

SILVA COSTA

UMA JUSTA REIVINDICAÇÃO

1917

PAPELARIA MACEDO—QUITANDA, 74
RIO DE JANEIRO

SILVA COSTA

UMA JUSTA REIVINDICAÇÃO

1917
PAPELARIA MACEDO—QUITANDA, 74
RIO DE JANEIRO

UMA JUSTA REIVINDICAÇÃO

(A' proposito da Codificação de Direito Privado)

PELO

Dr. José da Silva Costa

Do antigo Conselho d'Estado, do Instituto da Ordem
dos Advogados Brasileiros, etc.

Uma justa reivindicação

Un des grands inconvénients de la
méthode du silence est de ne pouvoir se
prolonger.

Dr. Gustave Le Bon

Afastado, como estou do periodo evolutivo que atravessa o Brasil, ha pouco mais de cinco lustros, fruindo as vantagens do isolamento libertador e fecundo que distancia as hypocrisias e cobardias da alma gregaria, na expressiva phrase de Palante, vejo-me, entretanto, obrigado a interromper uma prescripção, por offensiva do que supponho ser inexpugnavel direito meu, sem pleitear floridas primicias, nem almejar decorativos tropheus.

Achava-me em trabalhos profissionaes, na minha residencia, quando, pelo correio, recebi um officio do illustre sr. senador federal João Luiz Alves, acompanhado de trez brochuras, publicando um p̄projecto de Codigo Commercial, para que eu transmittisse-lhe as minhas suggestões sobre esse projecto. Não podendo deixar de corresponder a tão maneiroso gesto, offereci á consideração de S. Ex. o seguinte officio:

Rio de Janeiro, 30 de Dezembro de 1916.

Ill.^{mo} e Ex.^{mo} Sr. Dr. João Luiz Alves M. D.
Senador Federal e Presidente da Comissão Especial
do Senado, incumbida de emittir parecer sobre o pro-
jecto de Codigo Commercial.

Respeitosas saudações.

Tenho a honra de accusar o recebimento do
officio de V. Ex. de 4 de Outubro deste anno (1916),
no qual me faz saber que deseja ter as minhas sug-
gestões, no prazo maximo de 6 mezes, sobre o pro-
jecto de Codigo commercial, que, em 3 brochuras,
acompanhou o mesmo officio.

Correspondendo ao obsequioso convite, cabe-me
dizer o seguinte:

Reformar uma lei é sempre produzir um movi-
mento vibratorio da vontade humana, é uma interrupção
mais ou menos accentuada da lei da continuidade
historica. Em frente de tal problema, cumpre ter pre-
sente o que von Jhering qualificou de *heuristique*,
isto é, o methodo a observar na criação da legislação,
a hora da civilização e da adaptação, tanto quanto
possivel, das circumstancias reaes; não é outro o sen-
tido de Geny, quando falla da athmosphera do mundo
juridico; nem de E. Picard, quando allude ao impe-
rativo geographico da juricidade; e tampouco de E.
Florian, quando se refere ao clima historico das leis.

Nunca são, pois, demais o cuidado e o reflecti-
do criterio que devem presidir a tamanho commetti-
mento, cujo exito, nem sempre assegura a pluralida-
de de collaboradores.

Tracta-se de reformar o Codigo commercial e
ao mesmo tempo suscita-se a elaboração do Codigo

de direito privado, em appendice enxertando-se capitulos especiaes.

O codigo de direito privado, no qual a materia civil e a commercial sejam: legisladas em adequados capitulos é, pode-se dizer, ideia vencedora; e bella amostra de edificante cultura juridica teria dado o Brasil, si, no momento em que tractou de reorganisar o seu direito civil, prestasse homenagem a tão grandiosa ideia, em vez de formular um codigo civil, em que não raros laivos o desaprimoram, e quasi simultaneamente cogitar da reforma do codigo commercial, desabonando assim o recente Codigo civil, pelo facto de nelle contemplar assumpto de ordem civil.

Fio da benevolencia de V. Ex. permittir que a este respeito eu rememore factos passados, que não devem ficar em olvido.

Pela adopção do codigo de direito privado debato-me eu desde 1888, como V. Ex. se dignará verificar da monographia que tomo a liberdade de juntar a estas linhas.

Com effeito, dessa monographia consta que na sessão de 8 de Novembro de 1888 do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros apresentei uma "Exposição de Motivos" (1) sobre essa codificação, seguida da discussão havida no seio dessa corporação scientifica e da deliberação por ella tomada na sessão de 6 de Dezembro do mesmo anno, pela qual foi approvedo o plano dessa codificação e eu

(1) Esta "Exposição de motivos" está publicada na *Revista Juridica*, dirigida pelos drs. Rodrigo Octavio e Paulo Domingues Vianna sob o titulo "Paginas esquecidas", n. 10, Outubro de 1916 pag. 94 e antes na *Revista do Instituto dos Advogados* de 1888, Tomo XII pag. 32.

encarregado de nomear a comissão collaboradora, segundo as ideias adoptadas. Esta tarefa não foi por diante, em razão de ter sido eu nomeado para fazer parte da comissão creada em julho de 1889. Mais tarde, em 1899, no prefácio da 1.^a edição da minha obra, em 2 volumes, intitulada "Direito Commercial Marítimo", reproduzido na 2.^a edição, em 1912, pag. XXIX, insisti nas mesmas ideias, ponderando: "A formação de um só código para as relações do direito privado, não exclue a caracterisação das relações jurídicas assim civis como commerciaes; mas, essas significações differenciaes, verdadeiras categorias subjectivas do espirito humano, não apagam a indole unitaria do direito civil e commercial, que com o terem principio e fim na natureza humana, não pode cada um delles deixar de ser essencialmente uno, como adverte Alfredo Tortori.

