

DISSERTAÇÃO PARA CONCURSO

NA FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

POR

Avelino Cesar Augusto Maria Callisto



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1871

A

ILLUSTRADA

FACULDADE DE DIREITO

EM

TESTEMUNHO

DE

RESPEITO E CONSIDERAÇÃO

O.

Avelino Cesar Augusto Maria Callisto.

THESE

Os filhos naturaes, legalmente perfilhados ou reconhecidos, antes ou depois do matrimonio, devem ter uma legitima igual á dos filhos legitimos de qualquer dos paes perfilhantes.

PARTE GERAL

Saint combats de l'intelligence, vous seuls
devez n'avoir ni suspension, ni trêve.

LERMINIER, Phil. du Droit.

Successão ab intestato dos filhos naturaes, ou analyse philosophico-juridica dos artigos 1785, 1991 e 1992 do Código Civil Portuguez.

La distinction entre le juste et l'injuste n'attend pas la promulgation d'une loi écrite, ni la venue d'une révélation matérielle: elle est inseparable de la conscience.

TIBERGHIEU.

O tormento de Tântalo não é por certo o destino da humanidade.

LOPES DE MENDONÇA.

I

Ao presenciarmos, com horror, essa luta de gigantes, luta de exterminio sem treguas nem piedade entre duas nações, que a Europa moderna apresentava ao mundo inteiro como os primeiros apóstolos da sua civilização, deve ser extremamente glorioso para este pobre paiz, esquecido e desprezado na sua pequenez material, que alguns de seus

filhos desçam pressurosos á liça a defender no campo da sciencia os direitos da personalidade humana, que os grandes, pela força, atacam e derribam no campo da batalha, por entre o troar do canhão e o ultimo grito dos vencidos, abafado pelos hourras dos vencedores.

E' convicção nossa, que o grande cataclismo, que ora vai fazendo revolver a Europa como um vulcão, é a realisação fatal d'um grande pensamento ou lei providencial da historia, que rege a humanidade.

E' a continuação da epocha da *variedade* na vida evolutiva da humanidade, durante a qual os elementos organicos procuram constituir-se em ordem á realisação da harmonia final por meio d'uma luta, mais ou menos regular, moderada aqui, violenta alem. Os imperios elevam-se e declinam; as crencas modificam-se, e os costumes corrompem-se para renascерem a final.

A civilisação, só através de mil obstaculos, pode proseguir no seu caminhar incessante. E' facto averiguado, que, em quanto a humanidade adquire, nestas lutas, uma a uma as forças do seu organismo, alguns povos conservam os depositos sagrados da intelligencia, que as gerações passadas legaram ás presentes, transmittindo-os ás gerações futuras, para de novo os cultivarem em todo o periodo ascendente da humanidade.

Tal foi a missão do povo hebreu para as raças indo-europeas.

E tal póde ser tambem a missão do nosso velho Portugal, que, assistindo pacifico aos grandes movimentos revolucionarios que se vão operando, e continuarão provavelmente a operar na Europa, transmittirá aos vindouros os productos do seu trabalho na sciencia. D'estes factos se evidencia a realidade da philosophia da historia.

E foi necessario, que, das solidões de Vatolla, o genio de Vico fizesse resoar estas admiraveis palavras *«l'humanité est son œuvre à elle même»*, para que emfim a historia passasse do empirismo, em que vivera durante tantos seculos, a naturalisar-se nos dominios da sciencia, emancipando-se com uma philosophia propria.

Mas não importa. As lutas da intelligencia serão sempre mais gloriosas, porque hão de conquistar, em favor do progresso, a perfeição na idéa com todas as suas applicações á vida social: são mais nobres, porque não são sanguinarias; são tambem mais dignas, porque não representam o dominio das paixões que aviltam, e são mais sabias, porque significam evidentemente o esforço da razão em demanda da verdade, e não a força do braço que descarrega o golpe.

II

O obscurantismo tem sido, e é ainda, uma das principaes causas da maior parte das desgraças sociaes, attestadas pela historia, e que pezam sobre a humanidade, quando esta se vê obrigada a conseguir por um esforço violento e terrivel, o que pacificamente poderia ter alcançado, se o coração humano fosse regulado em seus movimentos pelos dictames da consciencia racional.

Ha já sete seculos que a Europa levantou o primeiro grito para emancipar os direitos do homem do jugo do feudalismo.

As communas do seculo XII ensinaram aos heroes de 89, como se conquistam os direitos do homem, quando os despotas os têm algemados no seio da sua formidavel ambição.

Quatro seculos são passados, desde que o espirito humano se emancipou da pressão da auctoridade.

Desde então, que revolução immensa se não tem operado nos sentimentos, nos costumes, no direito e, emfim, em todas as manifestações da vida social! E, comtudo, que immensas lacunas se não observam ainda nas instituições sociaes, especialmente n'aquel-

las que respeitam mais directamente aos direitos do homem e da sociedade, e que exprimem, ás vezes, um pensamento bem simples!

Nada mais trivial entre os principios da sciencia do Direito Natural, do que a egualdade, no homem, dos direitos fundamentaes que constituem a sua personalidade juridica.

Apezar d'isso é para notar quão lenta e laboriosa tem sido, atravez do espaço e do tempo, a realisação d'aquella idéa, que, nas suas variadissimas applicações, está ainda bem longe da perfeição de que é susceptivel.

III

Em materia de legislação é notavel o empirismo, grosseiro ás vezes, que, quasi sempre, tem presidido á sua elaboração. Donde, a falta de systema, as lacunas e disposições violentas, baseadas em falsos principios, que se observam em quasi todos os codigos da Europa.

Entre as causas d'este mal uma sobresaé principalmente ás restantes. Referimo-nos ao atraso, imperfeição e quasi indifferença pelo estudo da constituição organica do homem social, assim como dos

factos naturaes, para a boa organização das instituições sociaes.

Se o homem e a humanidade tendem a constituir-se na sua *serie racional e perfectivel*, é evidente, que nada pode haver de arbitrario no seu successivo e regular desenvolvimento.

Toda a *serie* tem uma unidade, que, na sciencia é a base do *systema*, e a *determinação* d'esta *unidade* pelos factos constitue a lei necessaria e reguladora da *serie*.

A indagação das causas e dos principios universaes e necessarios, considerados debaixo de todos os pontos de vista e nos grandes problemas, que se levantam nos dominios da sciencia, é a *philosophia* em toda a extensão da palavra; porque a *philosophia* é a *sciencia* das causas e dos principios dos seres e dos *phenomenos*.

As instituições sociaes, e portanto a legislação, sendo um elemento de condicionalidade ao fim do homem e da humanidade, representam uma idéa fundamental na ordem geral da organização social.

E, para a boa organização d'aquellas, é indispensavel estudar a idéa nos seus elementos objectivos, assim como os principios e leis que lhe são applicaveis no meio social.

E' preciso depois descer do ideal á contingencia

da instituição para estudar o meio social, em que ella tem de apparecer.

É então que se modificam os principios segundo as circumstancias particulares e contingentes, em que se applicam.

IV

Nesta evolução ascendente das instituições sociaes, tem portanto o legislador de se regular por principios certos e determinados que a sciencia lhe indica.

A geometria, a pintura, a esculptura e a architectura têm principios e leis certas, fóra das quaes não existe a verdade.

