sou culpado. E parece que os melhores escriptores, como CAMÕES, VIEIRA, CAMILLO e o proprio senador RUY BARBOSA, que a justiça manda collocar entre os mais distinctos, podem ser accusados de peccados taes. Na introdução ao parecer que motiva estas linhas, apesar de cuidadosamente escripto, os fulgores da palavra, uma vez por outra, se empanam com algumas jaças deste genero, pois ahi se lêem no ultimo paragrapho, bem proximos uns dos outros, estes máos sons: — frouxo éco... *por corromper... a não* se desconvencerem. E, logo no primeiro paragrapho, a phrase se fecha com alguns ãos que lhe conservam a elegancia, mas que poderiam causar reparo em escriptos de outro qualquer :... « critica e decifração a que a redacção das leis *não* deve expol-as. »

De falhas typographicas é justo que não sobre-

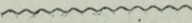
(1^o) Outros exemplos occorrem, entre os quaes a emenda ao art. 315 onde não se sabe a que *outro conjugue* se refere a redacção approvada.

carregue estas glosas. Sabe-se quanto ellas abundam nos productos de nossas typographias. E é preciso uma dose bem forte de má vontade para suppor que alguém, sabendo ler por cima, ignore que o verbo deve receber a flexão do plural, quando desse numero fôr o sujeito.

O revisor da imprensa nacional deixou passar esta discordancia, que tambem me escapou ao reler as ultimas provas:—Emquanto *alguns* dos credores solidarios não *accionar* o devedor commum (art. 1.045), este poderá pagar a qualquer delles.—O leitor mais prevenido logo veria que a ultima curva do *m* da palavra *algum* fôra transformada, pelo typographo, em um *s*, e leria, sem difficuldade, a palavra como fôra naturalmente escripta. Mas a Commissão do Senado leva esse feio solecismo á conta de nossa ignorancia (minha e das Comissões revisoras).

O artigo em questão é uma simples variante do que se lê no livro *Direito das obrigações*, p. 95, linhas 8 e seguintes: «Porém si algum dos credores já tiver demandado o devedor, não terá mais este liberdade de fazer o pagamento a outro que não aquelle que o demandou em primeiro logar.»

E nem teria senso o plural de *algum* na enunciação do principio que se tenciona traduzir, pois que é da iniciativa de um dos credores que se cogita, para assignalar-lhe um dos effeitos.



II

Restam, para objecto destes artigos, os peccados grammaticaes e as impropriedades de linguagem.

Mas discutir si pode ou não ser licito empregar intransitivamente verbos que no estado actual da evolução da lingua se incluem na classe dos transitivos; examinar si o vocabulo *interessado* comporta ou não depois de si uma certa preposição; deslindar outras graves questões de lexicologia ou syntaxe, pode ser de alto interesse, mesmo quando se tracta de resolver um problema juridico tão grave e complexo como é um codigo civil, mas não me atrêe, não me seduz. Será defeito da minha educação intellectual que me faz suppôr que a esthetica das construcções juridicas está antes na disposição e encadeiamento hierarchico das idéas, na clareza do pensamento que deve actuar como ordem, no matiz peculiar a cada conceito, do que no sabor classico da phrase.

Vejo-me, por isso, forçado a não aproveitar a oportunidade para expôr a defesa de alguns dizeres do *Projecto* que incorreram em censura, por terem, ao que se diz, irrogado offensa ás regras da grammatica. ⁽¹⁾

Entrarei, portanto, no capitulo das impropriedades de linguagem, porque mais de perto se ligam á rhetorica applicada á redacção das leis, segundo a expuzeram MONTESQUIEU, BENTHAM, ROSSI, LERMINIER e ROUSSET.

(1) Entre as mais grâves dessas offensas enumera-se uma discordancia do verbo com o sujeito, que se suppoz encontrar no art. 337 do *Projecto* actual, que reproduz exactamente o 389 do primitivo. Mas o engano da critica foi já patenteado por MEDEIROS E ALBUQUERQUE.

Art. 655 do *Projecto* actual e 758 do primitivo. «Desnatura-se a significação dos nomes ao ponto de classificar entre as obras, as revistas e os jornaes.» «Certamente só por descuido se terá dado applicação tão incorrecta áquella palavra.» São as ponderações da critica.

O peccado dos redactores do *Projecto* aqui se agrava infelizmente, porque foi premeditadamente que o commetteram.

A lei de 1 de agosto de 1898, art. 2, declara que se comprehendem na expressão—*obra litteraria, scientifica òu artistica*—todas as producções do dominio das lettras, das sciencias ou das artes. Ninguem, creio eu, contestará que os jornaes e as revistas sejam producções da intelligencia, e, segundo a sua especialidade, se hão de classificar em alguma daquellas categorias a que se refere a lei. Portanto o *Projecto* não se desviou da tecnologia estabelecida pelo direito vigente.

E seria, ao menos, original, nessa designação, o legislador patrio?

Parece-me que não, porquanto LYON CAEN, na introducção á obra que escreveu em collaboração com DELALAIN, usa desta phrase: «Parmi les ŒUVRES LITTÉRAIRES, une place à part doit être faite AUX ARTICLES DE JOURNEAUX ET REVUES. (2)

Aos jornaes e revistas refere-se a lei hungara de 26 de abril de 1884, art. 2.º, cuja traducção franceza é a seguinte:—Pour les œuvres littéraires composées d'articles de plusieurs personnes et considérées comme formant un seul tout, le rédacteur en chef bénéficie, comme les auteurs, de la protection

(2) *Propriété littéraire et artistique* I, p. L.

légale. Le droit d'auteur appartient, pour chaque article séparé, à chaque collaborateur. ⁽³⁾

Mais positiva é ainda a lei luxemburgueza de 10 de maio de 1898, art. 1.^o, 2.^a parte, cujo edicto muito se aproxima do da lei patria citada.—L'expression *œuvre littéraire et artistique* explica o legislador do Grão Ducado de Luxemburgo, comprend les livres, brochures, et *touts autres écrits...* enfin toute production quelconque du domaine littéraire ou artistique, *qui pourrait être publiée de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.* ⁽⁴⁾

Si toda producção do dominio litterario, que pode ser publicada por qualquer modo é—*obra litteraria*, o jornal e a revista devem ser incluídas nessa designação.

E tanto isto é verdade que os redactores da lei allemã, de 11 de junho de 1870, sentiram necessidade de, na hypothese a que nos estamos referindo, declarar que não comprehendiam as revistas *entre as obras compostas de fragmentos de auctores diversos* ⁽⁵⁾. Não cumpre agora verificar si essa é ou não a bôa doutrina. Mas o facto de se sentirem obrigados áquella confissão, claramente indica não ser uma extravagancia a inclusão dessas producções na classe das obras litterarias.

Realmente si era absurdo fazer similhante classificação, era inutil a ressalva.

Em relação ao art. 1.652, II e 1.725, I ⁽⁶⁾ o commentario assume um tom mais causticante, fazendo-se, a chasquear, a observação seguinte: «Levase a cacologia até ao *ridiculo*, appellidando com a

⁽³⁾ Op. cit., I, p. 143.

⁽⁴⁾ *Clunet*, 1899, p. 508.

⁽⁵⁾ LYON CAEN et P. DELALAIN, op. cit., I, p. 55, not. 3.

⁽⁶⁾ *Projecto primitivo*, art. 1.882, 1.^o

designação de escriptor o individuo, talvez nem escrevedor ou escrevente, chamado pelo testante impedido ou analfabeto para por elle escrever o testamento.» (*Parecer*, p. 3, 1. col.) «Esta extravagancia reproduz-se no art. 1.875» (*Parecer*, p. 181, 1.^a col.)

Quando isto li, vieram-me á lembrança umas palavras de EMILIO LITTRÉ, nas quaes a delicadeza, talvez melhor dissera a uncção, desfarça a monitoria subtil.

O celebre estudo critico de S. MILL, sobre AUGUSTO COMTE e o positivismo, termina por uma phrase que soou mal aos ouvidos do bondoso e meigo LITTRÉ: But in an age less tolerant of palpable absurdities, and to which those he has committed, if not in themselves greater, at least appear *more ridiculous* (7).

Desta ultima phrase da obra, a ultima palavra, a que ha de ficar gravada no ouvido e na mente do leitor é—*ridículas*.

Doído com o deprimente epitheto applicado a um pensador digno de respeito por seu valor e por sua sinceridade, reflexiona o sabio divulgador do positivismo, em sua feição puramente scientifica: «O que offende meu sentimento de equidade e até de artista é que esta palavra seja a ultima, com que se deixe o leitor, e que uma phrase digna do Sr. COMTE e do Sr. MILL não volva o espirito á contemplação das grandezas do homem e da sua obra.» (8)

Aliás uma pagina antes o philosopho inglez tivera, para com o creador da escola positivista, palavras de generosa e tocante emoção. (9)

(7) *Comte and positivism*, London, 1866, p. 200.

(8) *Fragments de philosophie positive*, Paris, 1876, p. 244.

(9) *Comte and positivism*, p. 199: Other may laugh, but we could for rather weep at this melancholy decadence of a great intellect.

Não por mim que nada sou, mas por alguns homens distinctissimos que tomaram parte na elaboração do *Projecto* de Código Civil brasileiro, lastimo sinceramente deparar no Parecer senatorial certos adjectivos deprimentes, vocabulos depreciativos e um tom geral de mordacidade e menosprezo que avultam ainda mais por virem do Senado e se referirem á Camara. ⁽¹⁰⁾

Mas passemos cautelosamente por essas arestas cortantes sem dellas muito nos approximar, ponderando que *escriptor* é aquelle que escreve, pela mesma razão que *subscriber* é o que subscreve, *prolator*, o que profere, *recededor*, o que recebe.

Si a designação—*escriptor* se applica especialmente ao productor de obras litterarias, não será isso razão invencivel para recusarmos a mesma denominação a quem escreve cousa diversa.

O uso juridico deve tambem ser levado em conta, e foi elle que auctorisou os redactores do *Projecto* a empregarem o vocabulo *escriptor* na accepção censurada.

COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 681, *escholio*) deporá em favor da existencia do uso que agora invoco, falando assim: «a Ord., quando diz que nesta disposição o testador ou *escriptor* do testamento seja tido no lugar do tabellião, dá lugar a entender que o acto ficou authenticico e concluido.»

TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, art. 1.060 e §§) contempla, entre as solemnidades do testamento particular: «que intervenham cinco testemunhas varões

⁽¹⁰⁾ Vejam-se ainda como exemplos de dureza de expressões: p. 90—*disposição mal amanhada*; p. 91—*embrulhadamente redige*, p. 99—*balburdiando....extravagancia*; p. 107—*não tem grammatica nem senso*; p. 144—*expressão original e ridicula*; p. 171—*é o cumulo da simplicidade no pleonasmio*. Simplicidade aqui vale por tolice. O tom escarninho é o dominante no *Parecer*.

e maiores de quatorze annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario do testamento. »

CARLOS DE CARVALHO, tractando do mesmo assumpto, repete as palavras de Teixeira de Freitas : «que intervenham cinco testemunhas, varões e maiores de 14 annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario da testamento. »—(*Direito civil brasileiro*. art. 1.765).

Como não extranhar a aspereza caustica do commentario, si a linguagem usual entre os doutos auctoriza o emprego do vocabulo no sentido em que o tomou o *Projecto*?

O art. 1.142 provoca este reparo : « Porque resgate, aqui e no art. 1.144 ?

Na retrovendição, o termo technico para designar o resgate é *retracto*.

Ver Codigo Civil port. art. 1.588 e T. DE FREITAS, *Consolid.* n. 51 ao art. 351. » ⁽¹¹⁾

Não contestarei os foros do vocabulo *retracto*, de que me servi no *Direito das obrigações* ⁽¹²⁾; mas afirmo que os seus titulos não são melhores do que os de *resgate*.

Abro o *Codigo Civil portuguez annotado* por DIAS FERREIRA, na parte referente ao artigo invocado ⁽¹³⁾, e, nos esclarecimentos que ahi se desenvolvem, nem uma vez sequer deparo o termo inculcado como technico. Em logar d'elle, o que se encontra é *remissão*.

Ora o commentador não repeteria sete vezes na mesma pagina a palavra *remissão*, sem um certo proposito ; não evitaria systematicamente o emprego do vocabulo *retracto*, que lhe estava indicando a lettra da lei, si a sua educação juridica lhe não tivesse

⁽¹¹⁾ *Proj. primitivo*, arts. 1.281 e 1.285.

