

**APRECIÇÃO**  
**PHILOSOPHICA, JURIDICA E ANALYTICA**  
**DAS**  
**PRINCIPAES ALTERAÇÕES**  
**FEITAS PELO**  
**CODIGO CIVIL PORTUGUEZ**  
**NA**  
**LEGISLAÇÃO ANTERIOR**

**APRECIACÃO**  
**PHILOSOPHICA, JURIDICA E ANALYTICA**

DAS

**PRINCIPAES ALTERAÇÕES**

FEITAS PELO

**CODIGO CIVIL PORTUGUEZ**

NA

**LEGISLAÇÃO ANTERIOR**

POR

**ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO**

Bacharel formado em canones pela universidade de Coimbra

Par do reino

Ministro e secretario d'estado honorario

Conselheiro do tribunal de contas

Socio da academia real das sciencias de Lisboa

Socio honorario do instituto da ordem dos advogados brasileiros  
e de outras sociedades scientificas

**LISBOA**

**IMPRESA NACIONAL**

**1871**

# PROLOGO

Quando as necessidades publicas reclamam imperiosamente a feitura de um novo Codigo Civil, o commettimento, levado a effeito, deve produzir uma extraordinaria revolução nas relações reciprocas dos cidadãos.

O Codigo Filippino, que ha seculos nos regia, no que respeitava ao direito civil, era mais odiado pela origem, que pela doutrina; porque os seus preceitos, quasi identicos n'esta parte aos do Codigo Manuelino, foram deduzidos do Direito Romano, entendido segundo o que a glosa tinha de melhor.

Pelo andar dos tempos reformadores ousados tentaram alterações, que a experiencia e a civilisação foram reclamando.

Providenciaram, em materia de successão, para que os bens dos vivos não fossem patrimonio dos mortos.

Deram golpes profundos na instituição vincular, que, robusta, resistiu por longo espaço, até que por fim baqueou.

Alteraram a legislação respectiva a hypothecas, destruindo os principios da clandestinidade e da generalidade, e enthronisando o systema da especialidade e da publicidade.

Ampliaram o principio da desamortisação; e, enfim, foram operando muitas outras reformas, que, estando já feitas quando foi concluido o novo Código, tornaram menos estrondoso e revolucionario o seu apparecimento; mas ainda, ao seu auctor, restava largo campo a explorar, amplo estadio a percorrer; não tinha só a codificar e methodisar as ordenações e a legislação extravagante, tinha de reduzir a preccitos legislativos aquillo em que as leis patrias, deficientissimas, eram suppridas pelas regras do incerto direito subsidiario, ou pelos variados escriptos dos jurisconsultos.

Esta alta missão, este elevado sacerdocio, foi commettido a um abalisado jurisconsulto, o ex.<sup>mo</sup> sr. Seabra, hoje visconde de Seabra, que, depois de profundas meditações e assiduo trabalho, apresentou a primeira parte do seu projecto, e mais tarde a sua conclusão, o que tudo foi entregue ao exame de uma grande commissão, grande pelo numero de seus membros, mas muito maior pela profundeza dos seus conhecimentos.

Quando appareceu a primeira parte do Codigo, fizemos algumas observações sobre os seus artigos, e tivemos depois de dar respostas ás Apostillas publicadas pelo nobre codificador; ahí se trataram questões que têm intima relação com o objecto de alguns dos capitulos d'esta obra, e que muito devem concorrer para o seu esclarecimento; e por isso damos em appendice alguns excerptos d'aquellas publicações, o que não fariamos se as edições não estivessem esgotadas.

Ainda não tínhamos lido o trabalho da commissão revisora, quando o projecto definitivo foi presente á Camara dos Dignos Pares do Reino; pensavamos que o espaço de uma sessão legislativa nos daria occasião de o apreciar, quando soubemos que se tentava faze-lo approvar como lei, sem demora. O empenho do illustrado ministro era louvavel, e nós, nem queriamos que a nação ficasse privada dos beneficios que geralmente se antolhavam. nem podiamos approvar um trabalho, que a escassez do tempo nos não permittia examinar: e por isso, no centro da commissão de legislação, a que tínhamos a honra de pertencer, manifestámos o nosso pensamento; nem assignámos o parecer. nem entrámos na discussão; não podiamos nem defende-lo, nem combate-lo, nem vota-lo.

Depois é que lemos o Codigo sendo já lei do estado; amantes do trabalho, e dedicados á patria, foi nosso in

tento escrever commentarios, a que elle se prestava; a doença frustrou a nossa tentativa; e, hoje que uma penna illustre, uma robusta intelligencia tomou a seu cargo essa descommunal tarefa, seria inutil e ousada a temeridade.

Nossa obra tem vistas mais modestas, o seu titulo as indica: quizemos fazer sobresaír as alterações mais salientes que resultam da confrontação da lei antiga com a moderna, umas vezes applaudindo-as, outras mostrando opinião diversa; e, n'este mesmo circulo a que nos limitámos, a tarefa não está completa, muitas innovações ainda carecem de ser analysadas; progrediremos se a Providencia nos der vida e forças, e se nos convencermos da sua utilidade.

# CAPITULO I

## Da nullidade dos actos praticados contra a determinação da lei

Na primeira parte do Projecto do Codigo Civil vinha o artigo 11.º, concebido n'estes termos:

*A lei prohibitiva ou imperativa importará pena de nullidade, aindaque esta pena não seja n'ella expressa, excepto se outra cousa for declarada.*

Nas observações que por essa occasião escrevemos, pronunciamos o nosso voto franco, de que a innovação, feita na jurisprudencia com este principio, nos parecia altamente perigosa.

Igual opinião seguiu o abalisado jurisconsulto, lente de direito da universidade de Coimbra, o sr. José Joaquim Paes da Silva. e, quando o Projecto foi entregue á commissão revisora, appareceu n'elle o artigo 12.º em termos identicos e com um additamento, qual o seguinte:

§ unico. *A nullidade poderá comtudo sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem publica.*

Additamento inteiramente inutil, quando interesses oppostos não consentem o accordo dos interessados.

O illustre auctor do Codigo ainda annuia a que o principio fosse modificado pelo que respeitava aos actos juridicos, que tivessem de ser exarados por officiaes publicos, quando a nullidade não fosse expressamente irrogada; mas a commissão, alterando a redacção, approvou o artigo 11.º, que passou a ser o 10.º, assim concebido:

*Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja prohibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrario.*

Segue-se o § unico sem alteração; assim variou a fórma; mas ficou sancionada a mesma doutrina, d'onde ha de nascer um cardume de pleitos, que tem de pôr em risco os direitos dos cidadãos.

Estabelecido aquelle preceito absoluto, amplo e generico, a lei prohibitiva ou perceptiva não tinha a estabelecer nullidades; bastava a prohibição ou o preceito para annullar os actos a ella contrarios: o que devia era declarar os casos em que, a despeito da prohibição ou do preceito, se não dava a nullidade: mas ao contrario encontrámos immensos artigos, preceitando clara e positivamente a nullidade: sirvam de exemplo os artigos 334.º, 632.º, 656.º, 663.º, 669.º, 785.º, 812.º, 822.º, 950.º, 954.º, 955.º, 998.º, 1074.º, 1242.º, 1310.º, 1358.º, 1371.º, 1460.º, 1480.º, 1555.º, 1558.º, 1567.º, 1809.º, 2056.º § 2.º, 2184.º, 2495.º

Perguntámos qual a rasão por que n'estes artigos se



declara a nullidade? A não serem taes disposições desnecessarios pleonasmos, é forçoso convir que um pensador natural impellia o legislador para os bons principios.

A confrontação da legislação antiga com o novo preceito, comprehendida nos limites do nosso plano, está feita nas nossas observações ao artigo 10.º, e na Resposta á Segunda Apostilla <sup>1</sup>; mas não podemos resistir ao desejo de ainda nos auctorisar com outras opiniões para nós de grande peso. Dalloz, *Jur. Gen.*, verb. *Nullité*, artigo 1.º, n.º 4.º, diz:

*L'infraction aux lois purement imperatives ou prohibitives ne suffit pas pour entrainer la nullité des actes qui les renferment lors qu'il ne s'agit ni de conditions substantielles, ni de lois relatives à l'ordre publique, ou aux bonnes mœurs.*

O Projecto de Código Hespanhol no artigo 4.º, considerou como nullo o que se fizesse contra as leis prohibitivas, se n'ellas se não dispozesse o contrario; seguiu o disposto na lei 5.ª, Cod. de Leg.; mas absteve-se de levar a nullidade ao que fosse feito contra as leis preceptivas, e supposto nos pareça pouco aceitavel a doutrina, não podemos deixar de notar a grande disparidade com a do nosso Código.

O insigne e habil jurisconsulto, o sr. Dias Ferreira, que tratou a questão com a mestria que todos lhe reconhecem, nas annotações ao artigo 10.º do Código, assevera que o legislador se deixou levar de uma razão metaphysica, de um argumento puramente especulativo.

<sup>1</sup> Vidè Appendice 1.º, observação ao artigo 10.º e Appendice 3.º

Pela nossa parte concluimos, dizendo que de quantas innovações fez o Código, nenhuma nos parece mais nociva aos interesses da sociedade, e afoutâmos a vaticinar, que se não for de prompto alterada, teremos no fóro uma constante e progressiva revolução, pondo em perigo os direitos do cidadão e a paz das famílias.