E será, porventura, a sciencia das leis sociaes uma excepção a principio tão constante e universal?

O despotismo attreveu-se um dia a proclamar, que a vontade arbitraria do legislador era a base juridica e obrigatoria da legislação.

E a ignorancia acreditou isto, e os apostolos do obscurantismo, e os homens sem character pensaram, que, no meio e através de tantas reclamações, que continuamente mudam o estado da sociedade, a sciencia da legislação era uma palavra ôca de sentido, porque não tinha principios certos e immudaveis!

As grandes imperfeições, que se notam em todos os systemas de legislação, originam-se principalmente no atraso do estudo da antropologia, especialmente a racional, e da physiologia social.

Discutem-se, por exemplo, os systemas ácerca das relações do estado com o individuo, a familia e a communa; esgotam-se as forças do genio e os recursos da arte no pro e contra. Mas como será possível o ecletismo, isto é, o julgamento da contenda para dar a cada um o que é seu, sem o conhecimento intrinseco, *psychologico-juridico* d'aquellas entidades?

Que admira o atraso do Direito Natural, se a psychologia e a ontologia não têm dado um passo?

Assim mesmo a Esthetica é a sciencia, que mais póde competir hoje com a physiologia, que avança a passo de gigante.

V

Quanto mais se profunda a sciencia, mais as suas raias desaparecem.

São ainda hoje desconhecidos os limites precisos das sciencias, especialmente das que respeitam propriamente ao dominio intellectual. Não apparecem aqui esses gigantes de granito, essas cintas de rios e mares que circumdam e separam as nações.

As raias do pensamento cruzam-se, confundem-se e penetram-se.

Onde a linha neutra, que separa a physiologia da psychologia, a politica da administração, a religião da moral e philosophia?

Quando pensou Linneu, ao traçar com mão vigorosa os typos dos reinos mineral, vegetal e animal, que viria ainda tempo, em que os tres reinos haviam de ser considerados como transformações successivas das mesmas substancias?!

«*Eu não te conheço, nem tu me conheces ainda*», disse um dos maiores pensadores da Allemanha — Fichte. —

O *nosce te ipsum* é o primeiro e ultimo problema da philosophia.

E' na sciencia da legislação que mais se sente a falta e o atraso das sciencias *juridico-moraes*.

Sendo aquella a synthese de todas as sciencias sociaes, é evidente que deve comprehender, na sua applicação, todos os principios e leis naturaes, que regulam a realisação dos variadissimos phenomenos e satisfação de todas as necessidades sociaes em cada uma das planas do desenvolvimento do homem, individual e socialmente considerado.

Neste ponto é necessario, que o legislador reuna á theoria um profundo conhecimento da vida practica e um prudente juizo na applicação das leis ás

necessidades da vida social em todas as suas manifestações.

Com quanto a practica, na ordem chronologica, seja anterior á theoria, esta, na ordem logica, é anterior áquella.

O advogado, o juiz, que ignoram os principios da jurisprudencia, que despresam o desenvolvimento da intelligencia das leis, bem longe de acertarem com a practica, fazem d'ella um jogo do acaso, á mercê do favor ou da aversão.

Quando os sabios estatutos da nossa Universidade exigem nos cursos juridicos o conhecimento da parte theorica da sciencia juridica, por certo não tiveram em vista, que o legislador ou magistrado fossem extranhos ao conhecimento da bondade absoluta das leis segundo os dictames da sciencia.

«E sabes tu julgar? acaso aprendeste a sciencia que requer o teu emprego?» perguntava Epicteto ao Pretor da Grecia: *tenho a nomeação e patente de Cesar; ella me basta* (respondeu o Pretor). E o philosopho lhe replicou: *«póde ella dar-te a jurisprudencia, que te falta, e que se torna indispensavel no exercicio de teu cargo?»*

VI

As consequencias d'estes principios são palpaveis na practica.

Inquestionavelmente a força moral d'um povo reside num bom systema de legislação e n'uma prudente e acertada administração publica.

Não ha cousa mais fatal para os povos do que um erro de legislação.

A perda d'uma provincia, d'uma colonia, e todos os maus resultados materiaes d'uma guerra são males, que o tempo póde esquecer ou remediar. Um só instante de prosperidade, a victoria d'um dia reparam, ás vezes, as perdas de muitos annos; um erro em politica ou legislação é uma fonte perenne de males, cuja influencia destruidora os seculos futuros sentirão ainda.

Sparta, tantas vezes opprimida pela guerra dos visinhos, levantou-se, no meio de seus males, triumpante e mais formidavel ainda.

A batalha de Cannas, sendo uma desgraça para os romanos, inspirou-lhes mais valor ainda. E em virtude d'uma só lei sobre finanças, quantos campos improductivos, que milhares de cidadãos roubados á patria, quantos portos fechados de repente ao commercio e á industria!

Que o atteste a Hespanha com o seu systema prohibitivo e expulsão dos mouros, ella, que no tempo de Carlos v era o centro unico, d'onde partia o movimento convulsivo, que agitava a Europa.

Que o diga a França, que, pelas deportações de Luiz xiv, viu roubar do seu proprio seio, os recursos de tantas artes, que os infelizes proscriptos iam offerecer a nações mais esclarecidas.

E Colbert, preferindo a industria á agricultura, não paralysoou em prejuizo do estado uma das fontes mais perennes da riqueza nacional?

Ao passo que, no homem, a força perfectivel o impelle no seu movimento ascendente, uma outra força de repulsão luta com a primeira dominando-a por vezes. D'ahi a lentidão na marcha do progresso. D'ahi tambem os terriveis obstaculos para a marcha da civilisação. E, muitas vezes, que immensos sacrificios, que hesitações, que angustias mortaes para a conquista e realisação d'uma idéa!

Sempre a luta eterna das duas forças no ser; sempre a lei da eterna contradicção, essencial á harmonia do universo, porque nem a propria Natureza Infinita d'ella está isempta.

Será pois o nosso trabalho um esforço, inutil talvez, mas filho d'uma intima convicção.

PARTE ESPECIAL

Os filhos naturaes legalmente perfilhados ou reconhecidos, antes ou depois do matrimonio, devem ter uma legitima igual á dos filhos legitimos de qualquer dos paes perfilhantes

SECÇÃO PRIMEIRA

Noções geraes

Successões ab intestato

São variadissimos os problemas, que todos os dias se levantam, relativos ao modo de realisar o desenvolvimento das differentes entidades, individuas e collectivas, que constituem o grande ser — a humanidade.—

Tracta-se, por exemplo, de determinar os direitos e deveres do homen, da familia, da communa, em si e nas suas mutuas relações. Apparecem e discutem-se os systemas, lutam as intelligencias,

euthusiasmam-se os partidos, e por fim o ecletismo é impossivel, e entre o — *tot capita tot sententiae* — opta-se por qualquer dos expedientes, injusto, barbaro, monstruoso ás vezes, mas que ha de vigorar. porque teve a dita de descender d'um certo partido, porque se suppoz que, para remediar um mal. era licito postergar as leis da natureza, com grave escandalo da sã razão e da boa philosophia, sem que ao menos se attenuasse o que se pertendia remediar.