⁽¹²⁾ § 147, 4.º

⁽¹³⁾ Vol. IV.

desenvolvido sympathias em favor de outra dicção. E esta supposição como que se confirma ao recordarmos que é esse mesmo commentador quem contesta a exactidão da phraseologia juridica do Codigo Civil portuguez. São delle estas palavras: « O Codigo seria um trabalho completo, si houvesse mais cuidado com a redacção juridica, que, em vez de ser tão trabalhada como a redacção grammatical, foi sempre preterida por esta. » ⁽¹⁴⁾

Remissão é o termo de que se servem COELHO DA ROCHA e CORRÊA TELLES, quando tencionam designar, por um substantivo, o direito reservado ao vendedor de recobrar o objecto vendido, mediante certas condições. ⁽¹⁵⁾ *Direito de remir* é também expressão empregada quer pelos auctores citados quer por outros. ⁽¹⁶⁾

Ora *remir* e *resgatar* são vocabulos de significação identica, segundo se vê em AULETTE, por exemplo: REMIR, v. tr.—redimir, *resgatar* etc.; RESGATAR, v. tr.—*remir* ou livrar do captiveiro a troco de presentes ou de dinheiro etc. Portanto é possível substituir a *remissão* de que se servem os escriptores citados pelo synonymo que o *Projecto* preferiu. E a razão dessa preferencia é que a palavra *remissão* já se applica em direito para traduzir factos differentes. Temos a *remissão* das dividas, a *remissão* hypothecaria, a *remissão* dos bens do executado.

Cumpria não concorrer para a confusão da linguagem da lei, mantendo a mesma expressão para significar ainda outra relação de direito.

⁽¹⁴⁾ *Codigo civil portuguez annotado*, por JOSÉ DIAS FERREIRA, Lisboa 1870—1876, vol. I.

⁽¹⁵⁾ *Ins.* § 823, texto e escholio; *Doutrina das acções*, ed. T. de Freitas, § 127.

⁽¹⁶⁾ *Suzano*, á Ord. 4, 4,

O art. 1.429 ⁽¹⁷⁾ incorre em censura por ter fallado em *direito de accrescer* a proposito de constituição de renda, quando a expressão é peculiar á theoria da successão. ⁽¹⁸⁾

Mas o que se entende por direito de accrescer? E' o instituto em virtude do qual ao herdeiro ou legatario se transfere o quinhão do coherdeiro ou collegatario conjuncto que não poudes ou não quiz adir á herança. Funda-se na vontade presumida do testador.

Ora, a constituição de renda pôde resultar de uma disposição de ultima vontade. Portanto pode-se lhe applicar, nesse caso, com toda a propriedade o direito de accrescer, salvo si o legislador entender que certas condições especiaes da figura juridica intitulada constituição de renda reclamam que para ella se abra uma excepção ao principio. Essas condições existem, e por terem impressionado os redactores do *Projecto* é que o art. 1.429 adverte de que, *sem declaração expressa*, não se dará accrescimento na constituição de rendas.

Não procede consequentemente a censura, quando a renda fôr constituida por testamento.

Procederá em relação ao caso em que fôr da classe dos *inter vivos* o acto que lhe servir de base? Absolutamente não, porque a analogia das situações juridicas é manifesta.

Ha dois ou mais consortes beneficiados conjuntamente, com o direito de perceber, periodicamente uma certa prestação. O titulo desse direito poderá differir, segundo fôr uma disposição testamentaria

⁽¹⁷⁾ *Projecto primitivo*, art. 1.560. O art. 745 suscita o mesmo réparo (*Proj. prim.*, 839).

⁽¹⁸⁾ *Parecer*, p. 3, 1.ª col., 106 e 160.

ou uma doação entre vivos, mas a situação jurídica é a mesma.

E a analogia das cousas auctorisa o uso do mesmo nome para significar-as.

Vindo o legislador brasileiro tão posteriormente a muitos outros seria realmente estranho que fosse o primeiro a lobrigar essa analogia tão mal escondida. Mas a verdade é que muitos dos codigos, citados pelo *Parecer* em seu apoio, suffragam antes o dizer do *Projecto*. Taes são, por exemplo, o chileno e o argentino.

Não se pode, portanto, affirmar tão peremptoriamente *que não se depara nem um codigo civil (ao menos dos imitaveis)* onde se use da formula *direito de accrescer* com outra applicação além da que lhe é tradicional. ⁽¹⁹⁾

— La renta vitalicia podrá constituir-se a favor de dós ou mas personas que gocen de ella simultaneamente, CON DERECHO DE ACRECER o sin él, ou successivamente, segun él orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contracto.

Eis como fala o codigo civil chileno, art. 2.265. O argentino, art. 2084 consagra a mesma doutrina, mantendo a mesma locução. Cuando la renta vitalicia, diz elle, fuese constituida a favor de dós o mas personas para que la perciban simultaneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda a cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene DERECHO Á ACRECER.

O codigo civil do Uruguay, art. 2.162 reproduz o artigo citado do argentino com uma simples alteração de palavras que não influe sobre o que agora temos em vista.—Se debe declarar la parte que cor-

⁽¹⁹⁾ *Parecer*, p. 161.

responde á cada uno de los pensionistas, diz elle, y si él que de éstos sobrevive tiene o no DERECHO DE ACRECER.

A fonte destes dois ultimos codigos, assim como a do *Projecto* foi o art. 2.261 do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, onde se lê: « Quando fôr constituída ou reservada em proveito de duas ou mais pessoas para a perceberem simultaneamente, deve-se declarar a parte que a cada um dos pensionistas compete e si o pensionista sobrevivente tem DIREITO DE ACCRESCER.

O ponto juridico a fixar é si a reversibilidade da parte de um dos rendeiros conjunctos se presume ou deve resultar exclusivamente de clausula expressa, assumpto este que tem sido larga e proficientemente discutido em França.

O *Projecto* não podia deixar sem solução o problema, e acabo de mostrar que não foi infeliz nos termos de que se serviu, pois que os foi buscar em bôa fonte.

III

O capítulo das faltas de exacção na linguagem technica é abundante e vasto. Não o exgottaremos facilmente, ainda mesmo que marchemos com rapidez e somente nos detenhamos deante dos reparos mais graves.

O art. 18, n. XIV do *Projecto* estatue que se não pode matrimoniar:—*A mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo si, antes de terminado o referido prazo, der á luz algum filho.* ⁽¹⁾

Arremina-se o *Parecer* deante dessa proposição e declara que « não pôde haver maior embrulhada » ⁽²⁾ do que a exhibida nesta pequena amostra, pela incuria dos collaboradores do *Projecto*, além de outros motivos, porque « estão em palpavel desencontro, nesta disposição, a primeira e a segunda parte. » ⁽³⁾

Esta *embrulhada* vem do dec. n. 181, de 1890, art. 7 § 10, e os nossos juristas foram até hoje bastante felizes deslindando-a sem grandes gastos de argucia. Comprehenderam que a expressão usada pelo legislador—*separação judicial dos corpos* não significava a mesma cousa que desquite. Perceberam que na largueza d'aquella expressão havia ensancha apenas sufficiente, para, no lugar em que se achava, comprehender os casos de nullidade e annullação do casamento, nada tendo o dispositivo transcripto com o desquite ou divorcio canonico, não obstante lhe

⁽¹⁾ *Projecto primitivo*, art. 218 n. 13.

⁽²⁾ *Parecer*, p. 4, 1.ª col.

⁽³⁾ *Parecer*, p. 39, 1.ª col.

convir algumas vezes a designação de que aqui se tracta :—*separação judicial de corpos*.

Mas o *Parecer*, partindo da falsa premissa de que, na linguagem do *Projecto*, *separação judicial dos corpos* e *desquite* são expressões equivalentes, amontôa sombras onde o pensamento é claro.

Leia-se o art. 228 e se reconhecerá que, para o *Projecto*, a separação dos corpos se pode dar por decreto judicial : a) ou quando se pronuncia a nullidade do casamento ; b) ou quando a sociedade conjugal se dissolve em consequencia do desquite. Eis como se exprime o citado artigo : *A acção de NULLIDADE OU ANNULLAÇÃO DO CASAMENTO e a DE DESQUITE serão precedidas de uma petição do autor, documentada quanto baste para justificar A SEPARAÇÃO DE CORPOS, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.*

E ninguém dirá que realmente, em qualquer dessas hypotheses, não se dá a separação dos corpos em consequencia de uma ordem da auctoridade judicial.

A emenda não me parece mais feliz do que a critica. Diz ella : «A viuva ou a descasada por nullidade ou annullação do matrimonio, até dez mezes do começo da viuvez ou da *dissolução da sociedade conjugal*, salvo se, antes de findo esse prazo, der á luz algum filho. »

Ao jurista logo occorre uma objecção. Só se dissolve a sociedade que existe, e, si o casamento está inquinado de nullidade absoluta, não deu lugar a que se formasse a sociedade conjugal. Inexistente juridicamente, não pode produzir effeito em relação aos contrahentes e aos filhos, como preveniu o *Projecto*, art. 211. A excepção que se abre a este principio de logica irrecusavel, em favor da boa fé dos

que contrahiram casamento nullo, origina-se da intervenção benefica da equidade, não tem por base o rigor do direito.

E' certo que o *Projecto*, art. 322, acceitando doutrina pouco sustentavel da Commissão revisora do Governo (*Proj. rev.* art. 294), incluye, entre os modos de dissolução da sociedade conjugal, a declaração de nullidade do casamento. Mas, ainda que se possa invocar o exemplo da lei chilena de 10 de Janeiro de 1884, art. 37 e do codigo civil uruguayano, art. 1792, o equivoco é manifesto, si não tivermos o cuidado de restringir o alcance da phrase accrescentando que tal só é possivel, *quando o casamento fôr considerado putativo*.

Cumpre, portanto, desfazer esse equivoco e não erigil-o em poncto de apoio para a construcção juridica de que se cogita.

Si se tivesse attendido ao que acabo de ponderar, certamente os artigos referentes á constituição do dote se haveriam de bem comprehender como foram concebidos por quem os redigiu.

Suppõe o *Parecer* que nos arts. 307, 308, 309, 311, 313, 182 § 7 n. VI e § 9 n. I, 259 e 1.178, as palavras—*dissolução do matrimonio* se referem á nullidade ou annullação do casamento. ⁽¹⁾ E o argumento unico invocado para a sustentação de tão extranha affirmativa é que, «no art. 313, se determina como, *dado o desquite ou dissolvido o casamento*, os fructos dotaes que correspondam ao anno corrente, serão divididos *entre os dois conjuges*.» «Ambos os conjuges *estão vivos*», continúa o *Parecer*. «Nenhum

(1) Cumpre advertir que o *Projecto* primitivo usou, nos arts. 349 a 357, de expressões mais genericas:—*dissolução do matrimonio e separação dos corpos*.

falleceu. E, comtudo, segundo esses cinco artigos, o matrimonio *está dissolvido*; quando o art. 322 § unico terminantemente estabelece que só morrendo um dos conjuges, se dissolve o casamento, indissolúvel durante a co-existencia dos casados. » ⁽⁵⁾

Este argumento unico seria improcedente si fosse real; porquanto uma disposição especial referente ao dote não poderia ter força para destruir um principio geral que domina, no systema do *Projecto*, a constituição da familia.

Mas, além de improcedente, não encontra base nos dizeres do *Projecto*. O art. citado como fornecedor dessa clava desmoronadora da engrenagem do *Projecto* contém algumas palavras, além das que o *Parecer* transcreve, e essas palavras não podiam ser supprimidas sem prejuizo da integridade do pensamento. O art. 313 está redigido nos termos seguintes: *Dado o desquite ou dissolvido o casamento, os fructos doaes que correspondam ao anno corrente serão divididos entre os dois conjuges* OU ENTRE UM E OS HERDEIROS DO OUTRO, *proporcionalmente á duração do casamento no decurso do mesmo anno.*

As palavras em versalête, que o *Parecer* não viu, estão indicando que um dos conjuges falleceu, pois que só ha herdeiros de pessoa morta, e que a dissolução do casamento de que se tracta nos arts. citados, é sempre a mesma, é sempre a unica reconhecida pelo *Projecto*, isto é, a que resulta do fallecimento real, não bastando o presumido, de um dos conjuges.