## CAPITULO II

### Da legitimação por subsequente matrimonio

A nossa legislação anterior consignada na Ordenação, livro 2.º, titulo 35.º, § 12.º não era bem clara, e a diversidade de opinião dos commentadores era prova cabal d'esta verdade. Para reduzir tudo a principios fixos, o Projecto do Codigo no artigo 117.º, terminantemente excluia de legitimação os filhos adulterinos, os incestuosos (comprehendendo os do terceiro grau de consanguinidade na linha collateral), e os sacrilegos; uma tal doutrina foi por nós combatida na observação ao dito artigo<sup>1</sup>; o illustre auctor do Codigo sustentou a sua obra na Primeira Apostilla á qual respondemos<sup>2</sup>.

A commissão revisora oscillou entre as duas opiniões, mas a final pronunciou-se a favor do principio reclamado pela philosophia do direito e pela moral, que não consentem que a penalidade possa recair em outro que não seja o delinquente, e a solida doutrina foi fir-

<sup>1</sup> Vide Appendice 1.º, observação ao artigo 117.º

<sup>2</sup> Vide Appendice 2.º

mada no artigo 119.º do Código n'estes amplos termos.

*« O matrimonio legitima os filhos nascidos antes d'elle das pessoas que o contrahem. »*

A ambiguidade da legislação antiga desapareceu, e toda a jurisprudencia respeitante a esta legitimação fica reduzida á verificação de dois factos: 1.º, o da filiação, 2.º, o do casamento; verificado que o filho proveiu de dois entes, que depois se ligaram em matrimonio, está preenchido o fim da lei, que não cogita de averiguar se o filho era natural ou espurio, de coito damnado ou punivel.

Nem se diga que, segundo o que se deduz do artigo 123.º e 124.º, perfilhação e reconhecimento são termos synonymos; e que sendo para a legitimação necessario o reconhecimento, artigo 119.º n.º 1.º, só podem ser legitimados os que podem ser reconhecidos; tal argumento não passa de um paralogismo.

O reconhecimento é prova de filiação, e essa prova tanto é necessaria para a legitimação como para a perfilhação; mas não se confunde com estas, e tanto que póde haver reconhecimento de filiação sem que se dé nem legitimação nem perfilhação. Quando, por exemplo, de dois reconhecimentos isolados, mas impugnados, se conhecer que os perfilhantes eram parentes por consanguidade dentro do segundo grau de linha transversal, temos reconhecimento; mas nem poderá haver entre elles casamento. nem será admissivel a perfilhação; e n'estas circumstancias como confundir cousas tão diversas?

A commissão eliminou do artigo 117.º do Projecto

as excepções que n'elle se achavam explicitamente consignadas; quiz manter o principio em toda a sua pureza; e por isso a paginas 376 das suas actas se lê o seguinte:

*Depois do que se resolveu:*

1.º *Que os filhos fiquem legitimados pelo facto do casamento;*

2.º *Que esta legitimação abrange todos os filhos sem excepção.*

Eis a resolução que foi consignada no artigo 119.º do Codigo. Esta questão, se pôde merecer esse nome, foi habilmente tratada na Revista da Legislação e Jurisprudencia de 1869, n.ºs 56 e 61.

As difficuldades todas que de futuro devem surgir, são respeitantes á prova da filiação, e se patenteiam em face do disposto no complemento do dito artigo 119.º, concebido nos termos seguintes:

1.º *Se os ditos filhos são reconhecidos pelos paes e mães no assento de casamento, ou o foram no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, quer anteriores quer posteriores ao matrimonio.*

2.º *Se os filhos provarem a sua filiação por meio de acção e sentença judicial.*

§ 1.º *O reconhecimento de que trata o n.º 1.º pôde ser impugnado por todos aquelles que n'isso tiverem interesse.*

§ 2.º *As acções de que trata o n.º 2.º são applicaveis as disposições dos artigos 130.º e 133.º*

§ 3.º *Os effeitos da legitimação principiam em todo o caso desde a data do matrimonio.*

Longos são os commentarios judiciosamente feitos a este artigo pelo habilissimo jurisconsulto o sr. Dias Ferreira, e são elles sufficientes a provar a urgencia de medidas legislativas que providenceiem sobre as duvidas, as ambiguidades, as omissões e as contradicções: nada diremos sobre o que se acha tão eruditamente escripto; apenas adicionaremos algumas reflexões.

Dois meios fornece a lei para prova de reconhecimento ou filiação:

1.º O reconhecimento dos paes, feito por qualquer dos modos indicados no n.º 1.º do artigo;

2.º A sentença judicial obtida em acção competente, na fórma do n.º 2.º do dito artigo.

O reconhecimento dos paes póde ser feito:

1.º No assento do casamento;

2.º No assento do nascimento;

3.º Em testamento;

4.º Em escriptura publica.

O testamento e escriptura podem ser anteriores ou posteriores ao matrimonio.

O Codigo Civil Francez, artigo 334.º, e o Projecto hespanhol, artigo 119.º, admittiam o reconhecimento anterior ao casamento, ou feito no mesmo acto da sua celebração; mas excluam todo o reconhecimento posterior; o Projecto do sr. Seabra tambem admittia o reconhecimento feito por escriptura depois da celebração do matrimonio; mas n'este caso os seus effeitos legaes só começavam desde a data da escriptura, e n'este sentido foi confeccionado o novo Codigo de

Italia<sup>1</sup>. artigo 197.º; mas o nosso Código ampliou o reconhecimento por testamento, e ordenou que em todo o caso os effeitos da legitimação principiasssem desde a data do casamento.

Comprehendemos que um certo respeito pela honestidade, um escrupulo de moralidade, um pejo natural, que força os paes a não declarar o nome dos filhos illegitimos no assento de baptismo, seja o mesmo que os leve a não fazer igual declaração no acto do casamento, e que não devendo essa omissão ser-lhes nociva perpetuamente, haja um meio de reconhecimento posterior; mas é necessario que esse meio seja effectivo. sem deixar suspensos direitos que devem ser certos e definidos, e que esses actos não vão offender direitos adquiridos.

A estas indicações satisfazia o Projecto do sr. Seabra, cuja doutrina foi addicionada com disposições pouco justificaveis e assás embaraçosas.

O reconhecimento de um filho, para que o casamento dos paes o possa legitimar. deve ser feito por ambos estes, embora em actos separados; não basta o reconhecimento isolado de um só. e não se póde duvidar de que os actos podem ser separados, no systema do Código, quando elle admite como prova o testamento, em que não podem, como testadores, intervir duas pessoas, artigo 1753.º

D'esta fórma imaginemos que a mãe no acto do baptismo se confessa ser mãe, e reconhece como seu o fi-

<sup>1</sup> Este Código foi publicado em 25 de junho de 1865 e começou a sua execução no 1.º de janeiro de 1866.

lho baptisado, mas occulta-se o nome do paç; se este depois por escriptura reconhecer o mesmo filho como seu. e se os paes casarem, deve julgar-se completo o reconhecimento. O mesmo se deve dizer se os reconhecimentos forem feitos em escriptura ou testamento.

N'estes reconhecimentos para a legitimação não se dá a inibição do artigo 124.º, quanto á perfilhação. de não se dever revelar o nome da pessoa de quem se houve o filho; ao contrario essa declaração deve concorrer para se verificar a identidade dos filhos legitimados, e melhor provar a filiação. Sobre aquella inibição fallaremos no capitulo seguinte.

No reconhecimento por testamento feito por ambos os paes, em actos diversos (o que torçosamente ha de succeder por serem prohibidos os testamentos de mão commum), que deverá fazer-se por morte de um dos conjuges, quando o outro se não apresse a fazer o reconhecimento por acto *inter vivos*?

O sr. Dias Ferreira, que figura essa hypothese, resolve-a, dizendo que o filho não póde ser considerado em partilha dos bens do predefunto; mas que por fallecimento do ultimo dos paes vem reclamar todos os direitos, que lhe pertenceriam, desde a data do casamento; que os filhos. assim como podem intentar a acção de perfilhação nos termos dos artigos 130.º, 133.º, podiam intentar a competente acção para serem julgados legitimados, acção que tem logar em qualquer tempo, attenta a disposição do artigo 111.º; e nós acrescentaremos o seguinte:

O filho, objecto d'esses reconhecimentos, não póde



entrar como legitimado na partilha do que primeiro morrer, mas pôde entrar como perfilhado, que para isso lhe basta o reconhecimento feito no primeiro testamento aberto, artigo 123.º, e para isso lhe dá direito o artigo 1785.º

O filho, nas circumstancias precitadas, pôde aguardar a morte do ultimo dos paes, mas pôde tambem desde logo intentar a acção de filiação e legitimação, conforme o artigo 119.º n.º 2.º e § 2.º, 130.º e 133.º

Quando porém queira esperar pela morte do ultimo dos paes. e no testamento d'este appareça o seu reconhecimento. não nos parece que seja necessario intentar a acção de legitimação; porque a prova se acha completa nos termos do artigo 119.º n.º 1.º; o que em circumstancias taes ha a fazer é requerer o legitimado que lhe seja composta a sua devida parte conforme o artigo 2165.º, fundando-se no facto, que já não é posto em duvida, e que está comprovado segundo as exigencias da lei.

Se não é necessaria a acção de legitimação logo que existam os dois reconhecimentos, não ha estado a vindicar; não podendo ter applicação o artigo 111.º, para considerar o direito imprescriptivel; acrescendo que este artigo parece dizer respeito unicamente a filhos legitimos, não se podendo ampliar a legitimados ou perfilhados, e muito menos applicar-se ás acções de reconhecimento, em que têm logar as regras geraes da prescripção, como é expresso no artigo 133.º, applicavel á legitimação pelo § 2.º do artigo 119.º

Do expendido se infere que a admissão da prova

posterior ao casamento. para verificar a legitimação da prole. em virtude de actos praticados por mero alvedrio dos paes, póde fundamentar abusos contra os interesses da prole legitima; póde impor herdeiros com exclusão de ascendentes; póde até mui bem supprir, simuladamente, a filiação por adopção. mui mais facil que no systema antigo; e estes inconvenientes recrescem quando se retrotrahem á epocha do casamento os effeitos dos reconhecimentos posteriormente feitos.