Á parte as causas proximas, que influem neste e outros defeitos, que encontramos nas instituições, que sam obra do homem, ha uma causa geral e remota. que primitivamente influe neste sentido. E' a falta do estudo da natureza *psychologico-juridico-moral* das entidades constitutivas do grande organismo da humanidade, — o individuo — a familia — a communa — a nação — a federação dos povos — e alfim a humanidade.

Tudo isto são *factos naturales*, regidos por leis certas e invariaveis, cujo conhecimento é indispensavel para a boa organização das instituições humanas, condições para o movimento progressivo do individuo e da sociedade.

Todo o ser comprehende a *força motora* e a *lei reguladora* do impulso.

O ser humano, em todas as suas differentes ma-

nifestações, tem leis fataes, que regem a sua natureza physica e espirital: são as — *leis necessarias da materia e do organismo* e as *logicas do espirito*.

Como ser social, o homem tem tambem leis, que regem o seu desenvolvimento moral em ordem ao fim ultimo da humanidade.

Estas leis apparecem mais ou menos modificadas nas outras entidades sociaes, em ordem a constituirem um todo solidario e harmonico debaixo d'uma unidade superior.

Pelo que não é possivel conceber, sequer, o conhecimento d'estas leis sem o previo estudo da natureza do homem da familia, etc.

São extremamente sensiveis neste ponto as omissões da sciencia moderna. Abrem-se os livros, que respeitam ás sciencias sociaas, e o que se observa? Theorias sem numero, systemas apregoados, e um temor immenso dos factos, que lhes podem condemnar as invenções; em fim, abundam as consequencias, mas faltam os principios. A demonstração é laboriosa e a resistencia á analyse é impossivel.

Com effeito, depois do philosopho napolitano, Vico, e de Pagano, seu discipulo, até aos espiritos, que demais perto se nos approximam o que se tem feito?

Põem-se os problemas, levanta-se um pouco a

ponta do véo; apparecem alguns vestigios da verdade, subordinados, engolfados porém, as mais das vezes, num montão de hypotheses, brilhantes na forma, mas ôcas no sentido.

Onde está a demonstração irresistivel e convincente, que evidencia o phenomeno e a sua lei, e que faz dizer ao philosopho — eis a verdade?

Tudo é forma, brilho e apparencia!

E' o character da epocha, dizem os superficiaes pensadores, os cerebros das illusões, os sonhadores acordados.

Triste desfecho para a sciencia, que chegou a ver despresarem-lhe a ideia, sacrificando-a em preito de homenagem á forma!

A verdadeira doutrina ácerca das successões *ab intestato* depende essencialmente do conhecimento dos elementos constitutivos da familia, que tem uma existencia individual e propria entre o individuo e a communa.

Eis o nucleo, a pedra angular da sociedade.

E' na familia que o homem vê nascer e avivarem-se as primeiras luzes da intelligencia e os primeiros movimentos do coração.

E' alli que fecundam, nascem e florescem os sentimentos, que mais tarde elevam o homem á altura da sua dignidade. E' na familia que se forma o cidadão. E' nella que o homem encontra o sanctuario

das suas mais nobres e vivas affeições. Alli sente o homem innocular-se-lhe no coração a religião e a moralidade.

E' na familia que o trabalho, e por tanto a honra e o sentimento da propriedade, encontram um verdadeiro estimulo.

E com tudo os legisladores têm olhado de leve para aquillo, que mais devia merecer a sua attenção.

Ha mesmo quem proponha a abolição da familia para lhe generalisar as affeições exclusivamente á patria e á humanidade. Assim o affirmou Platão na sua *Republica* e alguns utopistas modernos têm reproduzido a idéa.

Republicanos exaltados se têm lembrado até d'este expediente para a constituição do seu governo!

Isto nem se commenta.

O conhecimento e formação da *serie* é uma das primeiras neccessidades da sciencia, principalmente em quanto ao methodo.

Conhecida a *unidade* e *razão* da *serie*, facil é a classificação dos phenomenos na ordem do mundo physico-moral.

Á parte a questão da realidade das classificações na natureza, é certo que todos os sabios, em todos os tempos, procuraram conseguir pelos seus esforços a formação d'uma serie, mais ou menos completa.

Que o digam, na antiguidade, o philosopho Kanada, na India, Aristoteles, na Grecia, e, quinze seculos depois, os Guillaume de Champeaux, os Abailard, os Gilbert de la Porée e outros.

Na serie social a — *communa*, — a sua individualidade constitutiva é a *familia*, que por si é tambem uma serie natural, cujo elemento constitutivo é o — *individuo*. —

A entidade — familia — tem a nosso ver, uma existencia e personalidade propria, sem se confundir com a *communa* nem absorver o individuo.

Tem portanto faculdades e leis *psychologico-juridico-moraes*.

A analyse completa da familia, debaixo de todos estes pontos de vista, é assumpto, cuja extensão não comportam os limites d'este trabalho.

Para o nosso fim bastará consideral-a debaixo do seu character juridico.

Com effeito, a familia, como todo o ser, tem o seu fim particular, e um fim geral, que é o da humanidade.

Tem, portanto, a familia por fim realisar *livremente* o bem, isto é — desenvolver *integral* e *harmonicamente* todas as suas faculdades, em harmonia com as restantes collectividades sociaes.

As familias, associando-se, constituem a *communa*. E estas relações sociaes, como as dos indi-

viduos não são obra do acaso. Ha portanto leis reguladoras d'aquelles phenomenos. O Direito, pois, regula tambem na familia os phenomenos da sua vida juridica.

Pelo que, a familia encontra-se revestida de direitos e investida de obrigações, constituindo assim uma personalidade juridica. E' assim que a familia tem direitos absolutos e hypotheticos.

Os seus direitos absolutos são o de *existencia*, *liberdade* e *apropriação*, sendo os dois ultimos *manifestações condicionaes* do primeiro.

Isto basta para antevermos já a immensidade de consequencias, que se deduzem para a boa organização civil e politica da familia, assim como para a sua organização economica, moral e religiosa.

Para o nosso proposito basta considerarmos o direito absoluto d'apropriação, que, na sua individualisação pelos factos, dá em resultado a *propriedade*. Esta é a realisação d'aquelle, que póde existir sem a segunda. O mendigo, o miseravel tem uma insignificante propriedade, em relação ao seu direito absoluto d'apropriação. Os seus vestidos, a esmola que lhe deram, as suas faculdades pertencem-lhe, são *propriedade* sua, mas o direito d'apropriação estende-se a todas as condições necessarias á sua existencia e desenvolvimento.

A familia, portanto, tem o direito d'apropriação,

isto é, a faculdade de adquirir todas as condições exteriores á personalidade para o conseguimento do seu fim racional, que é a *realisação livre do bem*.

E' a propriedade um elemento, que se identifica, á personalidade da familia pela condicionalidade.

A familia, como facto natural, é constituida pelos laços de sangue, e estes nascem do facto da procreação da prole.

As relações necessarias, que d'este facto se deduzem entre paes e filhos, são attestadas pela consciencia, pela intelligencia e pelo sentimento.

São estas relações que, a nosso ver, constituem a *familia natural*.

Não devemos confundil-a com a sociedade conjugal, ou a expressão d'essa união physico-moral, que completa o sêr humano pelo sentimento e pela sociabilidade.