Varias referencias teem sido feitas a estes trabalhos, dentre os quaes praz-me salientar a que fez o muito illustrado Sr. dr. Alfredo Valladão, no seu valioso opusculo de 1902—"Unificação do direito privado" e no discurso que proferiu, com excepcional brilho, no 1.^o Congresso juridico brasileiro em 1908.

Tem-se dicto e repetido que foi o dr. Augusto Teixeira de Freitas quem primeiro no Brasil levantou a ideia da formação do código do direito privado, nada, porém, ha de mais inexacto. Com effeito, no officio que o dr. Teixeira de Freitas dirigiu ao Governo Imperial em 1 de Julho de 1868, affirmou elle:

"O meio de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação só o acharemos na composição de 2 Codigos, cujas divisões capitaes vêm a ser:

CODIGO GERAL

Livro 1.º — Das cousas juridicas

Secção I — Das pessôas

Secção II — Dos bens

Secção III — Dos factos

Livro 2.º — Dos effeitos juridicos

CODIGO CIVIL

Livro 1.º — Dos effeitos civis

Livro 2.º — Dos direitos pessoaes

Livro 3.º — Dos direitos reaes.”

Accrescentou:

“A ideia de um Codigo geral tinha sua 1.^a semente nos dous ultimos titulos do Digesto — *de verborum significatione* e — *de diversis regulis juris antiqui*...”

No Codigo civil as leis que ensinam, nos outros codigos as leis que mandam “o codigo geral para os homens de sciencia, os outros codigos para o povo”.

E concluia propondo o seguinte:

“Publicar-se-ha em breve o Projecto de Codigo geral, completar-se-ha em seguida a publicação do Esboço já publicado em sua maior parte e terminará o trabalho pela publicação do Projecto do Codigo civil”.

Neste proposito, ninguem dirá que o dr. Teixeira de Freitas tivesse manifestado a nitida compreensão

do que deve ser o código de direito privado; porquanto, fazer um código para os cientistas do direito e outro para o povo, faz lembrar o antigo e famoso despota que fazia suspender bem alto o texto das suas leis para que o povo não as lêsse. Esta anomala classificação de sabios e ignorantes, em materia legislativa é absurda. Já Bentham tinha luminosamente dicto: "Em uma legislação que se dirige ao povo, a perfeição da sciencia está em não se fazer sentil-a: uma nobre simplicidade é sua mais bella característica". Semelhante dichotomia, alem de tudo, é attentatoria do dogma fundamental da igualdade perante a lei.

Si passarmos em rapida revista o que a tal respeito têm praticado as nações cultas; descortinaremos certos tentamens para a unificação do direito privado; mas, não o verdadeiro entendimento dessa estructura juridica.

Vejamos.

No Baixo Canadá em 26 de Maio de 1886 foi promulgado — *an act respecting the civil code of Lower Canada (29 Vict., chap. 41)*, no qual foi pela primeira vez tentada a unificação das leis civis e commerciaes, na seguinte conformidade: Esta lei era dividida em 4 livros e tractava: no 1º, das pessôas; no 2º, dos bens; no 3º, da aquisição e exercicio do direito de propriedade e de suas differentes modificações; no 4º, das leis commerciaes, comprehendendo: as letras de cmbio, bilhetes, cheques e mandatos á ordem, navios mercantes, afretamento, transporte de passageiros seguros e emprestimo a risco maritimo.

Esta codificação foi formulada por uma commissão composta de tres advogados do Baixo Canadá,

alem de dous secretarios, nomeada pelo governador.
F' esta a phrase da autorisação:

1. *The governor may apoint three fit and proper persons, Barristers of Lower Canada for codifyng the laws of that division of the Province in Civil Matter and two fit and proper persons, being also such Barristers, to be secretaries to the Commission, one of whom shall be a person whose mother tongue is English but who is versed in the French language, and the other a person whose mother tongue is French but who is well versed in the English language.*

Vê-se claramente desta transcripção que o commettimento Baixo Canadense não exprimiu a significação moderna do Codigo de direito privado.

Na Suissa tambem não se fez o codigo, de que se tracta; porque, em 30 de Março de 1911 foi decretado pelo Conselho Nacional, para entrar em execução em 1º de Janeiro de 1912, uma lei federal completando o Codigo civil suiso (o livro 5º direito das obrigações) intitulado "Codigo das obrigações"; havendo, portanto, dous codigos separados.

Consequentemente, só o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, por iniciativa minha, cogitou realmente da formação do Codigo de direito privado, conforme as ideias que suggeri e foram adoptadas, segundo a monographia que aqui juncto.

Não obstante, o auctor do projecto do codigo commercial, no 1º volume (Introduccção), fallando do "grande e palpitante problema da unificação do di-

reito privado”, guardou o mais profundo silencio sobre o que se fez naquelle Instituto sobre o grandioso problema, apesar de ser do Instituto e ter feito o aliás muito merecido elogio do dr. Alfredo Valladão, pelo que pronunciou este no 1º Congresso juridico brasileiro e consta do respectivo relatorio, onde esse illustre jurisperito alludiu á aquella iniciativa.