## CAPITULO III

### Da perfilhação

Segundo a antiga legislação podiam perfilhar-se os filhos bastardos, ou fossem naturaes, ou de damnado coito; o Codigo decretou no artigo 122.º o seguinte:

*Podem ser perfilhados todos os filhos illegitimos, excepto:*

1.º *Os filhos adulterinos;*

2.º *Os filhos incestuosos.*

§ 1.º *Os filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu consorte.*

§ 2.º *Entendem-se por incestuosos para o effeito sobredito:*

1.º *Os filhos de parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grau da linha recta.*

2.º *Os filhos de parentes por consanguinidade até o segundo grau inclusive de linha transversal.*

Temos pois estabelecido um principio com duas únicas excepções, e declarado que o vicio do incesto fica

restricto aos parentes entre os quaes é prohibido o casamento.

Tratando da prova, diz que a perfilhação póde ser feita por ambos os paes, de commum accordo, ou por qualquer d'elles separadamente, comtantoque seja no registo do nascimento, ou escriptura, testamento, ou auto publico, artigo 123.º; que, quando for separadamente, não se póde indicar o nome da pessoa de quem se houve o filho, nem relatar circumstancias por onde venha a conhecer-se, artigo 124.º; e que basta, para que a perfilhação seja feita por um dos paes separadamente, que o perfilhante fosse habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho, artigo 125.º

Por estas disposições, que dizem respeito á prova do reconhecimento, se vê que a substancia parece sacrificada á fórma, e que a lei póde ser illudida, menos quanto á pessoa que fosse casada no tempo prescripto no artigo 125.º; é possivel a perfilhação isolada do filho de incesto prohibido; diremos mais que em taes disposições existe um meio facil de substituir a adopção, que se quiz eliminar; porém a lei attendeu á moralidade, que exigia se lançasse um véu sobre taes factos, até onde fosse possivel occulta-los.

Parece-nos util tratar de saber, se o tabellião, para fazer a escriptura da perfilhação separada, artigo 125.º, deve certificar-se da circumstancia ahi mencionada? Pensâmos que não; e que elle deve limitar-se a fazer o contrato segundo a formula que a lei estabelece: 1.º, porque essas investigações respeitam á validade do re-

conhecimento. e não é elle juiz para as resolver; 2.º, porque, podendo-se o reconhecimento fazer tambem em testamento, ahi não ha fiscal para a observancia d'aquelles preceitos communs á escriptura e ao testamento; 3.º, porque a lei, estabelecendo que a perfilhação possa ser impugnada pelo perfilhado, artigo 126.º e 127.º, ou por quem n'isso tiver interesse. artigo 128.º, só a estes deu o direito de fazer esta impugnação, que deve ser julgada pelo poder judicial.

D'esta fórma, não mencionando o nome da pessoa de quem se houve o filho, nem circumstancia d'onde possa deduzir-se, tudo o mais respeita á apreciação da validade juridica do acto, a que a lei consigna legaes promotores.

Assim facil é de concluir que, se um ecclesiastico se apresentar para fazer um reconhecimento. o tabellião deve fazer a escriptura, sem se intrometter na questão se elle é habil para contrahir matrimonio, questão de alta indagação. de que logo trataremos.

Se. feita a perfilhação de commum accordo, se vem no conhecimento posterior de que o perfilhado era adúlterino ou incestuoso, a perfilhação é nulla, como contraria ao artigo 122.º

Se dois reconhecimentos separados, pela combinação de um com outro. indicam que o reconhecido é adúlterino ou incestuoso; nem por isso se deve dar por provado o facto; o interessado póde dar o seu consentimento a um, e impugnar o outro, o que não póde é approvalos ambos; pois é certo poderem haver reconhecimentos feitos com fundamentos falsos, e suggeridos pela mais

criminosa ambição, já para usurpar heranças, já para adquirir o patrio poder; deve pois deixar-se aos interessados o cuidado da impugnação de taes reconhecimentos.

Parece-nos ser de alta conveniencia expender agora a nossa opinião respeitante á intelligencia do artigo 124.º do Codigo, opinião firmada depois de profundo meditar sobre elle, opinião contraria á por nós emittida nas observações ao Projecto (confissão que não desdoura), opinião contraria á do nobre auctor do Codigo nas suas Apostillas, opinião contraria a do sr. Dias Ferreira nas suas Anotações ao Codigo; mas opinião hoje arreigada no nosso espirito como contendo o convencimento da verdade.

Quando combatiamos o principio da nullidade absoluta para os actos oppostos á lei prohibitiva ou imperativa, estabelecido no artigo 11.º do Projecto. nós aduziamos para argumento, entre outras, a disposição do seu artigo 123.º (que é o 124.º do Codigo), em virtude da qual consideravamos nullo o reconhecimento do filho, quando no acto da perfilhação se declarava o nome da pessoa de quem se tinha tido; e, sem que tenhamos mudado de opinião quanto ao principio que ahi combatiamos, confessâmos que o exemplo deduzido d'aquelle artigo foi mal adduzido; porque o artigo foi mal interpretado.

Quando o sr. Seabra nos combatia nas suas Apostillas, sustentava a nullidade de taes perfilhamentos: poderá dizer-se que esta interpretação é de grande peso porque vem de quem fez o Codigo; permitta-se-nos porém dizer que esse peso diminue quando se observa

que esse artigo foi uma transcrição do artigo 125.º do Projecto do Código Hespanhol, que diz :

*Quando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrá revelar, en el acto del reconocimiento, el nombre de la persona con quien lo hubo, ni espresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.*

As palavras *no podrá revelar* bem manifestam que a lei é prohibitiva, e elle tinha no artigo 4.º comminado a pena de nullidade ao que fosse feito contra as leis prohibitivas. E como leva a effeito essa nullidade? Mandando trancar as palavras, que contêem aquella revelação, no artigo 126.º; impondo penas ao parochou ou tabellião que fizer tal revelação, acrescenta: *ademas se tacharan de officio las palabras que contengan aquella revelacion.*

Veja-se como é consequente em applicar a nullidade a essas palavras, inutilisando-as; deixando em vigor o acto do reconhecimento; sendo pois n'este caso o dito Projecto a fonte proxima do nosso artigo, deve a intelligencia d'este modelar-se por aquella.

O sr. Dias Ferreira, referindo-se ás nossas doutrinas, e ás do illustre codificador, tambem se deixou levar pelo principio da nullidade estabelecida no artigo 10.º do Código; mas tanto lhe reluctava a applicação, que considerou valido o segundo reconhecimento, em que houvesse a revelação, distincção inadmissivel se a intelligencia fosse a figurada.

Parece ao primeiro intuito que no segundo reconhecimento cessa o motivo do segredo; mas será isto

exacto? Não pôde essa declaração ser falsa? Não pôde conter vistas especulativas? Não está sujeita á impugnação? Haverá alguma differença na prohibição da lei?

O principio, estabelecido no artigo 10.º do Código, ainda ha pouco foi por nós capitulado como uma innovação assás perniciosa á sociedade; mas enquanto não for alterado pelos meios legaes, é indispensavel deduzir d'elle as necessarias consequencias, applica-lo a tudo quanto for applicavel; mas nada mais; não lhe dar ampliação que as suas palavras não contenham.

Qual será a prohibição do artigo 124.º? Ella é expressa nas palavras — *não poderão revelar no documento da perfilhação o nome da pessoa, etc.* —; o que se prohibe é a revelação, não é a perfilhação, que já estava auctorizada pelo artigo 123.º; portanto é nulla a revelação, não é nulla a perfilhação.

Quando a inibição respeita á totalidade de um contrato, ou de um acto, a nullidade da transgressão abrange todas as suas partes, quando respeita a uma das partes, todas as outras ficam livres; isto esclarece-se exemplificando.

O artigo 1105.º prohibe depois do casamento a revogação ou alteração das convenções antenuciaes: o artigo 1227.º prohibe a separação de bens entre os conjuges por convenção; o artigo 1587.º veda o contrato da venda a retro; a nullidade affecta estas convenções na sua totalidade; não ha parte que fique isenta.

O artigo 673.º diz que a nullidade da pena não pro-



duz a nullidade do contrato; o artigo 1657.º prohibe convencionar nos aforamentos encargo extraordinario ou casual a titulo de luctuosa, laudemio. ou qualquer outro; o artigo 1474.º annulla a clausula da reversão de duação a favor de terceiro, mas não annulla a doação; o artigo 1867.º prohibe as substituições fideicommissarias; e no artigo 1869.º diz que a nullidade da substituição fideicommissaria não envolve a nullidade da instituição ou legado, e apenas se haverá por não escripta: eis-aqui exemplos que provam que a nullidade da parte não póde abranger o todo.

Dest'arte pelo artigo 10.º o que é prohibido é nullo; é isso, só isso, e nada mais. O Codigo permite a perfilhação conjunta ou separadamente, em registo de nascimento, ou em escriptura, testamento, ou auto publico; o exercicio d'este direito não póde ser vedado; o Codigo prohibe no reconhecimento isolado a revelação do nome da pessoa de quem se houve o filho, logo essa revelação. e sómente a revelação, é objecto da nullidade.

Já vimos que o Projecto do Codigo Hespanhol estabelecêra penas adequadas; mas nem por isso a disposição do nosso fica sem sanção; como a revelação é nulla, ninguem póde servir-se d'ella em juizo, ou fóra d'elle, para quaesquer fins; como a revelação é vedada, os que n'ella tiverem parte podem ficar sujeitos á injuria, se a houver, e estão sujeitos a quaesquer prejuizos que d'ahi emanem; mas d'ahi não se póde inferir a nullidade da perfilhação, que a lei não veda, antes expressamente auctorisa.