Deve esta ser considerada um simples facto preparatorio, com certas formulas legaes, para o apparecimento da familia, mas podendo existir uma sem a outra, por quanto podem existir filhos sem sociedade conjugal, conforme o exigem as formulas sociaes, basta para isso o facto da procreação. Da mesma forma póde existir a sociedade conjugal sem os filhos, o que diariamente se observa.

A humanidade é um sêr unico, que não *morre*, mas que apenas se *transforma* pelas existencias suc-

cessivas. E' como a arvore que todos os annos se reveste de novas folhas e fructos novos, sem que deixe de ser a mesma. O individuo e a familia seguem a mesma lei.

Póde, por hypothese, dar-se na familia, singularmente considerada, o facto do acabamento pela morte do ultimo representante sem descendencia. Mas em quanto a familia se manifesta, representa sempre nos ultimos termos a unidade fundamental da sua personalidade collectiva.

E' assim que se observa em todas as classes de sêres, que a *transformação final* (vulgarmente a morte) d'este ou d'aquelle individuo não compromette a existencia permanente e successiva da especie.

Ora a familia deve considerar-se um individuo em relação á sua especie ou *serie* — a *communa*. São-lhe portanto applicaveis os mesmos principios.

Os descendentes não são portanto mais do que agentes *continuadores* da existencia d'aquelles, que lhes deram o sêr.

D'aqui as ramificações e extensão da familia, as quaes, em linha recta ou transversal, se vão filiar sempre num tronco commun, dando origem a novas familias, que por fim se destacam e tomam tambem uma existencia propria.

E' de certo este o sentido, que devemos dar ás palavras de Leibnitz, o qual, querendo fundamen-

tar o direito de testar, se exprime da seguinte forma: «*testamenta mero jure nullius essent momenti nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum*»; quos vero haeredes reliquerant concipiendi sunt procuratores in rem suam.» Nesta parte é para notar a injustiça com que Gundling interpreta o pensamento d'aquelle grande genio.

E', portanto, a familia natural uma personalidade juridica completa e permanente com *solidariedade* nos seus elementos formando um organismo harmonico.

D'estes principios se deduz que, sendo a propriedade, como vimos, um elemento constitutivo da familia como consequencia do seu direito absoluto d'appropriação, os bens d'aquella constituem uma *universitas*, commum aos membros da familia natural. D'aqui o *condominio* na familia, principio tão fecundo em consequencias, combatido por uns, e temido por outros. E com tudo despresam-se os factos, que fallam mais alto.

Pois que significam, em quasi todas as legislações, a inviolabilidade das legitimas, as obrigações de conferir, a revogação das doações em certos casos, a sua inofficiosidade e outros factos, senão o testemunho da consciencia humana em abono da *solidariedade* e *condominio* na familia.

A *mutuidade* de serviços e de relações é realmente a expressão d'um pensamento verdadeiro e profundamente philosophico.

As successões *ab intestato* são, portanto, uma consequencia necessaria d'estes principios.

Quando um dos membros da familia natural se elimina, os restantes, que o representam na ordem ascendente, descendente ou collateral, succedem nos bens em virtude da *mutuidade do condominio e solidariedade* da familia. Dá-se neste caso simplesmente um direito natural de accrescer.

A propriedade, neste caso, acompanha a familia, a que essencialmente anda annexa, transformando-se apenas com ella.

E tanto basta para reprovarmos *in limine* o pensar de Hugo Grocio, Puffendorf e Barbeyrac, os quaes, com os escriptores do seculo XVII, basearam a successão *ab intestato* na vontade presumida do defuncto. E' uma ficção juridica, como muitas das que herdámos do direito romano, e que apenas significa, as mais das vezes, o embaraço da intelligencia, quando não conhece a lei do phenomeno.

E é notavel a resolução desesperada dos pensadores, que escreveram depois da reforma da philosophia da Allemanha, taes como Kant, Fichte, Gros, Haus, Drost-Hulshoff e outros, que não du-

vidaram affirmar, que o direito de successão em geral não se baseava no direito natural, isto é, na razão philosophica!

SECÇÃO II

Demonstração deductiva

Contra todos os principios da philosophia em geral, e em especial da do direito natural, têm os legisladores estabelecido uma desigualdade civil, mais ou menos saliente, entre os filhos legitimos e os naturaes, apesar de perfillados, principalmente quando são de proveniencia *consanguinea*.

Nesta parte o arbitrio e grave contradicção dos legisladores é inqualificavel.

A grande barreira, que se levanta entre os filhos legitimos e naturaes perfillados, é a existencia do matrimonio legitimo em favor d'aquelles; titulo este, que os filhos naturaes não podem apresentar, apesar de descenderem de homem e mulher solteira, entre os quaes não havia impedimento para casar ao tempo da procreação.

Vejamos se este facto é sufficiente para se negarem aos filhos naturaes perfilhados os direitos da familia, negando-se ou cerceando-se-lhes os direitos de successão, em concorrência com os filhos legitimos do pae perfilhante.

Entre estes dois grupos de filhos ha um *elemento commun*, que é o facto da *procreação* consanguinea ou uterina, e uma *variedade*, que é a formula social, chamada matrimonio.

O phenomeno natural da procreação já nós vimos, que originava a familia natural, porque tambem é a fonte de relações necessarias de mutua condicionalidade entre o procreador e o procreado.

Na hypothese, portanto, em que a procedencia dos filhos naturaes ou legitimos é egualmente consanguinea ou uterina, o facto da procreação é commun a todos e identico na pessoa do procreador.

Logo, com relação a este, uns e outros filhos pertencem á mesma familia natural: logo devem succeder egualmente nos bens do procreador commun.

Será porventura, o facto do matrimonio, considerado como formula social, sufficiente para destruir o primeiro phenomeno natural com todas as suas consequencias?

Não o cremos. E para isso, vejamos o conteúdo

e fim d'aquella formula com relação aos direitos dos filhos.

Liquida-se pela analyse de todas as legislações, que se occupam d'este objecto, que os legisladores, estabelecendo certas formulas para a legalisação e prova da união physico-moral dos conjuges tiveram em vista (á parte a questão da moralidade), o garantir a identidade das pessoas dos procreadores e procreado e, portanto, põe fóra de toda a duvida a verdade do facto natural da procreação, com relação a certos e determinados individuos, para assim regular convenientemente os direitos, que d'alli se deduzem.

E tanto foi este o fito principal do legislador, que em muitas legislações, e ultimamente na nossa, vemos concedido ao pae o direito de contestar a paternidade legitima.

Este facto é alguma cousa de real para a intelligencia do homem observador.

Debaixo d'este ponto de vista a formula do matrimonio, que os legisladores exigem para a realisação legitima do facto da procreação, é egual, nos seus effeitos, á da perfilhação legal voluntaria ou por sentença.

Com effeito, o que é a perfilhação legal voluntaria ou judicial senão o reconhecimento solenne da

identidade das pessoas do procreador e procreado, assim como da verdade do facto da procreação? Uma de duas: ou o titulo da perfilhação legal tem para aquelle fim a mesma força e effeitos que o matrimonio, ou não. No primeiro caso o direito de successão é egual; no segundo a perfilhação nunca pôde habilitar á successão, nem ainda mesmo na ausencia de filhos legitimos; mas isto é absurdo, logo é verdadeira a primeira parte do dilemma.