Assim o «erro crasso», contra o qual flammejaram tantas phrases iracundas tem... as apparencias de um acerto. Por ter deixado de ler uma clausula

⁽⁵⁾ Arts. correspondentes do *Proj. prim.*:—349 a 356.

essencial do dispositivo, é que o illustre auctor do *Parecer* viu contradicção em vez de harmonia, confusão em vez de clareza, balburdia em vez de simplicidade correcta.

O art. 313 allude claramente aos casos de desquite e de morte. Si a separação provier da nullidade ou annullação do casamento, applicar-se-á o disposto no art. 226 combinado com o art. 238, segundo os quaes somente em relação ao conjuge de bôa fé se ha de considerar a união sexual como produzindo effeitos civis de casamento valido.

À bôa fé fará com que, a favor de ambos os conjuges ou somente em beneficio de um delles, a situação equivoca em que se acharam se equipare á sociedade dissolvida pela morte de um dos consortes.

Não havendo, porém, bôa fé, rigorosamente não houve dote, porque os pactos antenupciaes presumem a celebração do casamento e a sua efficacia legal, e porque o art. 238 do *Projecto* estatue que «declarado nullo o casamento *por culpa de um dos conjuges este perderá todas as vantagens havidas do innocente*.

Acceita, portanto, a emenda que a Comissão do Senado approvou, e dizendo-se no art. 313—*dado o desquite* ou annullado o casamento—, em primeiro lugar, deixa-se de contemplar o caso commum da *morte de um dos conjuges*, imprevidencia gravissima; e, em segundo lugar, dá-se a entender que, na separação dos corpos determinada por nullidade do casamento, se effectuará normalmente a partilha dos fructos, segundo a regra firmada no mesmo dispositivo; o que não é absolutamente acceitavel, perante a razão juridica.

E' indispensavel, penso eu, á vista das reflexões

que acabo de suscitar, que se restabeleçam os arts. 307 a 313 com a redacção que levâram da Camara. ⁽⁶⁾

Quanto aos arts. 182 § 7 n. VI. 259 e 1.178, cumpre dar mais alguns esclarecimentos. ⁽⁷⁾

Referem-se o primeiro e o setimo ás doações que o conjuge adultero fizer ao seu cumplice, e o segundo aos actos praticados pela mulher sem auctorisação marital, decretando que a nullidade desses *negotia juris* pode ser pedida ou durante a permanencia do casamento ou até certo prazo após a dissolução do vinculo matrimonial.

E' justamente do *ligamen* creado pelo matrimonio legalmente celebrado que ahi se tracta e não da sociedade conjugal que desapparece pelo desquite.

Não ha difficuldade em reconhecê-lo. Considere-se em primeiro logar, a hypothese da doação do conjuge adultero. E' uma injuria irrogada ao consorte, e, é em desaffronta da dignidade da familia, do respeito que os conjuges devem um ao outro, e da obrigação de mutua fidelidade por esse modo menos-presada, que a lei concede ao conjuge offendido pela indecorosa liberalidade do outro, o direito de a desfazer.

Porque no regimen da communhão universal ou limitada, essa liberalidade acarreta prejuizo á meação do conjuge innocente, e ainda para reforçar a

⁽⁶⁾ Art. correspondente do *Proj. prim.* :—1.317. Devo observar, de passagem, que é necessario harmonisar os prazos estabelecidos nos arts. 182 § 7 n. VI e 182 § 9 n. III do *Proj.* da Camara. O primeiro é de dois annos e o segundo de quatro. No entanto as hypotheses são perfeitamente analogas e no *Proj. prim.* eram tractadas com egualdade (art. 290 cbn. com 289 n. 2 e 1.317).

⁽⁷⁾ Auctorisam-me o emprego da palavra *esposo* no sentido de conjuge: AULETTE, *Diccionario Contemporaneo* e LATINO COELHO, *Theatro*, I, pag. 152, linha 16 e pag. 218, linhas 12 e 22.

reacção legal contra a immoralidade, o direito de annullar a doação passa do conjuge aos seus herdeiros. Comprehende-se bem a intenção do legislador e vê-se o alcance do dispositivo.

Mas supponha-se que, por esse mesmo facto, ou por outros aos quaes elle se associe, os esposos se desquitaram. Já o facto injurioso produziu as suas naturaes consequencias, destruindo a associação conjugal, dispersando a familia. Já o conjuge innocente desaffrontou a sua dignidade e a moralidade social, obtendo o divorcio. Já o culpado foi punido, soffrendo os effeitos que a lei faz recahir sobre o conjuge que, por seu proceder, deu causa á desaggregação da familia. Porque e em nome de que principio, ainda se viria, passados annos, levantar novamente o véo do esquecimento e da quietude que cobria essa magoa ou essa miseria? Depois de attendidos, pelo divorcio, os resentimentos que um conjuge tinha do outro, e depois de liquidados os seus interesses economicos, não ha razão juridica sufficiente para se virem levantar novas questões sobre o mesmo assumpto, ou seja o proprio divorciado quem as levante, ou sejam os seus herdeiros, o que ainda mais improcedente será. O divorcio deu satisfação a todos os reclamos e pôz termo á situação juridica em que se achavam os conjuges antes de desquitados.

Foi esse o pensamento do *Projecto*, e supponho que não lhe recusarão a sua approvação os que o considerarem de animo desprevenido.

Mas, si assim é, não deve ser admittida a emenda que nos arts. citados manda dizer *dissolução da sociedade conjugal* em vez de dissolução do casamento, como intencionalmente se expressara o *Projecto*.

IV

No art. 4 da lei preliminar, tentaram os redactores do *Projecto* condensar os principios geraes da revogação quer expressa quer implicita da lei ⁽¹⁾, dizendo :- *A lei só pode ser derogada ou revogada por outra lei posterior em contrario; mas a disposição especial anterior não revoga a geral anterior, nem a geral posterior revoga a especial anterior, sinão quando a ella se referir para alteral-a explicita ou implicitamente.*

Apezar do que se diz no *Parecer* ⁽²⁾, acho mais incisiva, mais energica, a formula do *Projecto*, do que a da emenda. Prefiro, neste caso, a «conjugação paraphrastica, mediante o auxilio do verbo ser», para dar uma expressão mais frisante ao pensamento, e não acho razão sufficiente para refugal-a o pretendido mau som resultante da combinação das duas palavras *só* e *pode*. Ou havemos de reconhecer que o portuguez é lingua aspera, pouco malleavel e sem plastica, visto serem inevitaveis semelhantes combinações de sons, ou que são excessivos os escrúpulos, aliás somente agora revelados pela critica.

Mas certamente não pederia a attenção dos leitores para este reparo, si cousa de maior interesse não me parecesse estar envolvida na emenda.

Supprime ella as noções de *posterioridade* e *contrariedade*, essenciaes ao conceito da revogação, mas não evidentes de modo tal que se os possa calar sem prejuizo da limpidez do pensamento.

Desde os legisladores romanos até os de nossos

⁽¹⁾ *Projecto primitivo*, arts. 8 e 9 da lei de introd.

⁽²⁾ Pag. 2.

dias, todos sentiram a necessidade mental de accentuar que a acção revogatoria de uma lei sobre outra é uma reflexão da posterior sobre a anterior, sem a qual esta continuaria actuando sobre as relações jurídicas.

Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores ad priores pertinent. São palavras de PAULO no D. 1, 3, frs. 26 e 28. MODESTINO tambem diz no D. 1, 4, fr. 4: *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quæ ipsas præcesserunt.* E Tertuliano insiste: *antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est* (D. 1, 3, fr. 27).

O dec. de 6 de julho de 1693 por sua vez não se esqueceu de enunciar a relação de posterioridade, segundo a ementa que nos dá NOGUEIRA COELHO ⁽³⁾: *Lei posterior deroga a anterior na parte em que especialmente dispõe.*

Abro ao acaso um dos nossos auctorisados escriptores de direito civil e leio: «Dá-se a abrogação expressa, quando, por uma lei nova ou posterior, se declara que outra lei precedente ou anterior deixará de ser executada.» ⁽⁴⁾

Entre os codigos civis estrangeiros, são muitos os que auctorisam este modo de dizer.

Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori etc., estatue o codigo civil italiano, art. 5 das disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis. O hespanhol expressa-se tambem por este modo: Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores (art. 5). São do chileno, art. 52, as palavras seguintes: La derogacion de las leyes po-

⁽³⁾ Apud. TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de direito*, pag. 362, ed. Garnier, 1882.

⁽⁴⁾ LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuguez*, Coimbra, 1848, I, pag. 40.

drá ser espresa o tacita. Es espresa, quando la *nuova* ley dice espresamente que deroga la *antigua*. Es tacita, quando la *nuova* ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley *anterior*. Linguagem identica é a do uruguayano, art. 10, e similhante a do mexicano, art. 8.

Ainda nos escriptores estrangeiros não seria difficil deparar exemplos em apoio da linguagem do *Projecto*. Limito-me a citar um. CHIRONI, falando da cessação da força obrigatoria da lei, depois de alludir á revogação tanto geral quanto parcial, explica: Il primo caso si avverà, quando il legislatore abbia con disposizione *posteriori* tolto forza a tutta la legge *anteriore* (*abrogazione*) o da parte de essa (*derogazione*). ⁽⁵⁾

Eis ahi, em todos esses auctores e codigos, juriconsultos e legisladores, posto em relêvo o elemento da posterioridade na acção revocatoria da lei.

O mesmo, talvez com razão maior, se deve dizer do elemento que traduz a idéa de opposição ou incompatibilidade. Não é, portanto, uma expletiva superflua, a que se depara na locução adverbial — *em contrario* de que se serve o *Projecto*.

Sem essa condição a lei posterior, não annullará nenhum dispositivo da anterior, salvo si o fizer por declaração expressa.

Não diz o *Projecto*, como suppoz o *Parecer*, que é indispensavel fazer-se a declaração de que se acham revogadas todas as disposições em contrario. Não foi, portanto, adequada a invocação da auctoridade de PLANIOL.

O douto civilista francez condemna, por inutil, a declaração que costuma apparecer como fêcho de

⁽⁵⁾ *Istituzione*, I § 20.

todas as leis : *revogam-se as disposições em contrario*. O principio da abrogação tacita é sufficiente, diz elle, e todos os juristas se hão de inclinar deante da verdade dessa affirmação.

Mas o *Projecto* não exige que a lei contenha essa viciosa precaução. Quer apenas que a lei posterior disponha em sentido opposto ao da lei anterior, se mostre incompativel com ella. Nisto é que consiste a revogação tacita.

Les lois régulièrement promulguées et publiées conservent une autorité tant qu'elles existent, et elles existent tant qu'elles n'ont pas été détruites par une loi *contraire*.

La destruction ou anéantissement d'une loi par une autre loi, constitue *l'abrogation*.

L'*abrogation est expresse* ou *tacite*, suivant qu'elle résulte d'une déclaration formelle du législateur, ou de l'incompatibilité qui existe entre les dispositions d'une nouvelle loi et celles d'une loi ancienne. On admet, en cette matière, qu'une loi spéciale n'est jamais tacitement abrogée par une loi générale. ⁽⁶⁾

Estas palavras do circumspecto THEOPHILO HUC expõem toda a doutrina reflectida no art. 4 da lei preliminar do *Projecto* brasileiro, do qual constitue o melhor commentario.

Passemos a outro ponto.

A emenda ao artigo primeiro do *Projecto*, *parte geral*, não me parece acceitavel, nem fundado em boa razão o commentario que a explana.

As palavras do *Projecto* são estas : Art. 1.^o *Este Codigo regula os direitos e as obrigações de caracter privado, das pessoas quer naturaes, quer juridicas, entre si e em relação aos bens.*

⁽⁶⁾ *Commentaire* I, n. 47.

A emenda, para evitar o adjectivo *privado*, que lhe desagrada, transforma aquelle enunciado, que já se me afigura por demais restricto, na proposição seguinte: *Este codigo regula os direitos e obrigações PARTICULARES concernentes ás pessoas, aos bens e ás suas relações.*

Nada quero dizer quanto ao complemento—as suas relações, porque não será certamente ás relações dos bens que allude o artigo correcto. Mas está me parecendo que si fôra do *Projecto* aquelle modo de dizer, logo lhe faria a critica a interrogação que, em muitos passos, reproduz: relações de quem? Dos bens ou das pessoas? ⁽¹⁾

O que importa notar é que o qualificativo *particulares* não substitue satisfactoriamente o epitheto —*privadas*, no caso em questão. Obrigações particulares serão obrigações especiaes, em opposição ás geraes, e não obrigações de character privado em opposição ás de feição publica.