## Poderão os filhos sacrilegos ser perfilhados?

O artigo 123.º bem claramente estabelece o principio de que podem ser perfilhados todos os filhos illegitimos, excepto:

1.º *Os filhos adulterinos;*

2.º *Os filhos incestuosos.*

Temos pois uma regra, e temos as excepções que mais a confirmam; e, como não são exceptuados os filhos sacrilegos. é obvio que elles entram na regra, não havendo rasões sophisticas que possam destruir este argumento.

Diz, é certo, o artigo 125.º que basta, para que a perfilhação seja feita por um dos paes separadamente, que o perfilhante *fosse habil* para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos, que precederam o nascimento do filho; e, como o artigo 1058.º n.º 3.º prohibe o casamento aos que tiverem o impedimento da ordem, ou se acharem ligados por voto solemne reconhecido pela lei, d'aqui se quer inferir que os sacrilegos não podem ser perfilhados.

O artigo 125.º tem dado occasião a longos commentarios e encontradas opiniões entre os juriconsultos, e nós não nos podemos desvanecer de ter decifrado o enigma: quando de principios dados, por justo raciocinio, se deduzem consequencias contradictorias e absurdas, a contradicção e o absurdo existem encarnados nos mesmos principios.

Que *quererão* dizer as palavras *fosse habil* do nossoCodigo? Quem é *habil* para contrahir matrimonio? Parece obvia a resposta: são habeis todos aquelles a quem

a lei não inibe de celebrar esse contrato; assim, se a inibição comprehendesse unicamente aquelles a quem se prohibe a perfilhação, seria mais defensavel e logica a disposição do artigo 125.º; mas como essa inibição ou essa inhabilidade é muito mais ampla, resultam da lei não poucas inconsequencias.

Não comprehendemos a differença entre prohibidos e inhabeis. O Codigo no artigo 1058.º prescreveu as inibições de casamento communs a ambas as especies d'elle; no artigo 1070.º, quanto ao casamento catholico, fez uma referencia geral á lei canonica, sancionando portanto todos os seus impedimentos; e no artigo 1073.º mencionou os que não podiam contrahir casamento quando elle fosse feito pela fórma instituida na lei civil; logo pois que o individuo seja incluído em alguma d'estas disposições, não é habil para casar, e fica comprehendido nas do artigo 125.º

O homem que aos dezoito ou vinte annos teve um filho natural, e o queira reconhecer isoladamente, quando já for maior, será repellido com a inibição do artigo 1058.º n.º 1.º, porque elle n'essa epocha não podia casar sem licença de seus paes ou tutores, o que é contrario ao artigo 122.º

Os que tiverem o impedimento da ordem ou se acharem ligados por voto solemne, são inibidos de casar pela lei canonica e pelo Codigo, artigo 1058.º n.º 5.º; logo não podem fazer reconhecimento separado por estarem comprehendidos na disposição do artigo 125.º, conclusão que não se conforma com o disposto no artigo 122.º

Pelo artigo 1073.º n.º 3.º não podem contrahir casamento civil os parentes no terceiro grau na linha collateral, salvo obtendo dispensa, e em caso contrario existe nullidade, artigo 1074.º; portanto os que se acharem n'estas circumstancias estão comprehendidos na disposição do artigo 125.º, e não obstante os filhos de taes parentes são perfilhaveis segundo o artigo 122.º n.º 2.º § 2.º

Tanto pela lei canonica como pela civil são inhibidos de casar os menores de doze e quatorze annos. porque regularmente esta é a epocha da puberdade; mas é certo, e a observação tem mostrado, que, conforme os principios physiologicos, a puberdade se desenvolve algumas vezes antes da idade que a lei designa; assim o demonstra o sr. Macedo Pinto, *Tratado elementar de medicina legal*, capitulo 1.º. asseverando que esses casos são mui frequentes em França, Inglaterra, Hespanha e Portugal; e Ferreira Borges nas *Instituições de medicina legal*, capitulo 2.º, secção 6.ª. já tinha sustentado o mesmo principio, que não encontra contradictores; suppunhamos que uma mulher tem um filho antes dos doze annos, suppunhamos mesmo que o tem até cento e setenta e nove dias depois dos doze annos; quando chegar á maioridade, embora na filiação não haja vicio de origem condemnavel, ella não o poderá reconhecer isoladamente como filho natural em vista do artigo 125.º do Codigo. que fica em manifesta contradicção com os artigos 122.º e 123.º

Deixámos pois a outros a gloria de conciliarem o artigo 122.º com o 125.º; pela nossa parte confessámos

a impossibilidade de harmonisar disposições que nos parecem contradictorias. Passemos agora a outro ponto, que consiste em demonstrar a iniquidade que resulta do preceito do artigo 125.º

Completo o nono mez de concepção, tem o feto humano chegado ao estado de maturidade: ha circumstanças que acceleram ou retardam o nascimento, e d'ahi provém os partos prematuros ou tardios, mas estes são excepções raras vezes acontecidas, e por isso o dito Ferreira Borges nas *Instituições de medicina legal*, capitulo 7.º, secção 1.ª, diz:

«*Os partos prematuros e tardios são rarissimos, são excepções e confirmam a regra geral*».

Em beneficio da legitimação dos filhos, o legislador quiz que convergissem não só a regra como as excepções, e por isso considerou como filhos legitimos todos os nascidos de matrimonio legitimamente contrahido passados cento e oitenta dias depois da sua celebração, ou dentro dos trezentos subsequentes á sua dissolução ou á separação dos conjuges; esta jurisprudencia de muitas legislações foi adoptada no artigo 101.º do Código Civil.

Pareceu que deveria adoptar-se o mesmo principio a favor da filiação, contra a espuriedade; assim o entenderam Goyena e o sr. Dias Ferreira, e talvez d'ahi procedesse o principio do artigo 125.º; mas o calculo foi errado, os effeitos são contrarios; emquanto alem regras e excepções militam a favor da legitimidade do filho, aqui regra e excepções são applicadas para excluir a sua perfilhação. Não exigiríamos que n'este caso hou-

vesse favor com applicação de uma das excepções. mas quizeramos, pelo menos, que houvesse justiça com a applicação da regra. A exemplificação esclarece.

Pedro, tendo relações illicitas com Maria, e deixando-a gravida, casa com outra mulher; Maria dá á luz o filho cento oitenta e um dias depois d'aquelle casamento, e, como a differença para trezentos é de cento e dezenove, menos que cento e vinte, deverá dizer-se que o filho era adulterino? Deverá o caso decidir-se por uma das excepções raras vezes acontecida, contraria a outras excepções, e contraria á regra natural? Julgando-se regular o parto, de nove mezes, haveria algum impedimento ao tempo da conceição? Haveria magistrado que julgasse tal filho adulterino?

Imaginemos que se dá a mesma hypothese quanto ao impedimento de ordem ou de voto, mediando só cento oitenta e um dias desde a sua data até ao nascimento do filho; poderá asseverar-se que o filho é sacrilego?

Quatro mezes, ou os cento e vinte dias, de que falla o artigo 125.º do Codice, são concedidos para regular os extremos de partos prematuros ou tardios; e para que se possam transmittir os direitos de legitimidade a um filho, basta que um só dia d'esses cento e vinte o pae tenha a habilitação para a procreação; mas para que o filho seja perfilhavel não basta a habilitação de um dia, nem de muitos, é necessaria a completa dos cento e vinte; manifesta injustiça!

Examinemos a origem d'esta disposição: o Projecto do Codice Civil Hespanhol tinha concebido o seu artigo 123.º do modo seguinte:

*Para o reconhecimento por um só dos paes, bastará que este fosse livre para contrahir matrimonio em qualquer dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento; a lei presume n'este caso que o filho é natural.*

Goyena nas suas concordancias pretende que este artigo fosse deduzido do Código Francez, artigo 336.º, da Suis., artigo 223.º, de Napol., artigo 259.º, da Sard., art. 181.º e da Holl., art. 339.º; consultando estas fontes, encontrámos o preceito de se poder reconhecer os filhos naturaes ou no assento do nascimento, ou por acto authentico conjuncta ou separadamente: encontrámos a exclusão dos filhos adulterinos e incestuosos; mas não encontrámos o preceito de que, para o reconhecimento isolado, seja mister que o que reconhece tenha sido livre para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento; foi portanto uma innovação que só se acha no Projecto do Código Hespanhol, d'onde o nosso foi extrahido, mas com uma notavel alteração.

A differença é saliente, o Código Civil exige que o individuo seja habil para contrahir matrimonio *nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos. etc.*, o Projecto do Código Hespanhol exige que elle seja livre para contrahir matrimonio *em qualquer dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos, etc.* Que notavel disparidade? Para um a habilitação deve durar os quatro mezes, para outro basta que tenha um dia dos quatro mezes. A disposição do Projecto do Código Hespanhol é a ampliação á filiação do principio adoptado para a legitimidade; a

disposição do Código Civil é a destruição completa d'aquelle principio.

Note-se porém que temos fallado da difficuldade de levar a effeito, nas hypotheses dadas, o reconhecimento isolado, porque d'elle. e só d'elle, trata o artigo 125.º, e, para o ampliar ao reconhecimento de commum accordo, seria mister introduzir outra excepção no artigo 122.º, excepção que comprehendesse todos os que não podiam casar nos cento e vinte dias dos trezentos que precedessem o nascimento do perfilhando.