Ha, diz Picard, uma integridade scientifica, assim como existe a integridade vulgar, consistente em nada dissimular, nem occultar elemento algum onde quer que se ache, devendo-se guardar os escrupulos dos architectos gregos que, na construcção dos seus templos, lapidavam os marmores que não se viam com a mesma perfeição com que alindavam os que eram expostos aos olhos dos seus admiradores. Vê-se assim que os tempos não são os mesmos.

Não pareça que estou dando grandes palavras a pequenas cousas, fazendo-me dispensaveis applausos; pois, antes de tudo está o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, cuja collaboraçãõ na ingente obra é ingratamente esquecida.

Sou dos que pensam que a não elaborar-se o Codigo de direito privado do Brasil, fôra melhor deixar em vigor o actual Codigo commercial, com as modificações já feitas, menos quanto á parte III — da quebra —; por isso que, as tres modificações porque passou esse codigo nessa parte: a do dec. n.º 917 de 1890, a do dec. n.º 859 de 1902 e o actual n.º 2024 de 1908, em vez de a melhorarem, muito a prejudicaram.

E fiel a este sentimento, deixo de consignar aqui o muito que teria de dizer sobre a projectada reforma.

Com a segurança de minha distincta consideração, tenho a honra de assignar-me

De V. Ex.

Att.º Servidor

Dr. José da Silva Costa
(do antigo Conselho d'Estado)

Damos em seguida a reprodução da alludida monographia.

Exposição de motivos sobre codificação, apresentada ao
Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros
em sessão de 8 de Novembro de 1888.

Organisar-se-ha quanto antes um
codigo civil... fundado nas solidas ba-
ses da justiça e equidade: Constituição
do Imperio art. 179 § 18.

Esta categorica promessa, firmada em 25 de
Março de 1824, não tem até hoje passado de méra
aspiração.

Não discutiremos aqui os motivos que teem
obstado ao desempenho da palavra constitucional,
basta recordar que ainda regem as nossa relações
juridicas da ordem civil as Ordenações do Reino de
Portugal (Phillipinas), as quaes ali viram a luz do dia
em 1603, e passando por algumas insignificantes trans-
formações, foram confirmadas, sob o reinado de D.
João IV, manifestando já então este a deficiencia desse
regimen, quando na lei de 29 de Janeiro de 1643
declarou que «a occasião da guerra, a prevenção e
disposição de segurança e defensão do Reino não
davam lugar para logo satisfazer ao que pelos tres
Estados em Côrtes se lhe tinha pedido de entender
na reformação e nova recopilção das ordenações,
com supplemento das leis que depois se fizeram».

O que em meados do seculo XVII era reputado incompativel com o governo de um paiz civilisado, ainda existe no Brazil em fins do seculo XIX!

.....
O silencio vale bem o merecido commentario.

—
Frustradas as tentativas feitas para dotar-se o Brazil com o codigo, tão ardentemente esperado; não incorreremos, por certo, em censura, propondo-nos, levados por amor do que devemos á Patria, e do que nos inspira a ardua sciencia do direito, preencher a grave lacuna.

O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros conta entre os membros que o constituem, verdadeiros levitas, perfeitos conhecedores do valor do direito e lealmente compenetrados da excelsa formula, da verdadeira lei da vida humana, com que Lefèvre fechou a ultima das bellas paginas de seu notavel livro sobre philosophia — AGIR POUR SAVOIR, SAVOIR POUR AGIR — .

—
Codificar é methodisar, é exprimir em preceitos claros a synthese legislativa, é firmar direitos e ao mesmo tempo pôr ao alcance de todas as intelligencias a summa de obrigações impreteriveis, é prestar base segura e verdadeira ao almo principio, segundo o qual, — á ninguem aproveita a ignorancia de lei. Um codigo, disse-o bem Lerminier (1), é ao mesmo tempo um systema e uma historia; as leis são mais

(1) *Philosophie de droit*, pag. 447.

conhecidas e obedecidas e a vida social mais facil no paiz, que possui codigos.

Apanagio da civilisação a codificação impõe-se. Se a tarefa não é facil, todavia não é insuperavel.

Tem havido, entretanto, quem se tenha opposto á codificação.

Quando em França, foi promulgado o Codigo Napoleão, von Savigny em um livro que intitidou — vocação dos nossos tempos para a legislação e jurisprudencia (1), combateu com vigor extraordinario aquelle codigo.

Sectario decidido e convicto da eschola historica, para a qual — o direito é o desenvolvimento espontaneo e fatal das tendencias do povo —, não admira que tão adverso se mostrasse von Savigny contra o codigo civil da França.

Releva, porém, observar que os golpes que o sabio professor da universidade de Berlim desferiu contra a obra attribuida ao primeiro consul da França, miravam tambem o estado scientifico desse paiz, cuja mentalidade não inspirava-lhe confiança para a organisação de um codigo, cuja possibilidade só admittia em Roma, no tempo de Papiniano; porque, sua litteratura juridica reunida fazia um todo organico ou na linguagem dos jurisconsultos desse tempo — as individualidades jurisperitas eram pessoas fungiveis: *man könnte (mit einem Kunstausdruck des neueren*

(1) *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p 157.