Seria de todo inconveniente que por motivo de ogerisa infundada a um nome, se o excluísse do Código civil, quando na linguagem corrente, scientifica ou commum essa dicção é que mais precisa e exactamente traduz a idéa que se tem em vista.

«Aliás não sei para que esse texto», observa o commentario. «Nem o codigo civil, francez, nem o portuguez, nem o hespanhol, nem o chileno, nem o argentino, nem o italiano, nem o montenegrino, nem

(1) Realmente, em muitos passos, o *Parecer* arvora o principio da proximidade para a referencia do adjectivo possessivo á cousa possuida em regra inflexivel, sem modificação, sem a tolerancia de um ligeiro desvio auctorisado pela evidencia do pensamento. Vejam-se: pag. 30, nota ao art. 154; pag. 72, commento ao art. 423; e ainda outros ponctos em que se insiste sobre esse preceito.

No emtanto aqui se depara uma flagrante infracção da norma considerada inamolgavel.

o allemão, nem o ante projecto do codigo civil suisso encerram disposição semelhante. ⁽⁸⁾

O fim desse texto é determinar, numa formula geral, o objecto doCodigo civil, fazendo as vezes de uma definição que, aliás, seria ahi descabida. Apresenta elle a synthese doCodigo, o seu campo de acção e o seu modo de actuar sobre as relações humanas.

Sempre me pareceu vantajoso abrir-se oCodigo civil por essa declaração que valia por uma janella aberta sobre a perspectiva desdobrada em face do observador. E essa minha convicção foi corroborada pelas observações de ENDEMANN aoCodigo civil allemão. ⁽⁹⁾ Mostra o preclaro expositor de direito civil que, ao preparar-se oCodigo civil era a ocasião mais azada para se fazer exacta descriminação entre a materia do direito civil e a dos outros dominios juridicos, particularmente do direito publico e do processual, até porque o codigo veio abrogar todas as leis locaes concernentes ao direito privado, salvo os casos expressamente reservados.

Não foi simplesmente a novidade da empreza que fez recuar o legislador tudesco deante de uma definição ou de uma enumeração da materia propria do direito civil. Mais talvez tivessem pesado em seu espirito as difficuldades da tentativa. ⁽¹⁰⁾ Mas, pondera o sensato jurista, não se tractava de obter uma definição exhaustiva e rigorosamente scientifica. Devia aproveitar-se a opportunidade para dar, numa

⁽⁸⁾ *Parecer*, pag. 10. 1.^a col.

⁽⁹⁾ *Einfuehrung* I, p. 86.

⁽¹⁰⁾ *Einfuehrung* cit. pag. 29: Zum Verzichte auf eine gesetzliche Definition oder eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Gebiete des burgerlichen Rechtes bewog indessen aufs Neue die Schwierigkeit eines solchen Versuches,

formula concisa e frisante, a verdadeira noção do direito privado e separar a sua materia da do direito publico. Era o sufficiente. ⁽¹¹⁾

Inspirou-se nestas idéas o *Projecto* brasileiro e agora o censuram por isso. Bem difficil é contentar a critica.

E não está assim desacompanhado, como se pretende fazer acreditar, o artigo primeiro do *Projecto*. Pode invocar precedentes honrosos. O Codigo civil d'Austria encabeça os seus preceitos pelo artigo que passo a transcrever :

Der Ingebriff der Gesetze, wodurch die Privat Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates, unter sich bestimmt werden macht das buergerliche Recht indemselben aus. O que pode ser trasladado a portuguez pelo modo seguinte: O complexo das leis, que determinam os direitos e deveres privados dos habitantes do Estado entre si, constitue o direito civil.

O codigo civil portuguez incluído foi pelo *Parecer* entre os que desabonam o systema do *Projecto*. No emtanto o seu artigo 3 bem pode ser aponctado como uma das fontes em que se inspiraram os redactores do flagellado ensaio de codificação do direito civil patrio.

Verifiquem por si os que me lerem.

Eis o art. 3 do Codigo civil portuguez :

SE OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES SE LIMITAM ÀS RELAÇÕES RECIPROCAS DOS CIDADÃOS ENTRE SI, COMO MEROS PARTICULARES, OU ENTRE OS CIDADÃOS E O ESTADO EM QUESTÕES DE PROPRIEDADE OU DE DIREITOS PURAMENTE INDIVIDUAES, ESSES DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONSTITUEM A CAPACIDADE CIVIL DOS CIDADÃOS, DENOMINA-SE DI-

(11) Op. cit. I pag. 29 nota 5,

REITOS E OBRIGAÇÕES CIVIS E SÃO REGIDOS PELO DIREITO PRIVADO CONTIDO NO CODIGO CIVIL, *excepto na parte que é regulada por lei especial.*

Não falta ao dispositivo que o *Projecto* collocou justamente no portico da *parte geral* nem o apoio dos precedentes, nem a egide efficaz das auctoridades, nem a razão de utilidade.

Ainda neste lanço, se me afiguram improcedentes as observações do *Parecer*, sustentando que as expressões que enformam o art. 1.^o do *Projecto*, na sua parte geral, não traduzem com exactidão e rigor tudo quanto deviam comprehender.

A formula do art. 1 é a do *Projecto* revisto, condensado pelo Sr. Andrade Figueira ⁽¹²⁾ e, ao meu ver, abrange os direitos e obrigações de ordem privada, inclusive os que são irradiações da personalidade e os que são organicos ás pessoas jurídicas.

Todo direito é uma relação entre dois termos, o *sujeito* e o *objecto*, e esse objecto ou ha de ser o proprio homem em seu corpo e em suas faculdades mentaes ⁽¹³⁾, ou uma acção de outro homem, ou, finalmente o mundo material externo e distincto do ser composito de cada homem e n favor do qual o direito existe.

«Ter um direito, ensina o grande IHERING, significa :—alguma cousa existe para nós, o poder publico o reconhece e nol-o assegura. O que, porém, existe para nós pode ser :

1) *Nós mesmos.*

A expressão juridica desse facto é o direito da *Personalidade*. O fundamento ethico desta noção é o principio: o homem é fim de si mesmo. O escravo não existe para si, mas para o seu senhor,

⁽¹²⁾ *Projecto* rev. art. 1. : *Trabalhos* VI, pag. 81.

⁽¹³⁾ KOHLER,—*Einf. in die Rechtswissenschaft* § 16,

não tem em si o seu proprio fim, é apenas meio para fins alheios.

O que existe para nós pode ser :

2) *Uma cousa.*

A expressão desta relação que destina as cousas á satisfação de nossos fins é o direito das cousas ou a propriedade no sentido mais amplo. (E' neste sentido que os philosophos e os economistas costumam empregar esta expressão. Abrange ella, então, a propriedade no sentido dos juristas, a posse, o direito sobre cousas alheias e o direito hereditario).

O que existe para nós pode ser:

3) *Uma pessoa*, seja em sua totalidade e com reciprocidade (*relações de familia*), seja em razão de prestações isoladas (obrigações).

O que existe para nós pode finalmente ser :

4) *O Estado.*

A expressão juridica desse facto, sua relação attributiva de direitos é a *cidadania* ⁽¹⁴⁾.

Consequentemente dizendo o Codigo civil que todos os direitos se reduzem a relações da pessoas entre si e em referencia aos bens, exgottou a materia, muito embora pudesse particularisal-as, separando o direito da personalidade, o da familia e dos bens.

Por outro lado, só existem direitos, isto é, poderes de acção, entre homens e dentro da sociedade. Os proprios direitos organicos das pessoas juridicas, somente existem enquanto importarem *afirmações juridicas da existencia dessas pessoas em frente* a outras pessoas naturaes ou juridicas. O direito não constitue um conceito absoluto, uma idéa de

⁽¹⁴⁾ IBERING, — *Der Zweck cim Recht*, I pag. 66. Leipzig. 1884.

relação. E', para quem o possui, uma faculdade, um poder. Sobre os outros actúa exigindo que o respeitem, sob pena de invocar, em seu favor a protecção coactiva do poder publico.

V

Reza o art. 2 : «Todo o *ser humano* é capaz de direitos e obrigações na ordem civil». E o art. 4, descortinando outro aspecto da mesma idéa :

«A personalidade civil do *ser humano* começa do nascimento com vida ; mas, desde a concepção, a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Exprobam-se estes dispositivos por empregarem a expressão *ser humano* em vez do vocabulo—*homem*.

E' certo, como pondera o *Parecer* ,⁽¹⁾ que no *Projecto primitivo* havia mais fortes motivos para se preferir aquella dicção ; mas nem por ter desapparecido a idéa que exigira esse revestimento adequado, valeria a pena fazer a alteração. Será impossivel que o Senado restaure a doutrina rigorosamente logica do *Projecto primitivo* e do *Esboço*, segundo a qual a pessoa começa a existir, desde que é portadora de direitos, isto é, desde a concepção ? Si não é impossivel, e si parece inapplicavel ao feto, ao embrião, a designação de homem, porque, ao menos, não esperar pela solução definitiva da pendencia ? Allega-se que o Codigo civil portuguez, art. 1, usa da palavra—*homem*, como o allemão, art. e tambem o projecto Suisso. Quanto ao Codigo Allemão 1, peço venia para advertir que *der Mensch* corresponde exactamente a *ser humano*, porque a lingua allemã distingue entre *homo* (*der Mensch*) e *vir* (*der Mann*). Attendeu a essa distincção o provector ERNESTO LEHR, quando traduziu o art. 7 do Codigo civil de Zurich.

As palavras do Legislador Zurichense são estas : *Jeder Mensch ist in der Regel allés Privatrechts faehig.*

(1) Pag. 12.

Kein Mensch ist rechtlos. O erudito conselheiro da embaixada de França na Suíça passou-as, deste modo, para o francez: En principe, *tout être humain a capacité pour l'ensemble des droits civils.* Nul *être humain* n'est sans droits. E explica em nota: «Vertemos o palavra *Mensch* do texto allemão por *ser humano*, para evitar toda confusão entre *vir* e *homo*».

Não é tão profunda a ignorancia ruidosamente apregoada dos collaboradores do *Projecto*, a poncto de não saberem que o appellativo *homem* designa a especie humana, nem que *hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur* (D. 50, 16, fr. 152). Reflectidamente escolheram uma expressão isempta de quaesquer laivos de equivoco e, sobretudo, capaz de corresponder á extensão toda do pensamento do legislador.

A locução *ser humano*, sobre ser mais vigorosa, mais extensa e mais flexivel, tem, na parte geral do Codigo civil, um alcance para o qual mais uma vez chamo a attenção dos legisladores do meu paiz. Ella exclue o requisito da forma humana de entre as condições necessarias para que se attribua a alguem a personalidade civil. E não era extranho cogitar da persistencia desse romanismo, quando o Codigo civil portuguez, art. 110, o peruano, art. 4, o mexicano, n. 303 e o hespanhol, art. 30, ainda o consagram de modo expresso, ou indirectamente o mencionam.

Resolve tambem a questão da *viabilidade* (2).

(2) Apesar da reverencia com que encaro sempre as lições do *Parecer*, continúo distinguindo entre *viabilidade*, aptidão para a vida extra-uterina, e *vitalidade*, força, exuberancia de vida ou qualidade do que tem vida. Esta é susceptivel de augmento ou diminuição, pode ser maior ou menor, variar com as circumstancias, e tanto se diz do recém-nascido quanto do adulto. Aquella é uma qualidade especial do rescemnascido, e qualidade, por assim dizer, absoluta

Si todo ser humano é capaz de direitos, não temos que indagar si, ao nascer, se mostra elle com forças de prolongar a sua existencia, no meio novo em que se acha. Basta-nos saber que existe.

Em conclusão, si o Codigo civil portuguez prefere dizer *homem*, quando o *Projecto* diz *ser humano*, á sua auctoridade se pode contrapor a de outros productos legislativos de igual respeitabilidade.

Eis aqui como se expressa o Codigo civil argentino, art. 51: Todos *los entes* que presentasen signos caracteristicos de humanidade, sin distincion de cualidades ó accidentes son personas de existencia visible.

O Chileno, por sua vez, estatue, art. 55: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

O do Uruguay, art. 21: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

E o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 35: «Todos os entes que apresentem signaes caracteristicos da humanidade, sem distincção de qualidades ou accidentes, são pessoas de existencia visivel.»