Cumpra não confundir disposições differentes, o artigo 122.º estabelece quem póde e quem não póde ser perfilhado; os artigos seguintes estabelecem o modo pratico de levar a effeito a perfilhação, ou conjuncta ou isoladamente, artigos 123.º e 124.º; e o artigo 125.º começa pelas palavras *Basta para que esta perfilhação, etc.*, o pronome *esta* indica a mais proxima, que é a isolada, com exclusão da mais remota, que é a conjuncta, e, se se referisse ás duas, deveria dizer indeterminadamente a *perfilhação*, ou remissivamente *estas perfilhações*.

Tambem prenotaremos que, mesmo segundo a letra do artigo 125.º, póde fazer perfilhação separada quem houve filho illegitimo de alguma das pessoas que tivessem o impedimento da ordem, ou voto solemne na fórma do dito artigo 1058.º n.º 5.º; isto é, a mulher que houve um filho de um padre póde perfilha-lo; o homem, que houve um filho de mulher ligada com voto de castidade, póde perfilha-lo; a questão toda fica reduzida a saber, se os individuos que tinham o impedimento da



ordem ou de voto tambem podem perfilhar a prole illegitima.

Concedâmos que essas pessoas eram inhabeis para contrahir matrimonio, o mais que se poderia concluir do artigo 125.º (por mais voltas que lhe dêem) é que ellas não podem fazer reconhecimento separadamente. que é a hypothese unica do artigo: mas podem fazer reconhecimento de commum accordo nos termos do artigo 123.º, para o que estão auctorisadas pelo artigo 122.º

Veja-se a que absurdos não conduzem taes disposições. D'esta fórma quem tiver ordens ou voto póde francamente apparecer perante o tabellião. e fazer a perfilhação. comtantoque vá de accordo e acompanhado da pessoa de quem houve o filho; mas se apparecer só. e sem esse escandalo. (que a lei quiz occultar. quando assim conviesse aos interessados) será repellido de fazer o reconhecimento isolado. e deverá dizer-se-lhe: vae buscar o instrumento dos teus desvios. declara ao publico o seu nome. põe patente o que deveria talvez ficar em perpetuo segredo. e, com esse facto. pouco conforme á moral, conseguirás os teus desejos. É impossivel que a lei quizesse estabelecer tal immoralidade; mas é esta a consequencia logica.

As differentes vicissitudes por que passou a materia do casamento consignada no Projecto primitivo, a difficuldade de attender a exigencias encontradas, e o desejo de as satisfazer. são a origem d'estas antinomias que o Codigo apresenta; mas, perdida a esperanza de

conciliação, resta-nos tirar das suas permissas as justas consequencias.

Quanto á substancia:

1.º Os filhos sacrilegos são perfilháveis segundo a clara deducção do artigo 122.º do Codigo.

Quanto á fórma:

2.º Podem ser perfilhados por ambos os paes de *commun accord*, artigo 123.º

3.º Não podem ser perfilhados pelo pae *inhabil*, separadamente. nos termos do artigo 125.º

Estas incoherencias da lei, que não podemos resalvar, e que não abrangem só os filhos sacrilegos, mas até os naturacs, em que não ha vicio algum de origem, como demonstrámos, não hão de escapar á illustre commissão nomeada conforme o artigo 7.º da carta de lei de 1 de julho de 1867: no entretanto cumpre que os tabelliães se não recusem a fazer as escripturas que lhe forem exigidas, porque as interpretações são varias, e porque, como dissemos, não nos parecem competentes para entrar na questão de saber se o individuo é ou não habil para fazer a perfilhação isolada; porque, se do reconhecimento não póde resultar a perfilhação para surtir os effeitos mencionados no artigo 129.º, póde resultar a expressa declaração de paternidade, que lei nenhuma prohibe, e que é bastante para fundamentar a acção de paternidade ou maternidade, conforme o artigo 130.º n.º 1.º e artigo 131.º, acção que é admittida nos casos em que a perfilhação é permittida, artigo 132.º, como são todos os não exceptuados no artigo 122.º; póde até resultar a prova necessaria para a legitimação.

Apesar de o não considerarmos necessario, aconselharíamos, por cumulo de precaução, que taes reconhecimentos sejam feitos conjunctamente, quando isso seja praticavel. e, quando for mister faze-los isolados. que sejam corroborados com instituição testamentaria.

## CAPITULO IV

### Do patrio poder

Quando Deus creou o mundo, para complemento da obra, formou o homem, e d'elle mesino tirou a mulher, que não devia ser senhora nem escrava, mas fiel companheira, *faciamus ei adjutorium simile sibi*, e ordenou. *erunt duo in carne una.*

Inteiramente livres, livre devia ser toda a sua descendencia ; porém, multiplicados os homens, não tardou o abuso da força, e o estabelecimento da escravidão, que remonta aos primeiros seculos. Abraham, Jacob, Moisés e outros patriarchas tiveram escravos, e até nações inteiras foram escravizadas, como succedeu com o povo de Israel.

Os romanos tinham o direito de vida e morte sobre seus escravos, que consideravam cousas e não pessoas. *servus res, non persona.*

Estabeleceram tres graus de capacidade, a saber : o de liberdade, o de cidade, e o de familia ; capacidade que se perdia pela *capitis diminutio maxima, media* ou *minima.*

O primeiro grau comprehendia os livres e os escravos, subdividindo-se aquelles em ingenuos e libertinos.

O segundo grau comprehendia os cidadãos, os latinos, e os peregrinos.

O terceiro grau comprehendia as pessoas *sui juris* e *alieni juris*, e estas se subdividião em *filii familias et, qui in mancipio sunt*.

As mulheres casadas entravam na categoria de filhos, estavam *in manu mariti*, e eram *alieni juris*. Eis a razão porque ellas não exerciam patrio poder; sendo mesmo excluidas da tutela legitima, até que Justiniano (a respeito da tutela) destruiu a differença entre agnados e cognados.

Os principios do direito romano, mais humanizados, passaram para varias nações, e a nossa o adoptou, extrahindo d'elle a maior parte das suas disposições, e considerando-o como subsidiario nos casos omissos, que não contivessem peccado.

O patrio poder, já protector sem tyrannia, era pela nossa legislação concedido unicamente ao pae, Ordenação, livro 4.º, titulo 81.º, § 3.º, e titulo 87.º, § 7.º; e debaixo d'este principio foram estabelecidas todas as disposições legislativas; por isso a mãe não era usufructuaria dos bens do filho, Ordenação, livro 1.º, titulo 88.º, § 6.º

A mãe não podia fazer testamento pupillar, Ordenação, livro 4.º, titulo 87.º, § 7.º

A mãe não podia ser tutora de seus filhos, havendo tutor testamentario nomeado pelo pae ou avô, Ordenação, livro 4.º, titulo 102.º, § 1.º e 3.º A Novissima Re-

forma Judiciaria, artigo 423.º, determinava que a mãe pudesse ser tutora, sendo confirmada pelo conselho de familia.

Appareceu o Codigo, e estes preceitos foram invertidos.

A mãe já tem patrio poder. Codigo, artigos 137.º, 155.º e 322.º É ouvida em tudo quanto respeita aos interesses dos filhos, competindo ao pae durante o matrimonio a direcção d'esse poder, providencia necessaria á boa gerencia, Codigo, artigo 138.º

Na ausencia ou impedimento do pae, é a mãe quem faz as suas vezes, Codigo, artigo 139.º A mãe póde fazer substituições pupillares, Codigo, artigo 1859.º

A mãe compartilha com o pae todos os gosos emanados do usufructo dos bens dos filhos, Codigo, artigo 144.º e seguintes. Direitos sobre que logo faremos algumas reflexões.

Estas innovações, já existentes em legislações estrangeiras, foram introduzidas no Codigo.

Mas se o Codigo concedeu ás mães o patrio poder, não as nivelou aos paes, aos quaes deu a faculdade de nomear um ou mais conselheiros, que dirijam e aconselhem a mãe viuva em certos casos, ou em todos aquelles em que o bem dos filhos o exigir, segundo o artigo 159.º; d'esta maneira póde o pae estabelecer uma vigilancia constante, que, nos termos do artigo 161.º, quando a mãe, em prejuizo de seus filhos, não siga os conselhos d'aquella, póde destruir o patrio poder.

Esta idéa proximamente emanada do Projecto do Codigo Civil Hespanhol, artigos 165.º e 166.º, e que já se

achava consignada nos Codigos Civis de outras nações, citados por Goyena em seus commentarios, tendo por fim uma transacção entre os dois systemas, o que concedia, e o que negava o patrio poder ás mães, constitue uma innovação manca e defeituosa. Se as mães podem carecer d'essa vigilancia, deve ella ser decretada com disposições genericas.

Dir-se-ia que se deixa essa faculdade ao pae, porque está mais nas circumstancias de aquilatar a capacidade da mãe: mas se o pae estiver interdicto do patrio poder. em cujo caso lhe é defeso usar d'essa faculdade, artigo 159.º? Se o pae não fizer testamento? Se os conselheiros se escusarem. morrerem ou se impossibilitarem?

O poder dos paes, diz o artigo 141.º, não é sujeito a cautela alguma preventiva emquanto ás pessoas dos filhos menores; quando abusem podem ser punidos, e inhibidos de reger pessoas e bens a requerimento dos parentes, ou do ministerio publico.

O artigo 150.º inhibe-os de alienar, ou hypothecar, ou obrigar os bens dos filhos.

O artigo 151.º ordena, que, quando haja valores mobiliarios de grande importancia, sejam os paes obrigados a prestar caução, sendo julgada necessaria, e, quando a não possam prestar, serão depositados os valores, ou, se os paes requererem, convertidos em outros valores, ou collocados productivamente com a possivel segurança, recebendo os paes os rendimentos.

Em todos estes procedimentos intervem a auctoridade judicial, como se collige das palavras dos ditos artigos.