Se a perfilhação legal não tem algum valor intrinseco em relação ao fim da lei, como explicar então a grave contradicção dos legisladores, que se firmam naquelle titulo para conferirem aos filhos naturaes perfilhados, relativamente á successão, os mesmos direitos dos legitimos, na falta d'estes? Logo não ha *impossibilidade intrinseca*, baseada na natureza das cousas, para se admittir nos filhos naturaes o direito de succeder aos paes perfilhantes, o que realmente se conforma com os principios estabelecidos. E, emquanto se não destruir a legitimidade e verdade objectiva d'esta consequencia, fica segura a these, que nos propozemos demonstrar.

Clamam, porém, os sectarios da doutrina opposta e dizem:

O matrimonio é uma instituição altamente moral e social, sanctificada além d'isso pela religião; —

o concubinato e todas as uniões illicitas, são a aberração dos bons costumes, a desordem na familia e na sociedade inteira; é um abuso da lei, emminantemente tolerante; pelo que os fructos d'essas uniões reprovadas não merecem uma protecção egual á que se concede aos filhos legitimos, para exemplo, castigo e morigeração dos delinquentes. Para isso neguem-se aos filhos naturaes os direitos da familia pelo que toca á successão em concorrência com os legítimos, mesmo para evitar uma grave injustiça contra estes.

Esta argumentação illude realmenta os incautos; mas serve apenas para mostrar, que os seus auctores, deslocando a questão do seu verdadeiro campo, mostram até á evidencia, que defendem uma pessima causa.

Concordamos plenamente nos principios, negamos, porém, por illegitima e falsa, a consequencia. E é para admirar, que tantos homens de genio tenham pensado tão erradamente a este respeito, com grave escandalo dos bons principios da logica, da philosophia e do direito penal!

E senão vejamos:

Primeiramente emquanto á moralidade. — O concubinato *qualificado* ou *accidental* é, e foi sempre, considerado um facto reprehensivel, contrario aos bons costumes, reprovado, com mais ou menos to-

lerancia, especialmente pelas legislações influenciadas pelo christianismo.

Existe um mal, que é necessario attenuar ao menos, porque o concubinato, assim como o pauperismo, e outros defeitos, inherentes ao estado da sociedade, nunca esta poderá destruir, mas sim modificar, porque entram na ordem d'essas desigualdades naturaes, que muitos classificam de males, e que nos consideramos como elementos de harmonia, que são para a ordem geral das cousas como o escuro para o quadro. E o problema nesta parte está em achar o equilibrio das forças contrarias, que lutam para se harmonisarem. E', portanto, uma necessidade, restringir, pelo menos, o alcance d'aquelles males em relação aos seus effeitos.

A historia e a observação attestam unanimemente, que os meios repressivos e violentos são os menos proprios para aquelle fim.

Os meios preventivos são theorica e practicamente os mais efficazes. A instrucção, a moralisação, a innoculação sincera e persuasiva no coração humano dos principios religiosos, a educação da mulher, os bons exemplos, etc. são os meios adequados ao fim em questão.

E nem o direito civil, com quanto deva favorecer a moral pela sua mutua solidariedade, pôde sacrificar-lhe os direitos sagrados da personalidade

humana, porque vae com isto cahir numa outra immoralidade quiçá maior ainda, e, o que é mais, inutil nos seus resultados.

Ouçamos para isso a linguagem dos factos, que fallam mais alto do que todas as conjecturas.

Ha mais de vinte seculos, que as legislações, começando pela romana, têm fulminado os filhos naturaes, cerceando-lhes os direitos, que a natureza lhes concedeu, com a esperança de regeneração dos costumes. E tem o concubinato, por ventura, diminuido?

Que o digam a Inglaterra e a Russia, que não têm querido, sequer, a legitimação por subsequente matrimonio, e, apesar d'isso, o concubinato continúa devastando as sociedades russa e ingleza, sem que para este mal se encontre ao menos um remedio palliativo.

Ora todo o remedio violento e inutil é uma anomalia; deve ser prescripto.

A questão pelo lado religioso calhe tambem pela base.

O elemento religioso é, a nosso ver, essencial á constituição da sociedade conjugal (1) e da familia. Outro, porém, é o seu fim.

¹ É nossa intima convicção, que o elemento religioso deve entrar na organização social do matrimonio, e que a se-

Não é o elemento religioso, que origina para os filhos legítimos os seus direitos de família, e portanto de successão. Os effeitos civis do matrimonio derivam do seu character civil. Diversos são os effeitos do sacramento.

Os direitos e deveres civis entre os conjuges e entre estes e os filhos derivam, aquelles da natureza e fim do matrimonio — a communhão da vida phisica e moral dos conjuges, estes do facto natural da procreação.

A religião corrobora e garante todos esses particularisação d'este é, alem d'uma imprudencia da parte do legislador, a violação das leis que regem o coração do homem e toda a sua natureza esthetica.

Na formação da sociedade conjugal figura principalmente o amor dos conjuges, e portanto o sentimento; ora, sendo este, no homem, a mais viva aspiração para o infinito, é evidente, que a religião deve ter uma influencia particular no desenvolvimento das relações dos conjuges e da família, que directamente contendam com o sentimento.

E, sendo a sociedade conjugal e a da família o sanctuario das mais vivas affeições do coração humano, só o elemento religioso poderá garantil-a melhor, supprindo a geral ignorancia dos homens, e contendo e dominando o impeto das paixões, superiores, quasi sempre, á razão e aos meios repressivos da sociedade. Porque, enfim, o homem não é só um ser que conhece; sente tambem.

reitos e deveres, mas não os fundamenta: logo também não pôde destruil os.

Mas se assim é, como explicar a grave contradicção dos legisladores modernos, que procuram secularisar o matrimonio isolando-o do sacramento?!

Debaixo do ponto de vista da penalidade, o absurdo e grave erro da argumentação são sobremaneira notaveis.

O concubinato *qualificado* ou *accidental* é alguma coisa de reprehensivel, immoral, e se quizerem, contrario á lei, embora tolerante.

Ha portanto delinquentes, e uma tal ou qual responsabilidade. E', pois, necessaria uma punição para reprimir, e ao mesmo tempo regenerar o criminoso, prevenindo tambem pelo exemplo.

Mas entre os mais vulgares principios de direito penal, d'aquelles que todo o homem sente pela sua consciencia psychologica, do modo mais intuitivo, ha um incontestavel, e é de que — *a pena deve ser personalissima.*

E nem d'outra fórma a pena, que passasse da pessoa do delinquente poderia ter o character de punição, e menos ainda o de remedio para a regeneração do delinquente, ultimo e mais importante fim da penalidade.

E, comtudo, o que observamos?

Poupados os delinquentes, e o ferrête do ostracismo lançado á frente do innocente!

Applique-se a pena aos paes, que delinquiram, mas poupem-se os innocentes filhos, que nem sequer são cúmplices nas faltas de seus paes.

O dogma da transmissão do peccado é um só, porque o peccado original um só foi tambem.

E', neste ponto, muito notavel, que as legislações, negando ou restringindo o direito de succeder aos filhos naturaes, com relação á responsabilidade dos paes guardam silencio, ou então garantem-lhe ainda direitos, compensando-os, quando os deviam punir!

E haverá, porventura, maior immoralidade do que a impunidade do criminoso e a punição do innocente?

Querem ser justos? Querem punir os delinquentes?