As correcções feitas ao art. 5 do *Projecto* são de menor monta, pois não envolvem materia de doutrina; mas, não obstante, pedem alguns ligeiros reparos.

O principio do citado artigo preceitúa: «São absolutamente incapazes de exercer *por si* os actos da vida civil: I os menores etc.

A emenda retira o adjuncto adverbial—*por si*, para em seu logar, escrever—*pessoalmente*: «São

Ou a creança desprende-se, das visceras maternas, viavel ou não. Mais viavel ou menos viavel é que, ao menos para o direito, não teria sentido. Vide LITTRÉ ET ROBIN—*Dict de Méd.* verb. *Viabilité*, e BROUARDEL, *Mariage*, Paris, 1900, pag. 178—179,

absolutamente incapazes de exercer *pessoalmente* os actos da vida civil»...

Dois inconvenientes descubro no vocabulo preferido. Parece mal escolhido no momento em que se está expondo a theoria das pessoas, e faz suppôr que os menores de quatorze annos, os loucos de todo genero e os ausentes podem confiar o exercicio de seus direitos a mandatarios eleitos por sua vontade.

A formula do n. IV do mesmo artigo,—os ausentes *declarados taes em juizo*, suscita objecções. «Declarados por quem»? Interpella o *Parecer*. «Não diga a lei mais, continúa admoestando, mas tambem não diga menos do que deve, para exprimir o que quer». (3)

No emtanto a linguagem do *Projecto*, nesta passagem, pensava eu que fosse genuinamente juridica, por vel-a reproduzida em mestres que apuraram as finas qualidades de seu espirito n'uma educação exclusivamente juridica. TEIXEIRA DE FREITAS (4) e NABUCO (5) disseram ambos—*declarados taes em juizo*, e diariamente se repete essa expressão em papeis juridicos.

Todos sabem que declarado em juizo quer dizer declarado pelo juiz no exercicio de sua jurisdicção, a requerimento de um interessado.

Esta ultima circumstancia, que a linguagem usual presuppõe inclusa na formula do *Projecto*, não se pode subentender na phrase da emenda. *Por acto do juiz* tanto pode indicar o exercicio da jurisdicção honoraria por solicitação dos interessados quanto o desenvolvimento da auctoridade judiciaria

(3) *Parecer*, pag. 13, 1. col.

(4) *Esboço*, arts. 41, ns. 3 e 5 e 107,

(5) *Projecto*, art. 16 n. 3,

por determinação propria, deante de qualquer circumstancia que o solicite. Até parece que é mais propriamente essa manifestação espontanea do *imperium mixtum* que se quer significar, quando se usa da formula—*por acto do juiz*. No emtanto bem outra deve ser a intenção do legislador.

Por uma facil transição, irei passando das pretendidas impropriedades da terminologia do Projecto para as que se me afiguram reaes, o *Parecer*.

Pela remodelação que soffreu o art. 9 § unico, a idade de dezoito annos é somente requisito necessario para a declaração da maioridade dos tutelados. A emancipação dos filhos—familias pode verificar-se em qualquer idade. Mas não ha razão alguma que justifique essa differença no tractamento dos menores, e foi pensamento do *Projecto* fixar a mesma idade de dezoito annos para a concessão da capacidade juridica por antecipação. E' a emenda que o faz manquejar neste passo.

Diz ella: « Cessará para os menores, a incapacidade: I Por concessão do pai, ou, si fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, *si o tutelado tiver dezoito annos completos*.

Esta ultima clausula—*si tiver dezoito annos completos*—não é simplesmente ao *tutelado* que se deve referir, mas a todos os menores que pretendam ser declarados maiores. Não se tracta neste artigo simplesmente do supplemento de idade segundo existe no direito patrio em vigor. Tem maior amplitude e é mais completo o instituto a que elle dá fôrma, pois que, remontando a um principio mais geral abrange os filhos-familias e os orphams.

Outra emenda que desvirtua, penso eu, a *mens legis*, é a que soffreu o art. 18. As palavras do *Projecto* são estas: « *As pessoas juridicas estrangeiras*

de direito publico não podem adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brasil nem direito susceptivel de desapropriação. »

Tive occasião de reclamar, por mais de uma vez, contra este dispositivo. Primeiramente contra a sua doutrina pouco liberal; depois contra o emprego do verbo *possuir* que impossibilitará as potencias estrangeiras até de alugarem predios para as suas legações no Brazil, visto o alcance dado, pelo *Projecto*, ao conceito da posse; e, finalmente, contra a expressão pouco precisa — *direitos susceptiveis de desapropriação*.

Não fui attendido, mas diz-me a consciencia que cumpri lealmente o meu dever.

A correcção feita pela douta Commissão do Senado não melhorou, infelizmente, nenhum desses ponctos a meu ver defeituosos. Onde reformou, estou convencido de que não o fez com vantagem.

Refere-se o *Projecto* ás *personas juridicas estrangeiras de direito publico*. Sob o fundamento de uniformisar a linguagem do futuro Codigo, a Commissão do Senado quer que se diga:—*As pessoas de direito publico externo* não podem adquirir etc.

Direito publico externo é o direito publico internacional. Pessoas juridicas do direito publico internacional são os diversos Estados e a Igreja catholica. Entre os Estados se enfileira forçosamente o Brasil. E, assim, a nação brasileira, como pessoa de direito publico interno, art. 14, póde ter propriedades immoveis no paiz, e como pessoa do direito publico internacional está sujeita ás restricções do art. 18. Similhante antinomia desaparece, desde que se respeite a terminologia do *Projecto*:—*personas juridicas estrangeiras de direito publico*.

Além disso, ha entre os internacionalistas uma disputa bem conhecida sobre quaes são as pessoas de direito publico internacional. A opinião mais segura não considera taes sinão os Estados e a Egreja Catholica, ou, següdo alguns, o summo pontifice. Outra, mais radical, exclue dessa classificação a Egreja e o seu chefe. Não falemos agora de uma terceira opinião que attribúe esse predicado tambem ao homem, ao individuo, considerado independentemente do vinculo da nacionalidade. Mas, si o Codigo civil brasileiro disser que as pessoas juridicas de direito publico externo não pódem adquirir immoveis no Brasil, terá recusado o direito de propriedade immovel somente aos Estados estrangeiros e á Egreja, pois que são ellas pessoas juridicas de direito publico externo. As provincias estrangeiras, os municipios estrangeiros e certos estabelecimentos publicos erigidos em pessoas juridicas não incidirão nesse impedimento, porque a sua personalidade lhes foi attribuida pelo *direito interno* do respectivo Estado. São pessoas estrangeiras, mas não de direito publico externo.

E seria intuito do dispositivo fazer similhante concessão, recusando ao todo o que faculta a cada uma de suas partes?

Creio que, depois desta reflexão, ninguem dirá que a redacção correcta se mostre mais previdente neste artigo, do que a incorrecta.

Si duas virgulas, flanqueando um innocente adverbio, motivam cogitações valiosas como as do *Parecer* (pag. 26) que mostra dissentir, no modo de considerar a pontuação, do Visconde de CASTILHO, não será muito que a substituição de uma palavra, capital para a transmissão do pensamento, acarrete consequencias tão graves.

Passemos a outro assumpto.

A inscripção da secção III, liv. I da parte geral — *Sociedades e associações* pareceu-me, desde o começo, velada e perigosa, porque nem claramente affirma a distincção entre sociedades e associações nem deixa a consciencia do interprete segura ácerca da synonymia entre os dois termos. Essa ambiguidade eu a quizera ver desfeita. Por isso chamei para ella a attenção do Senado. ⁽⁶⁾

A emenda elidiu, com effeito, a perplexidade da inscripção, declarando synonymos os dois vocabulos — *sociedade e associação*. Esqueceu-se, entretanto, de que o assumpto já deixara raizes no art. 16 ⁽⁷⁾, onde o legislador parece reservar a palavra associação para uma especie determinada: os conjunctos de homens tendo em vista a consecução de fins de utilidade publica.

As associações de utilidade publica não podem ter fim que não seja religioso, pio, moral, scientifico ou litterario, e esses mesmos fins podem ser proseguídos pelas sociedades (art. 16, I.) Resulta desta observação que não é sob o poncto de vista teleologico que se poderá fazer a distincção entre sociedade e associação. Qual será, então, o criterio para a distincção? Não cabe agora examinar, mas tambem não se póde suppor que sejam synonymos os dois vocabulos, quando o art. 16, I depois de alludir aos differentes fins que podem dar existencia ás sociedades de character privado, destaca as *associações de utilidade publica*.

A conclusão que se impõe é que as duas pala-

⁽⁶⁾ *Observações*, p. 4 a 5.

⁽⁷⁾ Reclamei contra a doutrina deste artigo (*Diario do Congresso* de 27 de fev. de 1902, p. 350, e *Observações* ao Senado, p. 4).

vras não são synonymas para o *Projecto*, e não havendo synonymia, a emenda augmentou as difficuldades, retocando a inscripção da secção III, sem attender ao que anteriormente dispuzera o art. 16.

Ao art. 40, antes e depois de correcto, caberia interrogar qual é o domicilio anterior a que elle se reporta, quando é de um domicilio unico que se trata. « Os funcionarios publicos, é a linguagem da emenda, reputam-se domiciliados onde exercem as suas funcções, não sendo temporarias, periodicas ou de simples commissão ; porque, nestes casos, não operam mudança no domicilio *anterior*. »

Si não operam mudança no domicilio, este continua o mesmo, e, si continua o mesmo, não pôde ser anterior, porque outro não foi constituido.

Da emenda ao art. 46 I não tenho que dizer, pois me parece bôa a sua redacção. Mas não posso deixar de attender ás censuras do commentario, tendo contribuido para a formula acceita pela Commissão da Camara. Eil-a (8) :—«São bens immoveis: I O solo, no qual se comprehendem: a superficie, com as arvores e fructos pendentes, o espaço aereo e o sub-solo. »—

A critica a esta proposição assevera que « não se pôde correctamente dizer que o solo comprehenda o espaço aereo. Contra essa arrojada ficção protesta a realidade physica. » (9)

A emenda, entretanto, destôa dos conselhos e das increpações da critica, porquanto diz tambem que o espaço aereo faz parte do solo. São estas as suas palavras :—«O solo, com os seus accessorios e adjacencias, comprehendendo: a superficie, as arvo-

(8) Trabalhos IV, pag. 172.

(9) *Parecer*, pag. 19, 1.^a col.

res e os fructos pendentes, o espaço aereo e o subsolo. »

Eis ahi:—o solo.....comprehendendo.....o espaço aereo.

E fez bem a emenda em desprezar a parenese da critica, porque si, physicamente, o espaço aereo não é parte do solo, não ha duvida que[juridicamente, é um dos seus elementos integrantes, por ser indispensavel ao exercicio do direito de propriedade e de seus desmembramentos, quando tiverem o solo por objecto.

Em sociologia, observa DE GREEF ⁽¹⁰⁾ entende-se por territorio, toda a phenomenalidade inorganica e mesmo organica exceptuado o homem. No direito não é tão ampla a noção de solo, mas não se reduz á parte solida da crusta terrestre.

Dir-se-á tambem, e mais razoavelmente, que «repugna á realidade physica» serem immoveis os rios que aqui deslisam mansamente na planicie e além se despenham atroadoramente em catadupas ⁽¹¹⁾; serem immoveis as estatuas collocadas em nichos nas paredes de um palacio; serem immoveis certos direitos. No emtanto ninguem se lembrou de contestar á sciencia juridica, em nome da physica, a faculdade de attribuir essa qualidade aos mencionados objectos, ninguem lhe combateu a pretensão de affeição os seus conceitos segundo os fins que lhe são especiaes.

Não ha, portanto, o arrojo que se lobrigou na phrase do *Projecto*. Ao contrario, rasteja ella a realidade juridica dos phenomenos.

⁽¹⁰⁾ *Introduction á la sociologie* I, p. 50.

⁽¹¹⁾ ROTH *System der deut. Privatrechts* I § 75 ; cod. ital. art. 412 ; CHIRONI, *Istituzioni* I § 47.