Parece-nos portanto que foram tomadas providencias sufficientes para evitar quaesquer excessos ou abusos do patrio poder, ou seja exercido pelo pae. ou pela mãe. e que raras vezes se verificará uma hypothese, em que seja necessaria a intervenção dos taes conselheiros.

O sr. Dias Ferreira suppõe o caso *«se o conselheiro der parecer para a mãe empregar capitaes do menor na compra de fundos publicos, convencido de que elles vão subir, e a mãe, receiosa do contrario, os não compra, e depois os fundos sobem, é a mãe privada da administração da pessoa e bens dos filhos, porque em prejuizo d'estes deixou de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae»*. Permitta-nos, s. ex.<sup>a</sup> fazer algumas considerações.

Primeiramente devemos notar que, na hypothese dada, o não seguir a mãe o parecer do conselheiro. podia trazer a falta de lucros para os menores. mas nunca prejuizos, e a expressão do artigo é bem clara a mostrar que a lei só trata *de damno evitando* e não *de lucro capiendo*, o que bem mostram as palavras *em prejuizo de seus filhos*. Demais, se em moral não são imputaveis os factos em que não ha dolo. má fé, ou culpa lata; se este mesmo principio é adoptado em jurisprudencia; se é vedado o prescrutar o futuro, falhando muitas vezes os calculos mais bem formados; é bem claro que as palavras do artigo *em prejuizo de seus filhos*, com referencia aos actos praticados ou não praticados pela mãe contra o parecer do conselheiro. só podem ser apreciadas pelas circumstancias existentes na occasião em que o conselho foi ou deixou de ser seguido; quaes-



quer motivos posteriores de elevação ou depreciação de valores não podem ser tomados em conta para apreciar actos preteritos, e cujos effeitos só d'elles dependem. Tenha-se porém em vista que todas estas considerações nos parecem superfluas: a conversão de valores de bens dos filhos ou collocação d'elles productivamente só em juizo se póde fazer, segundo o artigo 151.º; tudo quanto a mãe praticar em contrario é feito por sua conta e risco, e não póde prejudicar os menores.

Por ultimo notaremos, que as disposições respeitantes ao tal conselho, nos parecem uma enxertia, que destoa e desdiz do systema do Codigo: a infracção do artigo 161.º póde trazer a inibição de a mãe reger as pessoas e bens de seus filhos, e reduzir tudo ao caso da tutela; consistindo n'isso o patrio poder artigo 137.º, segue-se que é esse um dos motivos por que elle se póde perder; e no entanto não o vemos mencionado nem no artigo 168.º, que trata da suspensão, nem no artigo 170.º, que trata da terminação d'esse poder.

Da mesma fórma entre as attribuições do conselho de familia, estabelecidas e especificadas no artigo 224.º, não vemos a de privar a mãe de reger as pessoas e bens dos filhos nos termos do dito artigo 161.º

Tudo isto demonstra que são bastantes as providencias decretadas para occorrer ás demasias do patrio poder, e que em consequencia é inteiramente inutil a innovação contida no artigo 159.º Mas, se não bastam, se a vigilancia exercida pelos conselheiros é necessaria ou util, deve então a mesma ampliar-se, e supprir-se pela lei a omissão ou a impotencia do testador: eleve-se esse

conselho a uma instituição legal, mas ponha-se em harmonia com as outras providencias do Codigo. a nosso ver preferiveis e sufficientes.

Dissemos acima que mais tarde fariamos algumas reflexões com respeito ao usufructo. ampliado ás mães, e não é sem receio que vamos cumprir o promettido; pois temos de aventurar uma opinião. que contrariá quasi todas as legislações existentes. de longa data. na maior parte das nações; vamos estabelecer uma proposição que alguém poderá capitular de paradoxal. um principio que fere immensos interesses: embora; como as nossas convicções são arreigadas, é necessario, ou buscar contradictores. que pela força de seus syllogismos possam levar o convencimento do erro ao amago do nosso espirito; ou sectarios que possam fazer triumphar um principio, que nos parece filho da rasão e da moral.

Não se pense que nos insurgimos contra a ampliação; nada mais justo que equiparar, em direitos. a mãe ao pae; o que nós entendemos é que o usufructo dos bens dos filhos não deve pertencer nem á mãe nem ao pae.

Pelo antigo direito romano. em que o patrio poder concedia aos paes sobre os filhos o *jus vitæ et necis*, o direito de os revender até terceira manumissão, o direito de os dar á noxa, etc., era consequente o principio *quidquid adquirerent liberi, id omne patri acquisitum esset*; mas depois que os principios da philosophia pouco e pouco foram desmoronando esse injustificavel collosso de despotismo. introduziu-se o *jus adquirendi* dos filhos, limitado segundo a distincção de va-

rios peculios, e, no que respeita aos bens adventícios, estabeleceu-se a favor dos paes o usufructo *ex sola juris auctoritate*, como dizem os escriptores.

A esse direito foi uma grande parte de nações beber os principios, que converteram em legislação patria, e quasi todas concederam aos paes o usufructo dos bens adventícios dos filhos, e com exclusão das mães, mostrando assim como taes disposições se resentiam do vicio original.

A lei natural ordena aos paes de alimentar seus filhos; por um direito de reciprocidade devem os filhos alimentar os paes, quando d'isso careçam; póde e deve a lei social estender a outros parentes esse dever; mas tudo quanto saía fóra d'este limite não póde ter base, nem no direito natural, nem no principio de reciprocidade, nem nas exigencias do bem da sociedade.

O Codigo Francez, artigo 384.º, dá a este usufructo dos paes a denominação de goso, *jouissance*. e diz Duranton no tomo 2.º. livro 1.º, capitulo 2.º, n.º 361, que este goso é como uma indemnidade dos cuidados dos paes pelos filhos, e das despezas que arrasta sua educação; que, nos paizes de direito escripto, é regido pelos principios de direito romano relativos ao usufructo, e, nos paizes de costume, é uma consequencia do direito de guarda; que é uma especie de administração, que participa da tutela e do poder paternal: outros escriptores são concordes. Eis as subtilezas que o artificio tem inventado para sustentar um preceito, que não póde ter outra base senão *ex sola juris auctoritate*.

Estas bases são tão inconstantes, que não tem sido

possivel estabelecer um principio inalteravel; por isso em uns codigos se estabelece o usufructo só para os paes. n'outros tambem para as mães; no todo, ou em parte, até á emancipação. até á maior idade. até vinte. até vinte e cinco. até trinta annos. por toda a vida. etc.; o que tudo se póde ver em Goyena ao artigo 155.º Estas discrepancias provam perfeitamente a oscillação do principio.

Não podemos considerar esse goso como indemnidade dos cuidados dos paes na educação. porque essa solitudine é um dever natural e social. porque o pae se honra na boa educação dos filhos. e porque nos parece aviltante o preceito, que abate essa sublime missão da natureza ao nivel de um officio mercenario; mas, se a nobreza do espirito deve ceder aos conselhos do interesse, elevae unicamente a indemnidade até os seus justos limites, e dae unicamente aos paes o equivalente ao trabalho prestado. já quanto ás pessoas. já quanto aos bens: seja guarda, seja administração alheia. dêem-lhe os sophistas a denominação que bem lhes aprouver. é certo que nunca póde ir alem da *indemnidade*.

O dever de prestar alimentos entre ascendentes e descendentes e irmãos, quando não tiverem meios. belamente reconhecido na nossa legislação antiga. especialmente no assento de 9 de abril de 1772. tambem se acha consignado no Codigo. artigo 171.º e seguintes; portanto, se o pae ou mãe não tiverem meios sufficientes para se sustentar a si. e á sua familia. deduzam-se dos rendimentos do patrimonio de um filho rico. os seus alimentos proprios, os de seus paes. os de seus

irmãos, deduzam-se todas as despesas de administração, e, se quizerem, deduzam-se a indemnidade dos serviços do patrio poder na educação d'esse filho, mas páre-se ali.

O Codigo Civil não considera o usufructo como uma consequencia necessaria do poder paterno, e tantoque admite o exercicio d'este direito independente do goso d'aquelle, como se deduz dos artigos 162.º e 166.º, e assim o sustenta o sr. Dias Ferreira na annotação ao artigo 144.º, dizendo que o usufructo não é attributo essencial e indispensavel do patrio poder.

Compenetrados da exactidão d'este nosso principio, quizemos ver se poderíamos encontrar em algum Codigo Civil auctoridade mais valiosa, que nos servisse de apoio, e effectivamente a achámos no Codigo de Austria, artigos 149.º e 150.º

Porultimo faremos uma consideração, os artigos 1061.º e 1062.º não admittem recurso algum de concessão ou negação de licença para os menores contrahirem casamento; sobre este ponto existe um poder discricionario na vontade dos paes, e até do avô; reflecta-se nas consequencias que deverão resultar d'este poder, quando os paes tenham o usufructo dos bens adventicios dos filhos, e a razão e a moral mostrarão que a lei não deve deixar os interesses do filho em guerra com os interesses dos paes. No capitulo seguinte trataremos esta materia.

## CAPITULO V

### Do casamento de menores

Sempre foi considerado como effeito da obediencia devida pelos filhos a seus paes o consentimento d'estes nos casamentos d'aquelles, consentimento exigido até pelos interesses dos proprios filhos, quando menores, idade em que, ou a rasão não está completamente desenvolvida, ou as paixões preponderam sobre os seus preceitos.