Juristen) sagen, dass damals die einzelnen Juristen fungible Personen waren. (1)

O valor da historia é inquebrantavel, não ha negal-o; mas, cumpre não desvirtuar-lhe a missão grandiosa: elemento prodigioso em tudo quanto o humano entendimento possa apprehender; tem entretanto limites sua acção: é luz que illumina, mas que não deslumbra. Se a infinidade dos seculos passados é uma força com a qual convem contar, a dos seculos vindouros não será uma força igual senão superior? pergunta muito bem Fouillée (2), accrescentando, a historia mostra — que as instituições que mais largo tempo existiram foram as odiosas, como o despotismo oriental, — que os grandes movimentos de subita renovação conquistaram a duração — e que todas as tradições começaram por ser novidades, tornando-se estas, por sua vez, tradições.

O methodo experimental, que submete a phenomenologia social á observação e experimentação scientifica, é o mais apropriado para encaminhar estudos de reformas legislativas; pois, o legislador que não consulta os costumes, para chegar á firme conclusão de que é preciso destruir, manter ou instituir, levantará um monumento modelado pela mais caprichosa phantasia; jamais, porém, logrará formular regras directoras da collectividade super-organica, como diria Spencer.

Não é só a eschola historica que tem combatido a codificação; alguns experimentalistas mesmo propendem para o systema da chamada legislação sepa-

(1) Obra citada, pag. 157.

(2) *L'idée moderne du droit*, pag. 21.

rada, invocando o testemunho da pratica Inglaterra, onde as legislações separadas são para a politica o que são para a chimica, os numerosos laboratorios nos quaes os sabios analysam, combinam, associam, isolam, estudam sob todos os aspectos os corpos elementares, afim de deduzir-lhes as leis naturaes, ás quaes estão sujeitos esses corpos nas varias manifestações de sua actividade; acreditando assim que os resultados comparativos, fornecidos pelos multiplos ensaios de legislação, conduzem semelhantemente ao mais exacto conhecimento das melhores instituições politicas e civis; é deste pensar Donnat. (1)

Incide este modo de ver nas praticas dos paizes do direito costumeiro, que fragmentando a homogeneidade caracteristica de nação, muito concorrem para o enfraquecimento do principio unitario do direito; pois, na meditada phrase de Laurent (2) — o direito é a expressão da sociedade; quando reina nos espiritos a diversidade, esta tambem predomina nas leis.

No Brazil, onde não ha, como em outros paizes, as difficuldades que por tanto tempo estorvaram a grandiosa obra da unidade legislativa, a organização de um codigo não póde suscitar senão applausos.

A simplicidade nos processos hodiernos, quanto á estructura das instituições juridicas, é proposito que deve preponderar em trabalhos desta natureza

Já von Jhering (3) disse, com a superioridade de seu merito scientifico, que a simplificação *quantitativa* e *qualitativa* era a formula, graças á qual, o

(1) *La politique expérimentale*, pag.97.

(2) *Principes de droit civil français*, t. 1 n. 3.

(3) *L'Esprit du droit romain* — trad. par Meulenaere, t. 3 pags. 25 e 25.

o jurista apodera-se do dominio intellectual sobre o direito: pela primeira, diminue-se, sem prejuizo dos resultados, a massa de materiaes, fazendo-se o mais com o menos possivel; pela segunda, obtem-se a conformação intima, a symetria, a unidade do objecto.

O espirito da legislação civil que nos governa, no que toca ás Ordenações do Reino, é influenciado principalmente pelo direito romano e pelo direito canonico, o que concorreu por certo para as muitas anomalias e heterogeneidades que se encontram no avehlantado documento; de facto, se por um lado, a legislação romana imprimio nas Ordenações o cunho fatidico de seus rudes rigores; por sua vez, o direito canonico saturou-as da mais singular e repugnante intolerancia.

Com elementos taes, não é para extranhar sua hybrida formação; que, não obstante, tem pautado, na maxima parte, os mais importantes actos da vida civil, no Brazil.

O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na plena elevação de seus sentimentos, com a exhuberancia de luzes que o ornamentam, com o gráo de patriotismo de que é capaz, dirá se em vão é licito appellar para seus illustres membros, convidando-os a meditar sobre o magno problema; e quando tenha acolhimento este proposito e nos conselhos de sua razão esclarecida, houver lugar para tão momentosa lucubração, dar-nos-hemos por bem compensados da iniciativa que empreendemos.

Tendo de se organizar um codigo, pareceu-nos occasião asada para suggerir uma idéa, que se nos afigura digna de estudo.

As relações civis e commerciaes constituem duas vastas especialidades, tendo entretanto pontos de contacto, que chegam a identificar-se.

Com effeito, certos contractos existem que participam dos mesmos caracteres, obédecem as mesmas causas geradoras, dando lugar a iguaes effeitos, só differençando-os o fim que os pactuantes têm em vista.

A compra e venda, por exemplo, o mutuo, a locação, o deposito e outros contractos tem a mesma conformação, devem por isso estar sujeitos aos mesmos preceitos dominantes.

O Codigo deve constar de quatro partes: Na primeira parte se hade tratar:

da promulgação das leis,
sua obrigatoridade,
sua extensão, e
conflictos de direito internacional privado.

A segunda parte é consagrada ao que respeita exclusivamente ao assumpto civil.

Nesta parte, os direitos e obrigações serão regulados na ordem da sua genesis:

contracto,
quasi contracto,
delicto e
quasi delicto.

Supprime-se assim a sempre discutida questão da melhor classificação do direito: isto é, — se a tripartita de pessoas, cousas e acções de Gaio — no fr. 1 do *Digesto de statu hominum*, adoptada pela

Instituta de Justiniano, é preferível á de Mackeldey, (1) á qual procurou seguir Coelho da Rocha. (2)

Nos capitulos dedicados ao contracto—se tratará:
do agente dos direitos,
sua capacidade,
seu objecto e individuações.