Neguem ou restrinjam aos paes o direito de succeder a seus filhos illegitimos; tirem-lhes o usufructo dos bens do filho menor, illegitimo, perfilhado ou reconhecido legalmente; restrinjam-lhes os direitos do poder paternal, etc.

Debaixo do ponto de vista da penalidade, podeis ser accusados de intolerantes e rigorosos em extremo, mas não de incoherentes.

Que diremos d'aquelles, que baseiam a desigual-

dade civil entre os filhos legitimos e naturaes nas *conveniencias e interesse geral da sociedade?*

Se esta formula é a manifestação da chamada — *razão impessoal*, — condemnados estão já os que a ella se soccorrem, porque entre os elementos objectivos da razão impessoal está o principio absoluto do *bom*, que comprehende a ideia do direito, á face da qual já vimos, que semelhante desigualdade era impossivel.

E se não é isto, quem definiu já o conteúdo d'aquella formula, vaga e ôca, de que tanto se tem abusado para a prática das maiores arbitrariedades, e até crimes nefandos?

É uma especie de pantheismo social, no qual, á maneira da primitiva familia romana, o individuo desaparecia e era absorvido pela omnipotencia da agnação, personalisada no — *pater-familias*.

Que seria da vida, propriedade e honra do individuo, que vivesse numa sociedade, cujo pacto fundamental de constituição fosse o *interesse geral da sociedade!*

Conveniencias, que demandam a destruição completa d'um principio de justiça absoluta, são anormais; denotam um estado de transição, e não um modo de ser normal e fixo.

A bondade relativa das leis póde e deve reclamar a *modificação transitoria* dos principios abso-

Intos da justiça, mas em caso algum a sua aniquilação.

Nós não condemnamos o fim do legislador, que é justo e sancto, reprovamos o meio em questão como uma verdadeira aberração dos principios da philosophia e da justiça, e uma arbitrariedade inutil e cruel.

E a sociedade, que, em certo modo, deve compensar ao innocente a desgraça do seu nascimento, não pôde impunemente ser o algoz da innocencia.

Será prejuizo para os filhos legitimos, quando houver muitos filhos naturaes; mas porque não ha de existir a mesma injustiça, quando são muitos os filhos legitimos?

Depois a observação mostra, que não são muito frequentes as perfilhações voluntarias; e as judicias têm sempre a difficuldade da prova, especialmente segundo a nossa ultima legislação, o que as torna raras tambem.

Além d'isso não devemos esquecer, que o filho natural succede só ao pae perfilhante, e não concorre á legitima de outro conjuge, ainda que este consinta na perfilhação por uma especie d'adopção, o que seria então uma grave injustiça para com os filhos legitimos.

Proclamar, pois, a desigualdade civil entre os

filhos naturaes e legitimos, para prestar um preito de homenagem ao matrimonio, é, alem de injustiça, uma verdadeira arbitrariedade e um procedimento pouco christão.

SECÇÃO III

Demonstração inductiva

A historia é, com razão, cognominada — a mãe da philosophia.

Achamos na observação dos factos a expressão viva dos principios, a contraprova da analyse, e até, ás vezes, as contradicções da practica tornam mais saliente a verdade do principio.

Em todo o caso a observação e analyse practica esclarecem indubitavelmente a verdade da theoria.

Em relação á materia subjeita, observemos em resumo o que se tem pensado ácerca dos filhos naturaes nas suas relações civis com os legitimos, desde a antiguidade até á ultima legislação civil na Europa — oCodigo Civil Portuguez.

Segundo as leis de Manou, havia na India oito formas de casamento, segundo as differentes castas,

e segundo as quaes variavam tambem os direitos dos filhos.

Era admissivel o concubinato, e aos filhos da concubina concedia-se o direito *á ametade d'uma porção legitima*.

Nas leis chinezas, á parte a dignidade da classe, era igual a divisão dos bens por todos os filhos.

Os egypcios não faziam distincção alguma entre os filhos legitimos e illegitimos, principalmente em quanto ao direito de succeder.¹

Entre os hebreus a distincção de esposas e concubinas não influia na sorte dos filhos, que todos eram chamados egualmente á successão.

Similhante distincção de filhos legitimos e illegitimos não apparece tambem no Coran e Zend-Avesta, emquanto aos persas e arabes.

Vemos, portanto, que no berço da antiga civilisação não se encontra uma anomalia, que appareceu depois a proposito de maior progresso.

A primeira manifestação ingenua e instinctiva da verdade tem tambem, ás vezes, aos olhos da philosophia, um valor, que os espiritos profundos não sabem desprezar.

Marcar a differença comparativa da civilisação entre differentes epochas, para achar sempre um

¹ Assaïs — antiquit. parte 2.^a

resultado favoravel ao movimento ascendente da mesma civilisação, é operação arriscada e triste ás vezes...

Se nos perguntarem, de que lado estava a civilisação, se a favor dos horacios e curiacios, que arriscaram a vida para evitar que corressem rios de sangue, ou do lado das duas principaes nações da Europa moderna, que se devoram mutuamente, vacilavamos por certo, se não optassemos pela antiga civilisação.

Aquelle sentir unanime dos antigos povos da Asia em relação ao objecto, que estudamos, se não convence, deixa ao menos uma profunda impressão em todo o espirito pensador.

Entre os romanos observamos, que ao lado do matrimonio existia tambem uma união natural — o concubinato.

Antes d'Augusto esta união não tinha denominação legal, e pertencia á classe das uniões illicitas e reprovadas pelos costumes ¹.

Depois d'Augusto, o concubinato nada tinha de deshonesto, e só não produzia effeitos civis.

Estabeleceram-se então trez classes de filhos, d'entre os nascidos fóra do matrimonio, os *liberi naturales*, ou filhos nascidos d'uma concubina,—

¹ Heinecius, de leg. Pap., liv. II.

os *spuri*, *vulgo quaesiti*, isto é, os que provinham d'uma mulher de baixa condição, com quem o pae não tivera relações permanentes, e os provenientes *ex damnato coitu*, isto é, os filhos d'uniões prohibidas pela lei.

Relativamente aos filhos naturaes, os romanos negavam-lhes o direito de succeder nos bens do pae, tendo comtudo na herança da mãe uma parte igual á dos filhos legitimos.

Esta differença tinha por fundamento que—nenhum laço civil prendia a mãe ao filho, havendo simplesmente a *relação de sangue, que era commun* aos naturaes e legitimos.

Eis a razão por que a mãe não exercia o patrio poder sobre os filhos, de qualquer classe que fossem. Só depois de Constantino é que os filhos naturaes, por influencia do christianismo, receberam sós, o beneficio da legitimação *per subsequens matrimonium*.

Na antiga Germania, como a polygamia só era permittida aos nobres, que conservavam todo o orgulho e pureza do sangue pela raça, facil é o explicar o grande desprezo para com a prole illegitima, que manchava d'alguna fôrma o brilho aristocratico da familia. Foi só nos principios do seculo xvi que este desfavor pelos filhos illegitimos se modificou por influencia da nova civilisação.

Apezar d'isso os filhos illegitimos, e portanto os naturaes, eram absolutamente excluidos da successão dos paes ¹.

Esta mesma exaggeração no espirito de familia era tal na França antiga, que os filhos illegitimos não só eram considerados como estranhos á familia, mas, pela maior parte, eram tidos por escravos; estygma este que só no reinado de S. Luiz foi levantado.