N'este objecto o estado da legislação antecedente é o que fez objecto da lei de 6 de outubro de 1784, em que, vedando-se os esponsaes celebrados sem escriptura publica e sem intervenção dos paes, tutores, ou curadores, se providenciou, para o caso de recusa do consentimento, com o recurso ao desembargo do paço, e aos corregedores e provedores das comarcas, pelo modo ali prescripto, auctoridades estas depois substituidas pelos juizes de direito e relações, segundo a Novissima Reforma Judicial, artigo 85.º, § 7.º, e artigo 340.º

N'este estado de cousas o Codigo prohibiu o casa-

mento aos menores, e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, enquanto não obtiverem o consentimento de seus paes, e, na falta d'estes, das pessoas que os representam, na fórma dos artigos 224.º, n.º 18.º, 1058.º e 1061.º; mas este consentimento não póde supprir-se, porque, diz o artigo 1062.º: *Da concessão ou negação de licença em nenhum caso ha recurso*. Eis uma das grandes innovações da nova jurisprudencia.

O illustre auctor doCodigo no artigo 144.º do seu projecto determinava que a falta do consentimento expresso dos paes podesse ser supprida por decisão do conselho de familia; este preccito harmonisava-se perfeitamente com o outro, concedendo aos paes o usufructo dos bens adventicios do filho; mas conservar este, ampliado ás mães, e negar qualquer recurso da denegação do consentimento, é pôr em luta os principios do dever com as suggestões do interesse.

Se por um lado ninguem é mais capaz de apreciar as conveniencias de um casamento do que os proprios paes; se não ha n'este mundo quem possa iguala-los em extremos de amor para com seus filhos, é logico o principio estabelecido noCodigo: sejam elles os arbitros dos futuros destinos dos filhos menores na escolha de consorte, o acto mais solemne da vida social. Mas, se por outro lado, como diz um poeta, o dinheiro vence mais que o amor; se, como mostra a experiencia, é elle um dos principaes motores das acções humanas; se a maior aspiração do pobre é ser rico; se as constantes tendencias do rico é ser opulento; estas considerações

não influirão no animo de um pae, quando vê que não transgride a lei civil, antes vae de accordo com o seu preceito? E, se outros motivos preponderarem, que, se não são geraes, não deixam de ser frequentes, como a quebra do affecto paternal, a preferencia de amor de uns filhos sobre outros, a existencia de ligações pouco conformes á moral, a carencia de meios para sustentar vicios, presumirá alguém uma força tal de virtude, que prefira o dever da consciencia ao expediente que a lei consente?

O preceito do artigo 1062.º, tirado proximamente do Projecto do Codigo de Hespanha, artigo 53.º, já tinha existido entre nós: a lei de 19 de junho de 1775 applicava a pena de desherdação e desnaturalisação das familias aos filhos que casassem sem consentimento de seus paes, tutores e curadores, e n'essa epocha era mais rasoavel uma tal providencia, porque, não estando vedados os contratos esponsalicios sem escriptura, eram immensos os abusos que careciam de correctivo; mas quaes foram as consequencias de uma tal inibição? Muitos paes tornaram-se despotas, e foi mister uma immediata providencia que corrigisse os excessos, achando-se os seus motivos claramente desenvolvidos no preambulo da lei de 29 de novembro de 1775 em termos tão energicos quaes os seguintes:

*Sendo-me presente em consulta da mesa do desembargo do paço que, havendo eu pela minha lei de 19 de junho d'este presente anno auxiliado e sustentado a inviolavel observancia da disciplina, louvavelmente excitada pelos prelados ecclesiasticos d'estes meus rei-*



nos, de não admittirem aos matrimonios os filhos ou filhas familias, sem o consentimento de seus paes ou de seus curadores; com as penas que são da minha temporal competencia: quando podia esperar-se que unidos os paes de familias com a força de uma e outra auctoridade, para conservarem toda a que tem o poder paterno, fariam d'elle, em beneficio dos mesmos filhos, aquelle justo e bem regulado uso, a que elle pela sua natureza se dirige: tinha muito pelo contrario mostrado a experienciã que, esquecidos até d'aquelles affectos que inspiram os notissimos principios de direito natural a todos os paes para promoverem os interesses de seus filhos, lhe negavam absoluta e obstinadamente os consentimentos, ainda para os matrimonios mais uteis, correspondentes ás suas qualidades, erigindo no seu particular e domestico poder um despotismo para impedirem os mesmos matrimonios, em notorio prejuizo da familia e da povoação, de que depende a principal força dos estados: que, competindo-me como pae commum dos meus vassallos não só moderar os abusos e tyrannias do poder particular, mas tambem o privativo conhecimento das causas e rasões por que os paes negavam a sua licença para os matrimonios dos filhos . . . . e que, sendo justo e sempre conforme ás minhas paternaes intenções, que os effectos da minha real protecção cheguem desde a primeira até á ultima classe dos meus vassallos, se fazia indispensavel uma providencia geral que, cohibindo tão perniciosos abusos, fazendo conter o poder paterno nos seus justos e racionaveis limites, desembarace os matrimonios, em publico e particular

*beneficio, e. conformando-me com o parecer da dita mesa, sou servido ordenar aos ditos respeitos o seguinte, etc.*

Estes fundamentos deram origem a estabelecer-se n'esta lei o recurso da negação do consentimento para o casamento dos menores, nos termos acima expendidos. Mas fatal condição da imprevidencia humana! Á mingua de prescrutar os defeitos de uma lei, que, removidos, seria justa, vae substitui-la por outra inteiramente contraria, e cujos defeitos não são menores.

D'esta fórma, na execução d'este novo preceito. onde tinham de averiguar-se factos que implicavam com a honra do cidadão, onde tinham de combinar-se interesses oppostos, sympathias e antipathias que devem morrer abafadas no seio da familia, onde as precauções legaes symbolisavam um processo inquisitorial. de necessidade se haviam de encontrar os invenciveis attritos que produziram a inefficacia da lei; os especuladores exploraram o terreno de novo aberto á sua ambição; não faltaram suggestões para annuencia a depositos, muitas vezes procurados á feição dos requerentes, e estes, certos da impossibilidade de se apresentarem provas de factos impeditivos do consorcio, de antemão contavam com a sentença favoravel.

Os paes, quando tinham força para negar o consentimento, allegavam difficilmente em juizo as causas da negação; e quaes seriam ellas? A diversidade de condições? A diversidade de haveres? A desigualdade das idades? A mancebia? A existencia de vicios? A existencia de crimes? E qual d'essas causas estava consi-

gnada nas leis patrias? Recorria-se aos praxistas, recorria-se ás disposições dos Codigos estrangeiros; mas nem uma unica providencia positiva existia a tal respeito, e isso favorecia o arbitrio dos julgadores que rarrissimas vezes achavam nos processos as provas de factos, ou não articulados, ou de prova difficil e perigosa; e d'esta fórma o supprimento do consentimento era mais a execução de uma formalidade, que o julgamento de um pleito; recorria-se aos principios geraes da igualdade, e tudo isso era ainda favorecido pelo sigillo da lei que mandava inutilisar os processos.

Como os recursos legaes eram inefficazes, ensaiavam-se os astuciosos, e assim como os pretendentes tudo empenhavam, para que o depositario inspirasse no animo da donzella depositada o *sim* arteiramente conquistado, os paes lançavam mão de iguaes meios para lhe extorquirem o *não* do arrependimento; este era o verdadeiro processo, tudo o mais eram sombras de legalidade.

As mesmas causas produzem os mesmos effeitos, uma lei igual em Hespanha teve o mesmo resultado, e por isso o projecto do Codigo, artigo 53.º, negou recurso contra a negação do consentimento; e Goyena nos seus commentarios diz: *O nosso artigo corta estes recursos escandalosos, evita melhor que a Pragmatica de 1770 diffamações de pessoas ou familias. que em ultimo resultado se identificam, porque era mui raro o caso em que se declarava racional o dissenso, e d'este modo uma menina de quinze annos com um seductor habil burlava a lei e a natureza.*

Não desejámos pois, que n'este ponto retrocedamos

ao antigo condemnado systema; mantenha-se o poder dos paes em toda a sua plenitude; porém em toda a sua pureza; e para isto bastará que se revogue o principio que concede aos paes o usufructo dos bens adventicios dos filhos.

Emfim, se entre nós é tal o respeito por esse privilegio reprovado pela philosophia do direito; se, incumbida aos homens a feitura das leis, é grande a tendencia de as ageitar aos seus interesses; se se acha repugnancia na revogação do principio, ao menos, emquanto não chega a epocha da sua total aniquilação, decrete-se que o usufructo dos paes nos bens adventicios dos filhos dure só até á sua puberdade, definida nas mulheres aos doze annos e nos homens aos quatorze; d'esta fórma não fica subsistindo rasão que aconselhe, que mova, que persuada, que incite os paes para a negação de consentimento ao casamento dos filhos, quando assim o exigirem os interesses d'elles; e desaparece o antagonismo entre dois principios que não devem coexistir.

## CAPITULO VI

### Da emancipação

A vida do homem está sujeita a diversas transformações, que se vão operando successivamente desde o momento da concepção até á morte.

Quando essas transformações, na transição gradual, constituem um caracteristico que as distingue, a essa diversidade de periodos chama a sciencia *idades da vida*.

Estas a que se dá differentes denominações, de ordinario se dividem em quatro: a infancia, a puberdade ou adolescencia, a virilidade e a velhice; bem symbolisadas pelos poetas nas estações do anno.

O desenvolvimento do espirito segue o movimento do corpo, a começo tenue, fraco, quasi imperceptivel, vae-se robustecendo pouco a pouco, até que chega ao estado de perfeição, no qual estaciona, e por fim declina.

O legislador, que tem por missão buscar o *bene esse* dos associados, deve seguir em tudo a natureza; e, consultando os principios anatomicos e physiologicos, marcar as epochas em que o homem deve estar

plenamente sujeito á administração tutelar (ou seja natural ou substituída); a epocha em que o homem possa ser entregue a si mesmo, pelo pleno uso da razão, sem outro vinculo alem do respeito ás leis da sociedade; e a epocha intermediaria entre aquellas duas, que sirva de transição de uma á outra, em que o homem, livre da tutela, fique sujeito a uma vigilancia protectora, que intervenha nos negocios mais arduos da vida social.