E nos subsequentes capitulos se haverá respeito das instituições que lhe são peculiares.

A terceira parte conterà a materia puramente commercial.

A quarta e ultima parte consignará preceitos concernentes á assumpto que promiscuamente são de natureza civil e commercial.

No regimen contractual serão contemplados os contractos de conta corrente, reporte, as ordens em mercadorias (*ordini in derrate*), as sociedades cooperativas.

Em homenagem ao grande postulado — o governo do Estado é leigo, o casamento civil receberá a devida consagração, instituindo-se o registro civil, do qual constarão tambem os outros não menos importantes momentos biologicos — o nascimento e o obito.

A liberdade de testar terá no codigo a indeclinavel sancção, investindo dest'arte o testador, no criterioso conceito de Courcelle Senuil (3), de uma especie de magistratura, a qual deve ser exercida no interesse publico.

(1) *Manuel de droit romain trad. par Beving.*

(2) Instituições de direito civil portuguez.

(3) *Préparation á l'étude du droit*, pag. 428.

Se as expostas idéas merecerem do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, a que tenho a honra de pertencer, o favor de suas correções e o amparo de seu prestígio, ser-nos-ha isto título de acariciado desvanecimento.

Dr. José da Silva Costa.

Palavras proferidas pelo Dr. José da Silva Costa, em
sessão de 29 de Novembro de 1888 do Instituto
da Ordem dos Advogados Brasileiros,
sustentando suas idéas
sobre a codificação

O Dr. Silva Costa obtendo a palavra :

Vae tomar na merecida consideração as palavras que acabam de ser proferidas pelos dignos preopinantes, aproveitando-se do ensejo para fazer algumas ponderações acerca do objecto da discussão.

A questão da classificação juridica tem toda a importancia, é certo; mas tambem é esse um dos problemas elementares, no estudo do direito.

Recorda as varias tentativas que tem sido feitas para melhor classificação do direito, já como sciencia, já como legislação: a divisão tripartita de Gaio, adoptada pela Instituta de Justiniano, apesar de seu valor tradicional, tem sido criticada, reconhecendo muitos e com razão que ella não satisfaz as exigencias do melhor methodo scientifico, nem tão pouco conduz o legislador a guardar, na elaboração dos preceitos legais, a ordem e differenciação, tão necessarias em trabalhos de tanta transcendencia.

E' adepto convencido da doutrina que von Jhering doutamente explana na sua excellente obra sobre o — Espirito do direito romano—; por isso acredita que

o melhor methodo a seguir é o da historia natural, como antes já insinuára menos affouto Blondeau, quando, impressionado pelo estacionarismo do direito, devido ás subtilezas da escolastica, á arbitrariedade das divisões e ao invento de hypotheses occasionaes, lembrou os progressos realizados pelas *chamadas* sciencias naturaes; certo de que as leis, actos da vontade legislativa, conta a grande vantagem de não estarem sujeitas ás constantes variações da classificação das sciencias naturaes, em razão das descobertas que de continuo enriquecem o vasto campo de observação dos naturalistas.

Conhece varios systemas apresentados para a classificação juridica, mas cahem todos no vicio arguido á de Gaio.

Vulteius dividio o direito em duas partes, que intitulou: — *de jure absoluto* uma e *de jare relato* a outra; na 1.^a trata dos direitos e obrigações, sem suppor outros direitos ou obrigações; na 2.^a trata desses mesmos direitos e obrigações, em conflicto com outros.

Althusius escreveu a Dicçæologia e nella dividio a jurisprudencia, em referencia ao *facto* e ao *direito*.

Blondeau affirmando que a lei ou crea um direito ou impõe uma obrigação, o que importa vêr que a lei outra cousa não faz senão ordenar serviços, divide estes em positivos e negativos; e sobre esta base levanta as suas instituições, divididas em 7 partes.

Domat propõe a classificação do direito em duas partes que denominou *engagements et successions*.

Heise, Hugo, Schweppe e Mackeldey dividiram o direito em uma parte geral e outra especial; na 1.^a, expondo as noções sobre pessoas, cousas e acções;

na 2.^a, particularisando essas noções, tratando singularmente das especies de direitos.

Von Savigny reconhece tres classes principaes de direitos, a saber: — O direito de familia, — o direito das cousas e — o direito das obrigações, não desconhecendo que se a abstracção os separa, na viva realidade, elles se tocam: e talvez por isso, suggere o notavel romanista a classificação juridica fundada no triplice preceito de Ulpiano — *honeste vivere, — neminem lædere, — suum cuique tribuere.*

Cardoso imaginou a arvore da justiça, cujo tronco é formado pela propriedade.

A rapida enumeração dos varios systemas espostos convence *prima facie* que nelles a classificação não encontra as raias delimitativas, no interesse da investigação scientifica e ainda mais no preciso valor da disciplina juridica, como *norma agendi.*

Todos esses systemas condemnando a classificação de Gaio — *personas, res, actiones*, cahem na confusão que exprobam.

Entretanto, as idéas, que offerece o orador á analyse do Instituto, evitando o escolho, em que têm naufragado todos os commettimentos, visando uma boa classificação, — adoptam o methodo da desinvolução logica das quatro fontes geradoras de todo o direito e obrigação, dando lugar a que as varias instituições juridicas sejam tratadas na sua genesis e nas suas applicações praticas.