E a Convenção Nacional, aos 4 de junho de 1793, teve a coragem de determinar, que os filhos nascidos de pessoas livres, fóra do matrimonio, teriam o direito de succeder a seus paes, o que foi definitivamente regulado pelo decreto de 12 brumaire an. II, no qual foi expressamente garantida a egualdade dos direitos de todos os filhos.

Nestes grandes movimentos revolucionarios, em que a sociedade procura desembaraçar-se dos obstaculos, que se oppõem ao seu movimento perfectivel, apparecem, ás vezes, como meteóros, manifestações grandiosas de pensamentos e verdades profundamente philosophicas, que posteriormente os calculos e despotismo da razão, a par d'uma falsa sciencia, encobrem e inutilisam.

E' assim que vemos depois o Cod. Civ. Francez

¹ Capitul. liv. VII, cap. 59 e 463.

no art. 757 e segg. restringir o direito de succeder dos filhos naturaes, em concorrência com os legitimos, a um terço da legitima d'estes, quota esta, que varia depois, conforme a classe de herdeiros, que concorrem á herança com os filhos naturaes.

Pelo mesmo direito os filhos naturaes não succedem aos avós, visto que não têm os direitos da familia; *nec gentem, nec familiam habent*.

Relativamente ao nosso direito patrio, é com orgulho que citamos a Ord. do liv. 4, tit. 92, pr., onde os filhos naturaes e legitimos de pae peão são egualmente chamados á successão.

Á parte a distincção de peões e cavalleiros, que o character e circumstancias da epocha reclamavam, a disposição d'aquella Ord., sem exemplo na Europa moderna, exprime uma ideia altamente justa e rigorosamente verdadeira.

De boa ou má vontade os jurisconsultos e tradistas de direito portuguez acceitaram, com frieza e sem critica, aquella disposição, que alguns appellidaram de—vergonhosa. Isto só porque tal doutrina era estranha ás *Glosas* d'Accursio e Bartolo, e contraria ao sacratissimo direito romano, que elles julgavam o—*non plus ultra*—da jurisprudencia.

Um dos primeiros genios, e profundissimo jurisconsulto, da nossa terra, o Sr. Visconde de Seabra, chama, algures, a esta disposição — «*uma notavel anomalia da nossa legislação*».

Salvo o respeito, que se deve ao genio, não duvidamos classificar *essa anomalia* como um glorioso monumento de profunda philosophia e louvavel justiça, um verdadeiro triumpho sobre o erro e prejuizos, que corromperam, em todos os tempos, as mais bellas instituições, atrazando-lhes o seu movimento ascendente.

Infelizmente, com relação á materia sujeita, a nossa ultima legislação civil retrogradou para alem da ordenação, errada e contradictoriamente.

São applicaveis á questão, em especial, os artigos 1991—1992 e 1785, e seus parallellos, do Código Civil Portuguez.

Dispõe-se no primeiro artigo, que, se o filho illegitimo, concorrer á herança com filho ou filhos legitimos, herdará na proporção e nos termos declarados no art. 1785. Neste ultimo faz-se distincção entre filhos perfilhados antes, ou depois do matrimonio. Áquelles concede o legislador uma porção de bens igual á dos legitimos, menos um terço; a estes dá-lhes igual direito, com a restricção, — de que a porção de bens, que lhes compete, sairá só da terça *disponivel* ¹ da herança.

Combinando-se esta doutrina com o disposto no

¹ Muitas e serias difficuldades vão apparecendo na pratica, provenientes da applicação d'este artigo.

Em primeiro lugar é claro, que o disposto no numero segundo do art. 1785 não é applicavel aos filhos perfilhados.

artigo 1992, no qual se ordena, que, não chegando a terça para o complemento d'aquellas porções, por serem muitos os filhos illegitimos, a mesma terça seja rateada entre estes, bem se evidencia, quão

antes do matrimonio do pae ou paes perfilhantes, porque o numero 1.º do mesmo artigo, assignando a estes uma certa porção de bens, não determina, que ella sáia só da terça disponivel do testador; ora, sendo a disposição do numero 2.º uma restricção aos direitos dos filhos, não póde applicar-se senão á hypothese da lei, nem ainda havendo analogia, quanto mais que aquelles dois numeros figuram hypotheses contrarias.

Isto se deduz tambem dos termos do art. 1992, que, ordenando o rateamento da terça, no caso da insufficiencia d'esta para o complemento das porções, refere-se expressamente ao numero 2.º do art. 1785.

Mas como devem entender-se os termos — *terça disponivel*, que se encontram no numero 2.º d'este artigo?

Não é facil adivinhar o sentido da palavra — *disponivel* — que, sensatamente, se omittira no projecto.

Terça disponivel querará dizer — o que restar, depois de satisfeitos os legados ou doações, se porventura os houver? Se a resposta for affirmativa, é evidente, que, se o testador doar ou dispor de toda a terça, os filhos perfilhados ou reconhecidos nada herdam.

Ora, é um principio de hermeneutica, que, na interpretação d'uma lei, nunca devemos dar a esta um sentido, d'onde resulte absurdo, ou fique inutilisado o fim da mesma lei; mas de similhante interpretação resulta uma e outra cousa; logo é inadmissivel.

desfavoravel é ainda hoje a lei para com os pobres filhos naturaes, e o que é mais ainda, injusta e contradictoria. E' impossivel descobrir o principio thecrico ou regra práctica, que serviu de norma ao le-

Com effeito. Não é absurdo, que, estando a lei a regular os direitos de successão dos herdeiros, que são chamados á herança — *de jure* — e pelos laços de sangue, apresente uma disposição, na qual os estranhos são preferidos áquelles?

A mente da lei foi estabelecer aos filhos perfilhados *uma legitima especial*. Isto deduz-se claramente do titulo da secção subjeita, que se inscreve — *da legitima e das disposições inofficiosas*. A lei, pois, nesta secção, regula sobre legitimas; mas ahi se assigna aos filhos perfilhados uma certa porção de bens: logo estes filhos têm uma legitima: logo preferem aos herdeiros puramente testamentarios: logo a terça é primitivamente obrigada á legitima d'aquelles.

Confirma se plenamente esta ideia, se attendermos a que os filhos perfilhados são chamados á successão legitima; porquanto, inscrevendo-se o capitulo III do Codigo civil — *da successão legitima* —, na sub-secção II tracta-se — *da successão dos filhos illegitimos*. —

Ora os herdeiros legitimos não podem ser preferidos pelos estranhos, a não ser nos casos especialmente marcados na lei.

Se assim fosse, seguia-se que, no caso do artigo 1990, no qual o filho illegitimo, na falta de posteridade legitima, é chamado a herdar *ab intestato* todos os bens de seus paes, estes poderiam dispor de toda a herança, desherdando aquelles arbitrariamente.

Supponhamos, porem, que as palavras — *terça dispo-*

gislador, para formular uma disposição tão arbitrária e injusta.

Fazendo applicação das doutrinas, até aqui expostas, a condemnação dos artt. 1991, 1785 e 1992 é inevitavel.

Vejam os a incoherencia da lei nos logares parallelos, visto que a interpretação, systematica re-

nivel — querem dizer — a terça, de que se não dispoz. Neste caso suppõe-se, que o testador pode dispor da terça a favor de estranhos ou de outros filhos legitimos, omitindo os filhos perfilhados, a que se refere o n.º 2.º do art. 1785.