VI

O *Parecer*, inexoravel com os erros typographicos que zombáram dos mais sollicitos cuidados da revisão, deixou-se enredar nas malhas que um delles lhe teceu—no art. 54. Tracta-se, nesse poncto, de fixar a noção de *cousas consumiveis*, distinguindo as que o são materialmente das que se consideram taes por sua funcção economico-juridica. As cousas destinadas á alienação capitulam-se entre as *juridicamente consumiveis*. ⁽¹⁾ O *Projecto* primitivo dissera-o de modo claro (art. 68): «São consumiveis os bens moveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque o uso delles importa destruição de sua substancia, seja *porque são destinados á alienação*. »

Esta formula, que continuo a reputar scientifi-camente exacta, assumiu outra physionomia na primeira revisão. «São consumiveis os bens moveis, alvitrou que se dissesse a commissão revisora do Governo, cujo uso importa destruição immediata de sua substancia, *sendo considerados taes os destinados á alienação*. »

Evidentemente esta redacção deixa de accentuar, como tivera o cuidado de fazer a primeira, a differença entre o consumo juridico e o material, mas sempre se vislumbra o matiz assignalado, através das ultimas palavras do dispositivo.

Foi na redacção da Commissão da Camara que, pela primeira vez, se instillou na phrase do *Projecto* a incorrecção typographica ⁽²⁾ destináda a perdurar e a metamorphosear-se na emenda a que alludo.

(1) PLANIOL, *Traité*, I n. 784; ROTH, *System*, I § 76; WINDSHEID, *Pand.*, § 140; Cod. civ. all., art. 92.

(2) *Trabalhos*, vol. VII, p. 10, art. 56,

No art. 56, *in fine* do *Projecto* da Camara, lê-se realmente: « sendo considerados taes os destinados á alimentação. » Era de *alienação* que se tractava.

Agora desaparece o erro de composição typographica ; occupa o seu posto, porém, uma negligencia de redacção ou inadvertencia no encadeiamento das idéas juridicas que, penso eu, não é desprecienda.

Em primeiro logar, a fórmula correcta ⁽³⁾ eliminou, por completo, o consumo juridico. O dinheiro e as mercadorias expostas á venda são desclassificadas. Não pertencem mais á categoria das cousas consumiveis, pois que o uso normal que se faz desses bens não lhes acarreta immediato anniquilamento da substancia ; nem se enquadram entre as inconsumiveis, porque uma vez realizado o uso a que se destinam saem do patrimonio a que pertenciam, deslocam-se arrastadas pela corrente da circulação que as vae conduzindo para onde as necessidades as solicitam. No emtanto já os romanos ensinavam que o dinheiro é consumivel: *consumitur pecunia*. ⁽⁴⁾

Depois, os generos alimentares entram na classe geral dos bens que se destroem pelo uso, e não ha necessidade de fazer qualquer declaração especial a respeito delles. A consumibilidade é, neste caso, material, e, portanto, intuitiva. Porque haveremos de destacal-a ?

E' indispensavel, vê-se, que se restaure o enun-

⁽³⁾ Eil-a : Art. 54 « Consumiveis são os moveis, cujo uso lhes destróe para logo a substancia. Taes se consideram os generos alimentares. »

⁽⁴⁾ D. 4, 4, fr. 32 e 12, 1, fr. 13. WINDSHEID faz a ponderação de que essa mesma idéa está consignada nas *Inst.* 2, 4 § 2: *in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur*. Allude a phrase transcripta ao gasto pelo uso e não ao que possa produzir o attricto das moedas em curso quotidiano.

ciado do art. 54, de modo que se não mutile o pensamento juridico.

Da emenda ao art. 77 por certo nada me abalancaria, a dizer, si não fosse o commentario que a illustra; porque para o fim que ahi se tem deante dos olhos, tanto *importa asseverar que todo direito é provido de uma acção que lhe garante o exercicio*, como affirmar que a todo direito corresponde uma acção que o assegura. ⁽⁵⁾

O intuito da emenda e a explanação que a fundamenta é que reclamam alguns reparos. Suppõe o *Parecer* que a acção se destina a assegurar o gozo e não o exercicio do direito, e que o *Projecto*, na sua insciencia desastrosa, toma um pelo outro. ⁽⁶⁾

Examinemos si realmente a linguagem do *Projecto* merece, neste poncto, a increpação que se lhe faz. Antes disso, porém, será de bom conselho abroquelar esse producto do *deleixo*, ⁽⁷⁾ com a auctoridade do codigo civil portuguez, art. 12, que assim se expressa: « Toda lei, que reconhece um direito, legitima os meios necessarios para o seu exercicio. » E' o mesmo pensamento, variando a fórma por que se externa verbalmente. E não é de *gozo*, mas de *exercicio* que fala o legislador portuguez.

Prosigamos agora mais desassombradamente.

Ninguem, que haja passado por nossas escholas de direito, ignora que os escriptores francezes distinguem o gozo do exercicio do direito. *Gozo* de um direito, dizem elles, é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei. *Exercicio* de um direito é a realização effectiva do gozo. Este confunde-se com o proprio direito, e o exercicio é o *facto* que corresponde

⁽⁵⁾ Pag. 23 do *Parecer*.

⁽⁶⁾ Pag. 24.

⁽⁷⁾ *Parecer*, p. 18, linha 59,

ao direito. ⁽⁸⁾ Por outros termos um pouco mais precisos: o gozo é a faculdade concedida pela lei; o exercício é o uso dessa faculdade. ⁽⁹⁾ Ou ainda: gozar de um direito é ser titular d'elle; exercer um direito é extrahir d'elle as vantagens que possa fornecer. O primeiro destes estados poder-se-á denominar *estatico* e o segundo *dynamic*. ⁽¹⁰⁾

São, porem, os proprios jurisconsultos francezes que nos descobrem a falta de precisão desses termos—*gozo* e *exercício* de direitos, e a consequente vacillação da doutrina a que elles procuram dar forma. PICARD não o desconhece. ⁽¹¹⁾ Mais positivo, PLANIOL externa o seu pouco affecto por essa dichotomia da idéa do direito subjectivo. « Estas duas expressões, diz elle, têm um duplo defeito: em primeiro lugar, não accentuam claramente a antithese, porque o vocabulo *gozo*, em seu sentido natural, designa antes um simples uso do que uma attribuição definitiva. Depois não despertam sinão uma idéa de direitos e acabamos de ver que é preciso pensar tambem nos deveres, encargos e obrigações». ⁽¹²⁾ E poderia o douto jurisconsulto insistir na incerteza dessas noções que muito ainda teria que dizer.

Para evitar a amphibologia, para desfazer o equivoco das alludidas expressões, quando tomadas em accepção antithetica, prefere a sciencia assignalar os momentos da actividade juridica das pessoas por meio das noções de *capacidade* e de *exercício dos direitos*. A personalidade é um enfeixamento de direitos; a capacidade é a extensão concedida a esses poderes de acção, o modo geral de ser da pessoa; e o exercício dos direitos é a personalidade em acção,

⁽⁸⁾ HUC, *Commentaire* I, n. 219; PLANIOL, *Traité*, I, n. 416.

⁽⁹⁾ LAURENT, *Principes*, I, n. 319, *Cours* I, n. 56.

⁽¹⁰⁾ E. PICARD, *Droit pur*, § CXI.

⁽¹¹⁾ E. PICARD, *op. cit.* § cit.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, n. 416.

usando, segundo a sua capacidade, das faculdades que a ordem juridica lhe assegura.

Para este modo de ver, que é o do *Projecto*, o exercicio dos direitos é a sua effectividade, o seu gozo, a sua realização, o seu funcionamento. Foi, portanto, com a maxima propriedade que o art. 77 declarou que as acções se destinam a assegurar o exercicio dos direitos.

Mas supponhamos que seja acceitavel a distincção refugada pela propria doutrina que a engendrou. Poder-se-á dizer que as acções garantem sempre o gozo do direito? ⁽¹³⁾

Invertida, estaria certamente mais perto da verdade a affirmação. As acções são sempre solicitadas pelo exercicio, mas aproveitam o gozo.

Realmente si acção é o meio para fazer reintegrar ou reconhecer em juizo o direito violado ⁽¹⁴⁾, é necessario que o exercicio do direito tenha sido obstado para que a ordem juridica intervenha e o restabeleça. Si o direito ainda não se manifestou, não foi usado, não foi posto em pratica, como diremos que houve a perturbação contra a qual virá reagir o poder publico solicitado pelo titular do direito?

O gozo, simples aptidão, mera faculdade ainda não utilizada, enquanto não se manifesta em acto, como se dirá que foi tolhido? O gozo é o poder juridico em *quietação* e o remedio trazido pela acção foi inventado particularmente para socorrer o direito em *realização e movimento*.

Gozar de um direito é ser o seu titular; exercel-o é tirar do mesmo direito as vantagens que elle

⁽¹³⁾ «Nem sempre a acção se destina a assegurar o exercicio de um direito. Mas assegura sempre o seu gozo» (*Parecer* p. 24).

⁽¹⁴⁾ GIANTURCO, *Istituzione* § 124; P. BAPTISTA, *Pratica* § 2; S. NAVARRO, *Processo civil*, art. 2; JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, I §§ 12 e 13.

possa fornecer, disse PICARD. Pergunto eu agora: si alguém contestar-me a posse de um direito, será pelo simples prazer de se declarar senhor dessa faculdade moral de agir, ou para colher as vantagens que o direito proporciona? Evidentemente é o interesse real, o accrescimo de energia que todo direito contém que pretende o demandista, e não um titulo desprovido de utilidade. E' o direito poder, na ordem social, é o direito valor, na ordem economica, o que a acção garante, e não uma simples abstracção em que a metaphysica de alguns ideologos se deleita.

Desenvolvendo o seu pensamento, accrescenta o *Parecer*: «Si o direito sobre ser uma faculdade moral de praticar, tambem é a de não praticar certos factos (Cod. civ. port. art. 12), claro está que, para os direitos da segunda categoria, ha de haver na acção o mesmo escudo que para os da primeira. O direito á honra, por exemplo, não é sinão o titulo que nos assiste ao respeito da nossa dignidade moral pelos nossos semelhantes. Esse direito, pois, só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado: a acção de perdas e danos (art. 1550). Antes da acção haverá o gozo ou fruição do direito, fruição ou gozo que está no sentimento de consideração, em que a sociedade e os individuos o envolvem. » ⁽¹⁵⁾

Ha no trecho que acabo de transcrever, certas asserções que me parece não reflectirem a verdade juridica.

Os direitos que consistem em não praticar determinados actos são protegidos por acções e estas emergem, como nos direitos positivos, quando alguém os viola pretendendo impôr a pratica do acto a quem possui a faculdade, legalmente assegurada,

⁽¹⁵⁾ *Parecer*, p. 24.

de omittil-o, exigindo que se ponha em actividade quem se acha autorizado por direito a conservar-se inactivo. Não ha, portanto, sob o ponto de vista da acção, differença alguma entre os direitos positivos e os negativos, ou, como dizia TOBIAS BARRETTO, entre os direitos commissivos e os omissivos.

O direito á honra, como o direito á vida, á liberdade, á integridade de corpo etc., constitue emanação directa da personalidade, é um dos modos pelos quaes o eu se affirma juridicamente. Não se pode, consequentemente, asseverar que tal direito «só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado». A violação suppõe impedimento ao exercicio, ao uso do direito. E a acção não é neste caso como em nenhum outro o modo pelo qual o direito se exercita normalmente; é sim o modo pelo qual o direito reage contra as turbações que o molestam; é o apparelho defensivo do direito posto em movimento; é o tegumento protector, que se antepõe ás ameaças de lesão, ou que tende a restaurar o equilibrio perturbado.

Todo direito suppõe a garantia da ordem juridica. Emquanto se desenvolve sem contrariedade, essa garantia permanece em repouso.

Logo, porém, que surge o estorvo á expansão da actividade juridica, o titular do direito pode reclamar do poder publico a effectividade da segurança que lhe é promettida por lei. Como dizer que, numa classe de direitos, o seu exercicio, isto é, a sua utilização, se confunde com a acção destinada a defendel-o das aggressões ou a restabelecel-o depois do esbulho?

Por outro lado, não me parece exacto dizer-se como no *Parecer*, que o direito á honra consiste em não praticar certos actos. Ao contrario, a sua manifestação é positiva: affirma a dignidade como predicado da pessoa e exige que todos a respeitem.

Não é somente quando o violam que reconhecemos existir o direito á honra. Nas diversas relações da vida elle apparece e brilha de modo positivo.