Em resposta á breves reflexões do Sr. Conselheiro T. Alves, disse o dr. Sílva Costa na mesma sessão o que se segue:

Em resposta ao que disse o illustre confrade o Sr. Conselheiro T. Alves, tem a expender bem pouco para mostrar a improcedencia de suas reflexões.

Já estranhava a ausencia de s. ex., quando teve a fortuna de o ver entrar no recinto.

Sua ex. parece não ter lido com toda a attenção a Exposição de motivos que o orador teve a honra de apresentar e está em discussão; pois, o illustrado collega attribue ao autor da Exposição alludida — um proposito contradictorio, qual o de inserir no codigo civil materia mercantil; não ha no trabalho que formulou uma só palavra que autorise semelhante intento; pelo contrario, o que o orador pretende é que se codifique a materia civil e commercial em um só corpo de direito, mas em secções apropriadas, considerando que se ha instituições civis que se destacam das mercantis, outras ha que tanto têm de mercantis como de civis.

O codigo do commercio da França não incluiu em seu texto a materia generica e comprehensiva nas duas disciplinas, já reguladas no codigo Napoleão, ao qual faz constantes remissões, especialmente em materia de contractos.

O preopinante com as idéas que inculca parece inclinar-se á classificação de Courdemanche, quando pensou em resolver o problema, imaginando os codigos progressivos, formados de codigos especiaes, acompanhados de taboa chronologica, de dictionario legal, onde tambem campêa, o systema decimal!

O systema que o orador submetteu ao estudo do Instituto, está muito longe das idéas que o Sr. dr. Teixeira de Freitas offereceu á consideração do Governo Imperial.

Sabem os collegas que o Sr. dr. Teixeira de Freitas, pretendeu dividir o codigo, de cuja confecção estava encarregado, em duas parte: a 1.^a, elle intitula — codigo geral — sob cuja rubrica trata *a*) das cousas juridicas, *b*) das pessoas, *c*) dos bens, *d*) dos factos, *e*) dos effeitos juridicos. Na 2.^a parte, sob a inscripção — codigo civil — trata elle, *a*) dos effeitos civis, *b*) dos direitos pessoaes, *c*) dos direitos reaes.

E' muito para deplorar a mentalidade que produzio o documento, sobre o qual não se demorará muito o orador; notando apenas que nelle não se mostra ter idéa exacta do que é contracto de conta corrente, o qual se confunde erradamente com o mandato, e se entra em distincções de *factos que não são actos* e outras infelicidades deste genero.

O Sr. Conselheiro T. Alves acha por ventura que é demasiado emprehender o que orador propõe; mas, não vê motivo suasorio, pelo qual se deva abandonar o commettimento, só porque elle é grandioso.

Se são falsos os conceitos do orador, que sejam elles combatidos e não será rebelde ao dictame da justa correcção; se pelo contrario, obedecem ás regras do verdadeiro methodo, devem ser adoptados: eis sobre que cumpre deliberar.

Em sessão de 6 de Dezembro de 1888, o Instituto da Ordem dos Advogados approvou o plano da codificação do Dr. Silva Costa, a este encar-

regando de nomear a comissão para colaborar com elle na tarefa de formular a codificação, segundo as idéas adoptadas.

Nesta sessão o Dr. Silva Costa lembrou ainda a conveniencia da nacionalisação do "Homestead" e outras instituições modernas.

Prosigamos:

Foi a "Revista Juridica", dirigida pelos distinctos juristas os srs. drs. Rodrigo Octavio e Paulo Vianna, quem primeiramente quiz salvar do silencio, em que se pretendeu envolver o meu tentamen, fazendo preceder das significativas palavras *Paginas esquecidas* a inserção da minha "Exposição de motivos" no n. 10, de Outubro de 1916, á pagina 94 da citada Revista, aliás já publicada na *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* de 1888 T. XII, pag. 32.

Por tal motivo dirigi a um dos referidos e distinctos directores uma carta, em 6 de Novembro de 1916, nos seguintes termos:

"Acabo de ler na sua interessante "Revista Juridica" — n. 10, de Outubro-1916 — o que nella foi publicado sob a inscripção "Paginas esquecidas", referente á minha "Exposição de Motivos" apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros de 8 de Novembro de 1888, faz depois d'amanhã 28 annos.

Agradeço a gentileza de haver interrompido o silencio que se tem querido fazer ultimamente em torno do meu nome, na tentativa da formação do "Codigo de Direito Privado", o que faz recordar as palavras de Seneca:

“Etiam si omnibus tecum viventibus silentium livor indixerit, venient qui sine offensa, sine gratia, judicent”.

Com a segurança de minha distincta consideração, assigno-me, etc.

Este caso tem antecedentes que convem aqui relatar; e o farei, tendo em lembrança o conceito de Schopenhauer, segundo o qual — perdoar e esquecer significam deitar pela janella fóra experiências caramente adquiridas (*Paranéses et Maximes* pag. 229). Recordemos, pois.

O notavel professor, dr. Brasílio Machado, na douta lição inaugural do curso de Direito Commercial, professado no anno lectivo de 1897, na Faculdade de Direito de S. Paulo, e publicada em folheto, um de cujos exemplares teve a gentileza de offerecer-me, defendeu preluzentemente a ideia da formação do Codigo do Direito Privado, arguindo com Cimbalí, “o deploravel e anarchico dualismo que, por convenção, ainda separa a legislação civil e a legislação commercial”.