Esta interpretação, porem, é impossivel.

De que serviria então a perfilhação ou reconhecimento judicial d'aquelles filhos?

Se o pae, a seu arbitrio, pode dispor da terça, a ponto de desherdar os filhos perfilhados depois do matrimonio, então inutil ficará a perfilhação d'estes. Ficarão, como qualquer estranho, á mercê da vontade dos paes. Mas não é este o fim da lei; logo tal interpretação é inadmissivel.

Verdade seja que o Codigo não é claro, quando no artigo 1788 e 1789 dá aos herdeiros *legitimarios* os direitos de inofficiosidade. Mas aquelle termo — *legitimarios* — parece abranger todos os herdeiros legitimos, á maneira do art. 377, quando falla de *bens immobiliarios*, que comprehende os immoveis por natureza e por disposição da lei: ora já vimos, que os filhos perfilhados são herdeiros legitimos: logo comprehendem-se no termo, legitimarios. Logo,

vela, mais ou menos, as ideias do legislador em relação a um determinado ponto de doutrina.

No art. 1989, exige-se a perfilhação ou reconhecimento legal, para que os filhos illegítimos possam succeder *ab intestato*. Ora o fim da perfilhação não é outro senão — o verificar a verdade do facto da procreação e a identidade das pessoas do procrea-

se estes podem valer-se da inofficiosidade da doação ou testamento, não pode o testador dispor da *terça* em prejuizo dos filhos perfilhados. Logo — *terça disponível* — não pode entender-se o que resta dos legados ou doações, ou — *terça de que se não dispoz*.

Em nosso entender, a palavra — *disponível* — é uma excrescencia na lei, e que foi empregada no *mesmo* sentido, em que se encontra nos artt. 377—1790 e 1774, isto é, designando uma *quota disponível*, que quer dizer uma porção de bens, de que se *poderia* dispor, se não fôra, no caso sujeito, o onus da *legítima* dos filhos perfilhados. Outras incoherencias resultam, na practica, da applicação generica do artigo, como, entre outros, o caso de haver muitos filhos legítimos, e só um illegítimo, de forma que a legitima d'este fica uma insignificancia em relação ao total da *terça*, da qual o pae poderá dispor em favor d'um estranho, que receberá um legado duas, quatro, seis vezes maior do que a legitima do filho; mal este, que só pode cessar, não dispondo o testador da *terça*, que vae accrescer ás legítimas, e portanto á do filho illegítimo. Mas o grande defeito está já na possibilidade da hypothese contraria.

dor e procreado. E' o que se deduz do espirito da lei e doutrina geral de direito applicavel.

E' tambem neste sentido que se entende o art. 128, applicado aos filhos naturaes, que concede aos interessados o direito de contestar a perfilhação dos paes, ou impugnação d'ella pelo filho. Porquanto, partindo da hypothese de que os filhos são naturaes, não ha questão em quanto á qualidade d'elles, o que não succederia, se fossem espurios. Debaixo d'aquelle ponto de vista só se póde contestar a identidade das pessoas e a verdade do facto da procreação. E' neste sentido que o art. 131 exige, que o filho, na investigação da maternidade, prove que é — *o proprio que se diz nascido da pertensa mãe*, — o que é conforme ao disposto no numero 3.º do art. 130. E' tambem esta a doutrina, que se deduz do art. 125, nas palavras — *primeiros cento e vinte dias dos trezentos, que precederam o nascimento do filho*.

Posto isto, observamos, que a lei, quando se occupa do matrimonio, não se contenta com a solemnidade; exige com todo o escrupulo tambem a identidade das pessoas e verdade do facto da procreação.

Em verdade, o art. 103 e seguintes, em especial os artt. 106 e 107, concedendo ao pae e seus herdeiros o direito d'impugnar a legitimidade do filho, nascido na constancia do matrimonio, claramente

indicam, que o legislador teve em vista, para os effeitos legaes, principalmente o facto natural da procreação, que elle quiz tornar evidente na sua verdade e identidade. Debaixo d'este ponto de vista, pois, a perfilhação e o matrimonio, como meio de verificar o facto natural não differem na sua *causa final*. Logo a lei baseando desigualdades, essenciaes, entre termos, que têm uma unidade common, foi incoherente.

No artigo 119 admite-se a legitimação por subsequente matrimonio. no caso que haja filhos, havidos antes do matrimonio das pessoas, que o contrahem,— 1.^o *se os filhos forem reconhecidos pelos paes e mães*; 2.^o *se os filhos provarem a filiação por sentença judicial*.

Ora, não se dá aqui uma especie de perfilhação voluntaria ou judicial, tendente sempre á verificação do facto natural da procreação? Mas o artigo 121 equipara em tudo os legitimados aos legitimos; ora aquelles ficam implicitamente egualados aos perfilhados em quanto á fórmula da habilitação; mas duas coisas eguaes a uma terceira, ainda que debaixo d'um só ponto de vista, são eguaes entre si; logo os perfilhados deveriam ficar egualados aos legitimos nos direitos de successão, porquanto o fundamento natural do direito de succeder, que é facto da procreação, fica egual para todos.

Os artigos 129 numero 3.^o, 140 e 175 egualam os filhos legitimos e illegitimos emquanto ao direito a alimentos; mas este direito deriva-se do de successão; logo este tambem deve ser egual para todos.

D'esta analyse deduz se sobretudo, que não presidio á confecção d'estas disposições um systema fixo d'ideias, rigoroso e coherente nas suas applicações.

Se a lei tomou por fundamento a ideia de desigualdade *fundamental* entre os filhos legitimos e naturaes perfilhados, devia ir até á sua ultima consequencia — a desigualdade em tudo,— e, porque o não fez, foi *incoherente*; mas não o podia fazer, porque faltava á verdade. Se, pelo contrario, reconhecendo-se a verdade da ideia, esta se occultou indevidamente, a lei é *arbitraria* e *injusta*. E chegámos assim ao ponto, a que nos destinavamos.

Terminaremos este trabalho citando ainda, com admiração, o artigo 1994 do Codice, no qual os paes do filho illegitimo, na falta de posteridade, e consorte sobrevivo d'este, são chamados á herança por inteiro, concedendo-se apenas no artigo 1995 o usufructo de metade da herança ao conjuge sobrevivo do filho illegitimo.

Os delinquentes premeiam-se com todas as vantagens, e os innocentes castigam-se e deshonram-se!

Isto sim, que é moralidade e justiça!

Fazemos votos, para que a lei, neste ponto, se reforme, a fim de se ir aperfeiçoando um dos primeiros monumentos da nossa gloria nacional.

A philosophia, a justiça, e a moralidade dar-se-hão as mãos nesta sancta cruzada.

FIM.

INDICE

PARTE GERAL

Successão <i>ab intestato</i> dos filhos naturaes, ou analyse philosophico-juridica dos artigos 1785, 1991 e 1992 doCodigo Civil Portuguez	11
--	----

PARTE ESPECIAL

SECÇÃO I

Noções geraes

Successão <i>ab intestato</i>	25
-------------------------------------	----

SECÇÃO II

Demonstração deductiva	36
------------------------------	----

SECÇÃO III

Demonstração inductiva	48
------------------------------	----