KOHLER faz a observação de que os direitos sobre as cousas do mundo physico se traduzem por uma relação de *dominação*, e os direitos pessoaes, ou sejam os chamados individuaes ou sejam os obrigaçionaes, se manifestam por uma *coacção*, porque «os individuos são coagidos pela ordem juridica, á pratica de certos actos correspondentes ao direito» alheio. ⁽¹⁶⁾ No caso examinado, teriamos, segundo a theoria de KOHLER, que o direito á honra consiste, para cada um de nós, na faculdade de exigir dos outros certas acções ou inacções que sejam como que a repercussão desse nosso direito no meio social que nos circumda.

Tal concepção reflecte melhor a realidade das cousas do que o modo de ver esposado pelo *Parecer*.

Finalmente reputo aventurosa a proposição final do trecho transcripto acima «fruição ou gozo que está no sentimento de consideração em que a sociedade e os individuos o envolvem. »

O gozo de um direito, segundo a doutrina franceza reflectida nas passagens de HUC, PLANIOL, LAURENT e PICARD, que acima foram resumidas ou transcriptas, não é o respeito de que o cercam os individuos e a sociedade. Esse momento do respeito, que importa reconhecimento e attitude amiga, já corresponde ao exercicio.

Eu possuo um campo. Meus visinhos não penetram nelle sem meu assentimento, nenhuma utilidade d'elle colhem sem concessão minha, numa palavra, por seu procedimento reconhecem e acatam o meu direito. Dir-se-á que eu, por isso, me conservo na phase ataraxica do gozo, sem baixar ao estadio

⁽¹⁶⁾ *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*. p. 17.

mais humano da actividade pelo exercicio do direito?

Não, por certo.

Pois o mesmo se dá com o direito á honra. Na consideração que me prestam os meus concidadãos está uma feição do exercicio do meu direito á honra.

Nada tem, portanto, de orthodoxa a doutrina do *Parecer*, no passo transcripto; antes francamente se desvia da trilha aberta pelos mestres.

VII

Sem outorga uxoriana, o marido não pode validamente praticar certos actos juridicos, nem tambem a mulher sem auctorisação marital. Contra a infracção desse preceito de lei é comminada a pena civil da nullidade.

Esta reacção da ordem juridica poderá, porem, acarretar detrimento injusto a quem haja, de bôa fé, tomado parte no acto que se annulla. O que fazer então? Coagir a quem deu causa á nullidade a satisfazer, por seus bens proprios, o damno que resultou da sua acção contraria ás normas juridicas.

Esta é a solução natural. Entretanto o principio ethico-juridico de que ninguem se deve locupletar com a jactura alheia nem sempre se satisfará com esta simples providencia. Cumpre, em vista disso, additar:—si o casal tiver colhido vantagens do acto annullado, deve restituil-as, porque esse proveito é um modo franco de enriquecer illicitamente.

Tentou reflectir essas idéas o *Projecto* primitivo, art. 297, determinando: « Annullado o acto da mulher, por falta de auctorisação do marido, repõem-se as cousas no estado anterior, satisfazendo ella, por seus bens particulares, e pelos communs na proporção do proveito colhido pelo casal, os danos resultantes do acto annullado, si os prejudicados estiverem de bôa fé. A mesma disposição é applicavel ao caso de ser annullado o acto do marido por falta de consentimento da mulher.

A revisão da Camara dos srs. Deputados transformou o dispositivo que acaba de ser transcripto neste outro em que algumas das providencias aconselhadas foram omittidas—«Art. 262. A annullação dos actos do marido ou da mulher, por falta de

auctorisação necessaria de um ao outro, importa a divida do proveito que a cada um, a ambos ou ao casal tenha resultado do acto annullado. »

Evidentemente a concisão aqui sacrificou a idéa. A regra de direito, comprimida desta formula, desarticula-se e não pode satisfazer plenamente as exigencias da consciencia juridica. Mas comprehende-se o que pretende o legislador prescrever:—*Annullado o acto, restitue-se o proveito obtido e não mais do que o proveito, devendo fazer a restituição quem teve o lucro.*

A emenda nenhum desafoço trouxe á regra de direito. Ao contrario mais a constrange, obrigando, em todos os casos, o agente pelas vantagens do acto, mesmo quando foi o outro conjuge quem as granjeou. «*A annullação dos actos de um dos conjuges por falta da outorga indispensavel do outro, propõe a emenda, importa em ficar obrigado aquelle pela importancia da vantagem, que do acto annullado haja advindo a esse conjuge, aos dois ou ao casal.*» (1)

Nem o direito estricto nem a equidade approva semelhante rigor. O que ensinam os mestres é que respondam pelo enriquecimento illicito os que o desfructaram, os que com elle augmentaram os seus haveres.

Si, como affirma o *Parecer*, a redacção da Camara estava «*mal ageitada, viciosa e obscura*» (2), cumpria melhora-la sem destruir o pensamento, que, neste caso, constitue applicação de um dos principios mais solidos e elevados da sciencia do direito.

As correcções feitas no capitulo consagrado ao regimen dotal foram das menos adequadas. Já, noutra parte, alludi a algumas. Os arts. 288 e 310 deram motivo a outras que prejudicam a flexibilidade e a precisão dos dispositivos.

(1) e (2) Pag. 51.

No primeiro, substitue-se a palavra *terceiro* pelo termo *extranho*, dando ao artigo pensamento muito outro do que obteve a aprovação da Camara. *Dote constituido por terceiro*, na constancia do casamento, é modo de dizer equivalente a este outro:—dote constituido, na constancia do casamento, por quem não é conjugue.

Dote constituido por extranho, durante o matrimonio, vem a ser o mesmo que dote constituido por quem não é parente. E não é isso o que se teve em vista.

Já vimos que no art. 307 se traduz *dissolução do casamento* por annullação e desquite, quando nenhum desses factos importa rompimento do vinculo conjugal. Fonte de lamentaveis confusões será egualmente o art. 310, si fôr conservada a redacção do *Parecer*.

« A mulher pode, em todo caso, reter os objectos de seu uso, estatue esse art. em conformidade com a disposição do art. 270 n. X, deduzindo-se-lhes o valor do que o marido houver de restituir. »

O art. 270 n. X, a que se refere o texto reproduzido aqui, declara que são excluidas da communhão: «as roupas de uso pessoal, as joias esponsalicias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de familia. »

Somente porque o art. 310, tractando da restituição do dote destaca, as roupas de uso da mulher, dir-se-á que exista conformidade entre o pensamento expresso por elle e o que traduz o art. 270 n. X? Absolutamente não. Em um caso, o regimen é de communhão universal e no outro o de separação modificada pela clausula dotal. Os preceitos a que obedecem diversificam fundamentalmente. Em um caso os objectos referidos escapam á lei do regimen, conservando-se incommunicaveis; no outro, o regi-

men, que é o dotal, não soffre excepção. A mulher pode reter os objectos de seu uso pessoal em qualquer hypothese; mas si tiverem elles sido computados no valor do dote, cumpre deduzir deste valor a importancia a que montarem esses objectos.

Não se percebe, portanto, a relação entre os dois artigos. Approximal-os é lançar o espirito do interprete em perplexidade.

Ao passar pelos arts. 331 e seguintes, condemna o *Parecer* ⁽³⁾ a expressão—*posse dos filhos*, que, diz elle, devemos ao dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, mas que não vê como justificar.

Não sei si ao decreto citado cabe a responsabilidade dessa innovação no falar juridico. O que me parece é que, em parte por um phenomeno de persistencia, commum nas formulas e nos vocabulos do direito, e, em parte, por um natural processo de analogia, os nossos civilistas foram sempre levados a approximar a posse das cousas do direito que têm os paes de conservar os filhos menores em sua companhia e sob a sua guarda.

E' assim que LOUREIRO, no seu livro classico, decompõe o patrio poder, quanto á pessoa dos filhos, em nove elementos, o terceiro dos quaes é o seguinte:—«exigir a exhibição ou *tradição* delles de quem lh'os *subtrahir*. ⁽⁴⁾ LIS TEIXEIRA, examinando, de accordo com MELLO FREIRE, as acções que se originam do patrio poder fala na de « *reivindicação* para haver d'outrem o filho». ⁽⁵⁾ A COELHO DA ROCHA, si pareceu excessivo o vocabulo technico usado por seu illustre confrade, não repugnou o verbo *repetir* que mais convém ás cousas do que ás pessoas. ⁽⁶⁾ Tambem foi esse o termo preferido por LOUREIRO

⁽³⁾ Pag. 62.

⁽⁴⁾ *Inst. de dir. civil brasileiro* § 41.

⁽⁵⁾ *Curso de dir. civil*. I, p. 197.

⁽⁶⁾ *Instituições de dir. civil* § 304. Outros exprimem a mesma idéa por outras palayras equipolentes.

quando se referiu á acção do pae « para *repetir* seu filho. »

A phrase da lei, por seu lado, auctorisou tambem esse modo de dizer, pois na Ord. 1, 88 § 6 se deparam estas palavras :—*emquanto tiver seus filhos em poder.*

Foi, portanto, levado pela corrente tradicional que o *Projecto* no art. 391 n. I, que escapou á censura meticulosa do *Parecer*, aponctou entre os direitos do progenitor sobre a pessoa do filho :—*tel-os em sua companhia, posse e guarda.* LAFAYETTE ⁽⁷⁾ e CARLOS DE CARVALHO ⁽⁸⁾ disseram : « tel-os em sua companhia, sob sua guarda e sujeição. » Mas a palavra *posse* suggere pensamento mais benevolo, sentimento mais delicado e affectuoso do que *sujeição*. Aspiramos á posse do que amamos, mas a sujeição não diz bem com os laços atados pelas expansões da ternura e do affecto.

Dizendo que os paes teem a posse de seus filhos, alludimos ao dever que elles teem de conservar em sua companhia, sob as suas vistas as frageis creaturas que trouxeram á luz da vida, e fazemos sentir que esse dever oriundo do amor se transforma em poder pela intervenção da lei.

E assim o que é a resultante da convergencia, da persistencia e da analogia, recebe um jacto de luz da verdade permanente.

A persistencia consiste na conservação de certas formas depois que perderam a sua significação propria. JHERING, que estudou este phenomeno com a sua costumada superioridade, designou-o sob o titulo de *formas residuarias* e nos apresentou innumeros casos delle no direito romano e no inglez. ⁽⁹⁾

⁽⁷⁾ *Direitos de familia* § 114.

⁽⁸⁾ *Direito civil brasileiro*, n. 1564.

⁽⁹⁾ *Espiritu del derecho romano*, III, p. 221 a 230 ; *Prehistoria de los indo-europeus*, p. 23 a 27.

Ha residuos reaes como a *hasta celibaris*, o *licium liteum* (mandil de couro) do direito romano, e ha residuos nominaes como a *hasta publica*, a *vara* do juiz e outras expressões frequentes na linguagem forense de nossos dias.

A *posse* dos filhos pode ser considerada um caso de residuo verbal. O *pater familias* entre os romanos tinha a posse dos filhos, porque dispunha delles como de sua propriedade, podendo a principio vendel-os, dal-os *noxaliter* e até matal-os. O abrandamento dos costumes eliminou essas grosserias do antigo direito, porém algumas palavras subsistiram, perdendo o valor e a significação de outr'ora.

Esse caso de evolução progressiva da idéa dentro de formas ou de palavras que serviram para traduzil-a em seus rudes inicios, quando estava longe de ter a extensão e o brilho que depois adquiriu, é muito commum. Quem supporia hoje que a *vara* da judicatura fosse alguma cousa mais do que a palavra destinada a symbolisar a auctoridade do juiz? Quem esperaria em nossas arrematações publicas encontrar fincada a *hasta* dos velhos tempos? Quem na palavra *municipio*, sem que a historia e a glottica o revelassem, reconheceria o estado vencido ⁽¹⁰⁾ a que era imposta a obrigação (*munus*) de prestar serviços militares e outros encargos, mas a cujos habitantes eram concedidos alguns direitos dos attribuidos ao cidadão romano (*cives romani sine suffragio et jure honorum*)? A palavra *precarium* significava, a principio, tudo o que o *patrono* cedia ao seu *cliente*, a pedido deste (*preces*), e que podia em qualquer tempo ser retirado do poder do mesmo. Maistarde foi dado esse nome ao pacto pelo qual o proprietario de uma cousa cedia o uso della ou uma das

(10) *Municipium* deriva-se de *manus capere* ou *capessere*. A quo munere capessendo appellati videntur, diz Varro. Veja-se PADELLETTI COGLIOLO, *Direito romano*, nota 1 ao Cap. VI.

suas utilidades, reservando-se o direito de fazer terminar essa concessão quando lhe aprouvesse. Hoje ora se toma o vocabulo na acceção de posse por tempo indeterminado, até que se manifeste em contrario a vontade do proprietario, ora no sentido de detenção por tempo certo ou incerto. Foi o codigo civil francez art. 2236 que deu auctoridade a esta ultima applicação do termo, considerando detentores precarios o rendeiro, o depositario, o usufructuario, o emphyteuta, o credor pignoraticio etc. ⁽¹¹⁾

No caso da posse dos filhos, a persistencia verbal foi auxiliada pela analogia, porque o direito attribuido aos progenitores de os terem sob sua guarda e direcção, direito que os auctorisa a promover acção adequada contra quem injustamente os detiver, offerece notavel similhança com a posse das cousas protegida pelos interdictos. E assim é licito usar do termo, sem aliás pretender-se estabelecer identidade entre as duas relações juridicas.