Pouco tempo após o recebimento desta erudita e edificante Licção inaugural, fui obsequiado pelo eminente professor com uma carta, datada de 28 de Maio de 1897, na qual cavalheirosamente me fez sciente de que, por informação do então notabilissimo lente da mesma Faculdade, o sr. dr. Pedro Lessa, tinha sabido que anteriormente havia eu tractado do mesmo assumpto, dando assim o motivo pelo qual deixara de referir-se ao meu trabalho.

Mais tarde, o não menos distincto sr. dr. Alfredo Valladão, em uma monographia, cujo exemplar captivamente offereceu-me, intitulado — O Direito Commercial em face do Codigo civil — Unificação do direito privado —

pugnou sabiamente por esta grandiosa ideia; e dando conta dos que se tem esforçado pela realização desse commettimento, escreveu:

“Em uma interessante exposição de motivos sobre Codificação, apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 8 de Novembro de 1888, fez notar o dr. Silva Costa que a simplicidade nos processos hodiernos, quanto á estructura das instituições juridicas, era proposito que devia preponderar em trabalhos de tal natureza.

...calcou o seu plano de codificação nos moldes de *von Ihering* da simplificação quantitativa e qualitativa. E em sessão do mesmo Instituto, de 29 de Novembro, melhor explicando o seu pensamento, em resposta a um discurso do dr. Thomaz Alves, declarou elle pretender “que se codifique a materia civil e commercial em um só corpo de direito, em secções apropriadas, considerando que, si ha instituições civis que destacam-se das mercantis, outras ha que tanto têm de mercantis como de civis. Mais accentuadamente ainda em 1889, se pronuciou adepto convencido da unificação do direito, pela formação do Codigo de direito privado, comprehensivo tanto do direito civil, como do direito commercial; affirmando então “estar muito longe de considerar o direito commercial em suas multifarias disciplinas, como um direito proprio, com vigencia peculiarissima, com estructura especifica, livre de todo o plexo de interdependencia do direito privado, de que é parte integral”.

Compreende-se facilmente que se calem factos ignorados; mas, não se justifica a omissão de factos notorios, que tira á historia seu valor tradicional.

Cicero no seu livro *De Oratore* define a historia assim:

"*Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitæ, nuntia vetustatis*". Si pois, a historia não é o testemunho fiel aos tempos, si não luz como a verdade, não orienta a memoria, não domina a vida e não é mensageira da antiguidade; não é historia, é simples phantasia.

Bourdeau, no seu apreciado livro *L'histoire et les historiens*, fallando dos escrupulos que correm a todo o historiador, diz que á este não assiste o direito de desdenhar a mais humilde vida, assim como ao mathematico, o de omittir uma quantidade entre os coefficients de um numero; ao astronomico, um centro de attracção na determinação de uma orbita; ao physico, um agente na producção dos phenomenos; ao chimico, um atomo na analyse das substancias; e ao naturalista, uma especie na classificação das formas". Eis aqui porque alguém já manifestou preferir as concepções dos poetas aos escriptos dos historiadores.

O arguido silencio não me alvejou só; mais do que a mim, attingiu o Instituto, o qual adoptou o plano da nova codificação; e seria, porventura, hoje uma realidade, si acontecimentos imprevisos não obstassem a sua marcha evolutiva. Em abono deste asserto, devo relatar certas occurrencias.

O benemerito Visconde de Ouro Preto, em obediencia ao seu programma ministerial, do qual fazia parte a codificação, nomeou uma commissão para elaborar o respectivo projecto. Fazia parte desse gabinete, como ministro da justiça o illustrado senador do Imperio, Conselheiro Candido Maria de Oliveira, o qual convidou-me para uma conferencia, cujo objecto era o momentoso assumpto. Nessa conferencia que teve logar na Secretaria da Justiça, o illustre Estadista fez-me conhecido o pensamento do

governo de nomear-me membro dessa comissão: o que immediatamente recusei por já fazer parte da comissão do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, instituída para elaborar, com o pessoal que eu indicasse, um projecto de Código de Direito Privado, de minha iniciativa e não ser-me licito abandonar essa missão. Insistindo o illustre ministro e para mostrar-lhe a minha melhor vontade; propuz-lhe levar ao conhecimento do Instituto o que acabava de ter logar entre nós; e si o Instituto entendesse que eu devia acceitar esse convite, sem prejuizo das minhas ideias sobre a codificação, podia dispor dos meus serviços; pressuroso acceitou o digno Estadista o meu alvitre, accrescentando que conhecia e acceitava as minhas ideias sobre a codificação e continuava a não ver obstaculo nisso.

Na sessão do Instituto, que teve logar na noite immediata, aberta a sessão pelo Venerando Conselheiro Saldanha Marinho, de saudosa memoria, expuz o occorrido; e depois de breve discussão, foi unanimemente resolvido pelos membros presentes que fosse acceito o convite, na esperança de ser desta feita realisada a cogitada codificação.

Voltei no dia seguinte á Secretaria da Justiça, para dar conhecimento da minha acceitação ao illustre ministro, o qual fez-me saber que concluidos os trabalhos da comissão, viriam elles para minhas mãos, não só no interesse da uniformidade da redacção do projecto, como no da unificação do direito privado, conforme o plano que eu tinha elaborado.

Vê-se, pois, que a codificação do direito privado só não foi então levada por diante, em razão da mudança das instituições politicas, em 15 de Novembro de 1889.

Devo ainda relembrar o que occorreu, quando ministro da justiça do governo provisorio, o illustre dr. Manoel Ferraz de Campos Salles.