O art. 499 § unico do *Projecto* declara applicavel á acquisição da posse o disposto no titulo I, liv. III da parte geral. Tenho por ociosa similhante remissão, mas quer ella dizer que os principios reguladores dos actos juridicos presidem tambem á acquisição da posse. A emenda que caberia fazer neste passo seria ou elidir a remissão por desnecessaria, ou fazel-a abranger as disposições preliminares do livro III citado, porque foram deslocadas do titulo I a que allude o art. 499 § unico.

Em vez disso, a emenda restringe a referencia aos arts. 83 e seguintes até 87, cujos dizeres ou são de todo extranhos á materia da posse, por constarem de simples definições, ou a ella tanto se applicam quanto outros muitos do mesmo titulo. A razão da preferencia escapa inteiramente ao leitor,

⁽¹¹⁾ Huc. *Commentaire* XIV, n. 371 e segs. PLANIOL, *Traité* I ns. 992 e segs.

pois não é crível que se queira insinuar não ter applicação, aós modos de adquirir a posse, o que o Codigo civil estatuir relativamente á coacção, ao dolo e a outros vícios da vontade, porque, si assim fosse, como é que se dizem applicaveis os preceitos dos arts. 83 a 87 que estabelecem os principios geraes reguladores dos actos juridicos, isto é, das declarações de vontade?

VIII

Não quer o douto *Parecer* da Commissão do Senado que se extenda «o designativo *de inscripção* á forma de publicidade adoptada para os actos de constituição e transmissão da propriedade sobre immoveis. » ⁽¹⁾

« Essa alteração na linguagem juridica é indenfensavel », sentençaia, sem cogitar da possibilidade de quaesquer embargos infringentes do julgado.

Pesemos, porém, as razões de tam peremptoria condemnação. Indicam-se duas. A primeira é que « a legislação patria sempre reservou o nome de inscripção ao registro de *hypotheca*. » ⁽²⁾ Não me parece irrefragavel esta primeira razão. Tem-me ao contrario visos de fragilima. Si prevalecesse, nenhuma alteração se faria na linguagem do direito. E si o verbo do direito deve ter esse dom da inalterabilidade, privilegio identico ha de ser attribuido, e com melhores motivos, aos institutos que são a essencia de que a palavra é a fórma imperfeita. Em que grosseiro estadio da evolução chapinhariamos ainda? Nem um passo teríamos dado para aquem do *tartamudear monosyllabico* e da affirmacão da vida pelo desenvolvimento rude da força *physica*, si assim fosse.

Consiste a segunda razão em asseverar-se que a distincção entre os dois vocabulos—*incricpção* e *transcripção*—é tradicional nas principaes legislações estrangeiras das quaes se afastou apenas o *codigo civil allemão*. ⁽³⁾ Em appoio dessa allegação citam-se apenas a legislação civil franceza e a italiana, dei-

⁽¹⁾ e ⁽²⁾ *Parecer*, p. 83.

⁽³⁾ *Parecer* p. 83-84.

xando-se em olvido injusto todas as outras, que emittiriam voto divergente si fossem invocadas.

Realmente em direito francez se faz a distincção alludida, mas na França, como na Italia, a palavra *transcrição* corresponde ao seu significado, é copia integral do titulo. ⁽⁴⁾ Ahi a linguagem do direito está em harmonia com a realidade dos factos, ao contrario do que se observa entre nós onde o registro dos actos translativos da propriedade se faz normalmente *por extracto*. ⁽⁵⁾ Entre nós, portanto, o que realmente existe é inscripção, como bem ponderára LAFAYETTE, mostrando a incorrecção da nomenclatura do nosso direito hypothecario. ⁽⁶⁾

E o *Projecto*, conservando o registro por extracto, nada mais fez do que lhe dar o nome adequado.

Não colhe, parece claro, nem o argumento da tradição nacional, porque mal fundado, nem o do direito francez e italiano, porque por modo differente determinam elles que se opere o registro dos titulos de transmissão da propriedade immovel.

Agora vejamos a tradição das outras legislações que o *Parecer* dá como seguindo a esteira do codigo civil francez. Abramos primeiramente o codigo civil portuguez. Ahi está o art. 953: « A INSCRIPÇÃO no registro de um TITULO TRANSLATIVO da propriedade etc. E' de *inscripção* que tambem falam os arts. 956, 950, 960 e outros. Já se vae quebrando a uniformidade da allegada tradição.

Passemos ao codigo civil hespanhol. As palavras de seu art. 605 são as seguintes:—El Registro

(4) Vejam-se TROPLONG, *Priv. et hyp.* p. XXXVIII, PLANIOL, *Traité* I n. 1371. La transcription, diz este ultimo, est une formalité qui consiste à copier un acte sur des registres spéciaux tenus dans chaque arrondissement par le conservateur des hypothèques.

(5) Dec. 169 A. de 19 de Jan. de 1890, art. 8 § 1.

(6) *Direito das cousas* § 52 nota 6.



de la Propriedad tiene por objeto la INSCRIPCIÓN ó anotacion de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Os artigos seguintes não se afastam desse modo de dizer. SANCHES ROMAN, expondo esta materia, muito a esclarece, dando o conceito de inscrição, distinguindo os elementos reaes e pessoas della, e mostrando como se opera. Trasladatarei delle apenas uma passagem : *Actos sujetos á inscripción : 1.º Los titulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales sobre los mismos.* (7)

Não usa de linguagem differente o codigo civil do Chile cujo artigo 686 assim começa : Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raices por la INSCRIPCIÓN del titulo en el *Registro conservador*. Poderia ainda fazer appello ao codigo civil do Mexico, art. 3190 e seguintes e ao do Cantão de Zurich, art. 118, letra *d*. Mas creio já ter mostrado, sem possibilidade de contestação, que a proposição categorica do *Parecer* não coincide com a verdade, e que não é a unidade do codigo allemão que apoia a linguagem do *Projecto*, mas sim a pluralidade preponderante das legislações mais chegadas á nossa.

O dispositivo do artigo 1346 é accusado por *desageitado* em sua locução, assim como o do art. 1356 pecca, segundo o *Parecer* (8), por excessiva ingenuidade.

Taes artigos tiveram por fonte o Codigo suisso federal das obrigações, onde se encontram o vilipendiado desazo de linguagem e a escarnecida ingenuidade no providenciar.

Pelo contracto de edição, diz o *Projecto*, art. 1346, o editor não só se obriga a reproduzir, por algum processo mecanico e a espalhar pelo publico a producção scientifica, litteraria ou artistica etc. *Espalhar pelo pu-*

(7) *Derecho civil español*, vol. III, p. 894.

(8) Pag. 154 e 155.

blico, observa o *Parecer* que não é expressão *legislativa*. Si tivesse affirmado:—não é dizer portuguez, eu... passaria adiante. Mas tendo a censura em vista essa parte da nomotechnica a que não descabe a denominação de rhetorica legislativa, apadrinho o *Projecto* com o exemplo de uma lei bem trabalhada e tida como capaz de servir de paradigma a outras.

De facto o art. 372 do Codigo suisso das obrições, termina por essas palavras:—à la reproduire en un nombre plus ou moins considerable d'exemplaires et à la repandre dans le public. Si a dicção é *legislativa* na Helvecia através do francez, deve tambem ser no Brazil, utilizando-se do portuguez.

O art. 1356 do *Projecto* é uma transplantação do art. 377 do citado codigo suisso. A linguagem do primeiro é a seguinte:—*Entende-se que o contracto versa apenas sobre uma edição si o contrario não resultar expressa ou implicitamente de seu texto*. Confronte-se este dispositivo com o edictado pelo legislador helvetic:—Si le contrat ne précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule. Si a phrase varia, o pensamento se unifica na mesma pretendida pequice, na qual anteriormente incidira tambem o *codigo baltico*, segundo refere LEHR:—Dans le doute, l'éditeur n'a le droit de faire qu'une seule édition. ⁽⁹⁾.

O art. 391 do *Projecto* usou do vocabulo *progenitor*, para frisar bem o pensamento de que os direitos inherentes ao patrio poder eram exercidos, não conjuntamente pelo pae e pela mãe do menor, nem exclusivamente por aquelle na constancia do matrimonio, mas precisamente, e salvo excepções, por aquelle dos dois ascendentes immediatos a quem coubesse a posse, o uso effectivo desse poder. O

(9) *Droit civil russe*, II p. 299.

Parecer ⁽¹⁰⁾, sob o fundamento de que *progenitor* significa *avô*, no que se divorcia da opinião de quasi todos os nossos dictionaristas, ordena que, em vez do que está no *Projecto*, se diga:—*Compete aos paes quanto á pessoa dos filhos: I Dirigir-lhes a educação; II Tel-os em sua companhia, posse e guarda; etc.*

Mas pergunto eu : quem representa o filho nos actos da vida civil? Serão os dois, pae e mãe, simultanea ou indistinctamente? A linguagem correcta faz suppor a affirmativa, mas creio que não é bem isso o que se pretende estabelecer. Procederíamos sem duvida com acerto, si, menos rigorosos neste apuro de linguagem quinhentista, attendessemos de preferencia á exacta conformidade do pensamento da lei com a sua clara expressão.

Estas glosas muito ainda se poderiam desenvolver. A cada passo, uma observação mais ou menos valiosa acodia-me ao espirito, quando ia passando os olhos pelo *Parecer*. Mas quando a messe é farta não vale a pena restolhar, e penso já ter dicto o bastante para que as almas justas reconheçam que o *Projecto* não constituia, antes da limpa do Senado, um acervo de erros juridicos envolvidos na textura mal alinhavada de desconchavos grammaticaes, nem surgiu, depois dessa operação, um rutilo brilhante sem jaça.

Não foi o meu trabalho que procurei defender. Esse desapareceu na assimilação das commissões e dos collaboradores successivos. Meu esforço, ainda quando tenho por fito explicar os dizeres do *Projecto* primitivo, é em prol do *Projecto* actual que desejo aperfeiçoado, mas cujo sossobro se me afigura de muita gravidade. Os esforços de natureza tam diversa que em synergia produziram esse resultado, devem ser secundados e não combatidos, porque vêem do imo da

(10) Pag. 68.

consciencia nacional e são a forma que ella ensaia consolidar, neste momento, para revelar-se expandindo-se ao sol do direito. Orientemol-os, corrijamos-lhes os desvios, mas não os malbaratemos.

« Uma epocha que sente a necessidade da re-organisação de seu estado juridico ou simplesmente de uma codificação, escreveu o preclaro JHERING, e *que se abstem*, sob pretexto de que lhe falta maturidade scientifica, confessa, ao contrario, possuir em excesso esse espirito scientifico, e toma para si o privilegio não da indigencia scientifica, mas da indigencia moral. » ⁽¹¹⁾

Tenho certeza de que o Brazil republicano, no começo do seculo vinte não ha de ostentar sob a forma de escrupulos litterarios ou scientificos essa fraqueza moral. Reagindo contra os obstaculos e transformando os obices em elementos de combate, saberá colher o fructo de tantos labores, desdobrando deante dos olhos dos incréos o seu *Codigo civil*. ⁽¹²⁾

Recife, 25 de Setembro de 1902.

CLOVIS BEVILAQUA.



⁽¹¹⁾ *Mélanges, F. C. de Savigny*, p. 57, trad. Meulencœre, 1902.

⁽¹²⁾ Estes artigos foram primeiramente publicados na *Revista de Legislação*.