Procurou-me este conhecido politico e convidou-me para fazer a codificação civil, no que muito se empenhava, sabendo que eu tinha idéas assentadas sobre o assumpto; não accitei o convite, entre outras razões, porque tinha deliberado partir com minha familia para Europa, por tempo indeterminado, o que fiz. A esse convite alludiu tambem o não menos distincto cultor das lettras juridicas, o Conselheiro A. Coelho Rodrigues, pelo *Jornal do Commercio*, defendendo-se de uma arguição que lhe fôra injustamente feita, por ter acciteo a missão codificadora, de que fôra incumbido pelo mesmo ministro, em vista da minha recusa.

A esse meu plano tambem fez allusão, embora d'elle discordasse, o glorioso Conselheiro d'Estado dr. Domingos de Andrade Figueira, como se vê dos Trabalhos da Camara, IV, p. 82.

Não foi pois a minha aliás despretenciosa individualidade a unica attingida pelo silencio guardado, quanto ao grande commettimento da unificação do direito privado brasileiro; tambem o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros o foi, com grave e desrespeitoso descuido.

Levando ao seio desse Instituto esse grandioso emprehendimento, por elle acariciado tão promptamente, eu dava requintada prova da minha constante dedicação e apreço a essa Egregia corporação; e no exclusivo intuito de mostrar que esta affirmção não é simples palavrear, reproduzo, em seguida, a moção apresentada e recebida na sessão de 6 de Dezembro de 1888 do mesmo Instituto por seu insigne Decano, Conselheiro Saldanha Marinho (1).

Eil-a:

“Proponho que nesta acta da ultima sessão do Instituto no corrente anno se lance a seguinte moção:

(1) Tenho no meu archivo a respectiva certidão da secretaria, então a cargo do digno sr. dr. Sá Vianna.

Já eu advogava neste fôro, quando aqui chegou doutorado em S. Paulo, o nosso distincto collega o sr. dr. José da Silva Costa. Occupou um cargo na magistratura e desde logo manifestou as suas habilitações, deixando apos si um traço luminoso de sciencia e de probidade. Conheceu o que é a carreira da magistratura entre nós e abandonou-a. Compreendendo com criterio o que é a luta politica nesta terra infeliz, fugiu della, a despeito de ser instantemente procurado para envolver-se no turbilhão insensato dos aspirantes ao governo. No Brasil, a politica não é uma sciencia; é uma especulação. Nesse lodaçal basta ser apto, para ser guerreado; basta ser probo para ter inimigos gratuitos, basta ser honrado para desmerecer no conceito dos que, á frente do movimento, não admittem independencia de character, nem severidade de apreciação. E bem fez elle. Conheceu que na sciencia da sua profissão, acharia um campo largo e digno e onde a sua figura se tornasse mais saliente e inexpugnável. Atirou-se avido ao estudo do Direito, conheceu que estava no seu caminho e chegou ao alto gráu de advogado dos mais notaveis, e alem disto a ser um dos poucos juriconsultos que honram a nobre profissão no Brazil. Entrando para este Instituto e tomando sempre a serio os encargos que assume, dedicou-se admiravelmente aos verdadeiros interesses desta grande Instituição. E o seu empenho nisto se tornou tão notavel que, com justiça se pode dizer que é o principal motor da prosperidade da Instituição. No logar de secretario que exerceu sem exemplo e sem imitador, tomou a seus valentes hombros não só o desenvolvimento de grandes questões de direito como a redacção da Revista do Instituto, a qual só tem vivido do impulso que lhe imprime esse distincto companheiro. O logar que eu aqui occupo, e mal, a elle de preferencia coin-

petia e se a despeito dos meus 73 annos de idade e alquebrado por immensos desgostos e decepções, tenho até hoje e como me é possível o exercido, o faço em obediencia ao Instituto e por animações que jamais me faltaram de tão benevolente companheiro. O Instituto deve-lhe a conservação da vida até agora. O Instituto deve-lhe a resurreição que se vae operando pelo concurso que nos vieram prestar distinctos moços intelligentes, dignos e estudiosos e cujo colleguismo nos honra. O Instituto deve-lhe as magnas discussões e proveitosas soluções que tem dado em importantissimos pontos de direito e jurisprudencia. O Instituto, portanto, lhe deve o que é. E quem tanto e tão valiosamente se tem prestado e quem se devota dia e noite em bem do credito e da prosperidade desta Instituição, tem direito, por severa e rigorosa justiça a que se consigne nos livros dos nossos trabalhos, o mais solemne protesto de admiração por seus estudos e trabalhos e de reconhecimento sincero pelos relevantes serviços que tem prestado. E' o que proponho.

Rio de Janeiro 6 de Dezembro de 1888. — (Assignado) *Joaquim Saldanha Marinho.*"

Não devo olvidar aqui as honrosas referencias que fez o preclaro consocio, o sr. Conde de Candido Mendes na sessão do mesmo Instituto de 9 de Novembro de 1916 (1), quanto aos serviços que, desinteressadamente e só olhando para o maior esplendor do Instituto, lhe prestei.

Creio ter justificado a minha attitude, perpetuando pela imprensa a interrupção da prescripção contra direitos

(1) Vide *Jornal do Brasil* de 11 de Novembro de 1916.

inauferíveis, *ubi rem meam invenio, ibi vindico*; e como bem disse von Jhering, "o direito que por um lado é a prosa, torna-se na lucta por uma ideia a poesia; porque, o combate pelo direito, é, na verdade, a poesia do caracter".