Fiel a estes preceitos, a legislação anterior estabelecia como principio inconcusso que só a maioridade dava ao cidadão o uso amplo dos seus direitos sem obstaculo (salvo caso de interdicção), e que a emancipação do menor não era mais que uma auctorisação para reger sua pessoa, e administrar seus bens; sem contudo se lhe permittir a feitura de contratos, que a lei tratava de enumerar, salvo intervindo a superintendencia n'ella estabelecida. Decreto de 18 de maio de 1832, artigo 65.º, Novissima Reforma Judiciaria, artigo 458.º

O Codigo confunde, ou equipara o emancipado com o maior, e estabelece no artigo 305.º o principio generico de que *a emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens como se fôra maior*, innovação com a qual não podemos conformar-nos.

O Codigo considerou como cousas distinctas emancipação e maioridade, o que bem claramente se deduz do artigo 311.º, onde define o que seja maioridade, e do artigo 304.º, determinando que a emancipação só se verifique pelo casamento, e pela concessão do pae, etc.;

distinguiu as denominações, mas confundiu os effeitos; temos maioridade pela lei aos vinte e um; temos maioridade por concessão aos dezoito annos; mas tudo é maioridade sem differença alguma.

Pelo systema anterior a emancipação differia em que o direito de administrar os bens se limitava aos actos meramente administrativos. sem poder fazer contratos que a lei designava; sendo alem d'isso a emancipação sujeita ao principio da revocabilidade: destruindo-se esses dois caracteristicos, terminou completamente a diversidade; e era mais simples aniquilar a denominação de emancipação, e dizer: o menor torna-se maior ou pela lei aos vinte e um, ou pela concessão aos dezoito.

O Codigo foi forçado a reconhecer que o seu principio era inapplicavel a todas as hypotheses. e por isso no artigo 306.º determinou que a emancipação por casamento só produziria os seus effeitos legaes tendo o varão dezoito annos completos e a mulher dezeseis, e tendo sido o casamento devidamente auctorizado: este additamento da commissão que não estava no projecto original, não obstante o que contra elle diz o douto jurisconsulto o sr. Dias Ferreira no commentario ao artigo 304.º, foi um reconhecimento forçado do verdadeiro principio, que não foi attendido no systema do Codigo.

As considerações feitas pelo sr. Dias Ferreira são justas. d'ellas se deduz a inconsequencia das disposições do Codigo, que é sempre o resultado de taes aberrações; mas permitta s. ex.<sup>a</sup> que não combinemos com a con-

clusão que tirou das premissas estabelecidas. como logo mostraremos. Demais na pratica não se podem ter como não escriptas as palavras que o estão: a luz do sol não se nega. nem o magistrado pôde violar (como reconhece o douto commentador) uma lei clarissima. direi mais. uma lei justa. que se pecca. é em não estabelecer o systema da legislação anterior. em toda a plenitude.

O casamento é o acto mais importante da vida civil. auctorisa-se o individuo a pratica-lo, e não se lhe deixa liberdade de administrar-se e aos seus bens. acto secundario e até insignificante em vista d'aquelle! O argumento caduca em se reflectindo no seguinte: não se permite ao menor o casamento a seu livre arbitrio; a penalidade do § unico do artigo 306.º d'isso nos convence; alem de que é objecto claramente estatuido no artigo 1058.º, que diz: *É prohibido o casamento aos menores de vinte e um annos, e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, emquanto não obtiverem o consentimento de seus paes, ou d'aquelles que os representam, nos termos do artigo 1061.º* Portanto o verdadeiro syllogismo fica reduzido aos termos seguintes: assim como é prohibido ao menor o casar sem auctorisação. da mesma fórma lhe é inhibido o fazer. sem ella, quaesquer outros contratos.

O estabelecimento da epocha da maioridade, a fixação da idade necessaria para a emancipação. são actos do legislador. mas subordinados em tudo ao preceito irresistivel da natureza; pôde questionar-se se a rasão está completamente desenvolvida aos vinte e um ou vinte e cinco annos; pôde questionar-se se desenvolvimentos



precoces devem auctorisar a emancipação aos dezeseis ou aos dezoito annos; pôde questionar-se se esta auctorisação deve ser ampla ou limitada; mas não se pôde conceder que quaesquer outros motivos estranhos a essas considerações, possam servir de base a determinações que os principios contrariam.

A lei decreta que a emancipação seja aos dezoito annos, e porque não decretou que fosse antes? Pois o pae, a mãe ou o conselho de familia que concedem a emancipação voluntaria, e conhecem perfeitamente as qualidades do emancipado, não podem ir alem d'aquelle praso. e ha de haver motivos estranhos á rasão d'aquella inibição, que a frustrem e destruam?

A mulher pôde casar aos doze annos: n'essa idade, o mais das vezes, ainda não é pubere, não tem conhecimento do trato do mundo, e ainda não tem a sua rasão completamente desenvolvida; e será o casamento, por si só, uma habilitação para a completa emancipação? Poderá esse acto infiltrar a capacidade necessaria para a livre administração e disposição dos bens? Se assim fôra, seria facil a arte de adquirir juizo.

Mas existe uma collisão entre a disposição do artigo 137.º e a do artigo 306.º, n'aquelle se estabelece o poder paternal sobre os filhos; n'este se diz que a emancipação por casamento só produz os *effeitos legaes* tendo o varão dezoito annos e a mulher dezeseis; e d'aqui se tiram argumentos para demonstrar que existe uma verdadeira confusão entre os poderes paternal e marital; é certo, e infelizmente não se limitam a esta as inconsequencias do Codigo.

O *patrio poder* tem por fim dois objectos distinctos, o 1.º a regencia da pessoa do filho; o 2.º a administração de seus bens: assim se deduz claramente do artigo 137.º e seguintes do Codigo; portanto, se as palavras *effeitos legaes* se restringissem á administração dos bens, teriam desaparecido as difficuldades, e parecer-nos que foi essa a intenção do legislador, que no § unico do artigo 306.º, para o caso do casamento sem a necessaria auctorisação, diz, que o menor continuará a ser considerado como menor *quanto á administração de seus bens* até á maioridade. palavras significativas que bem mostram a separação dos dois poderes para livremente se exercerem.

Ao Projecto do Codigo Hespanhol foi o nosso beber as innovações de que temos tratado: mas veja-se como aquelle se houve circumspectamente n'esta questão; estabelece no artigo 272.º: *O matrimonio produz de direito a emancipação com limitação estabelecida no artigo 60.º*, e diz n'este artigo: *O marido é o administrador legitimo de todos os bens do matrimonio, porém sendo menor de dezoito annos necessita do consentimento de seu pae, e na falta d'elle da mãe, e na falta de ambos da auctoridade judicial, para todos os actos que, com referencia ao artigo 1003.º, carecem de escriptura publica, e para demandar e defender-se em juizo*: não seguiu o principio de que o casamento auctorisado produzia todos os effeitos da emancipação, mas attendeu á incapacidade da menoridade. N'estas idéas foi concebido o novo Codigo de Italia, nos artigos 310.º e seguintes.

D'esta fórma quizeramos que a emancipação por casamento só produzisse os effeitos legaes quanto á administração dos bens, quando o individuo tivesse chegado á idade da emancipação voluntaria; quizeramos que desde esse acto se concedesse ao menor o administrar seus bens, mas não o dispor d'elles sem intervenção de uma fiscalisação protectora.

Uma outra innovação consistiu em limitar a emancipação ao facto do casamento e da concessão, excluindo as que as nossas leis facultavam ao que tinha ordens sacras, aos bachareis formados, licenciados, doutores, officiaes do exercito e marinha, tendo completado vinte e um annos; esta limitação era uma consequencia necessaria da mudança da epocha da maioridade, logoque para aquellas emancipações era mister a circumstancia da idade; estabelecida ella como sufficiente, tudo o mais ficou sendo superfluo.

Outra innovação consistiu em tornar irrevogavel a concessão da emancipação, artigo 310.º; esta alteração era uma consequencia do novo systema de considerar maior o emancipado, se algum dia se resuscitarem as verdadeiras differenças, talvez volte aquelle principio, que então mesmo não julgâmos indispensavel.

Em summa, o principio que equipara e confunde a emancipação com a maioridade não é adoptado na maior parte dos Codigos das nações civilisadas: foi por nós combatido apenas appareceu <sup>1</sup>, foi combatido pelo sr. Paes da Silva nas suas observações, foi combatido

<sup>1</sup> Vide Appendice 1.º, observação 280.

por alguns dos illustres membros da commissão revisora, e, quanto mais o escalpello analytico entra no amago da questão, mais nos convencemos que os interesses sociaes reclamam o restabelecimento da antiga legislação, baseada na marcha regular da natureza.

## CAPITULO VII

### Da maioridade

A epocha da maioridade é assignada, sem distincção de sexo, aos vinte e um annos completos. O maior fica habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens, Codigo Civil, artigo 311.º

Pela nossa legislação anterior a maioridade era fixada aos vinte e cinco annos, Ordenação, livro 1.º, titulo 88.º, livro 4.º, titulo 102.º, Decreto de 18 de maio de 1832, artigo 62.º, e Novissima Reforma Judiciaria, artigo 453.º: o Codigo suppoz que, nas eras que vão correndo, o juizo director, e a prudencia administrativa, se tinham antecipado quatro annos na raça humana, e que era mister liberta-la das peias da menoridade: não foi invenção, foi imitação. A diversidade das leis das nações a tal respeito se póde ver em Saint Joseph, *Concordance*, tomo 1.º, introduccção, paginas 30.

Os effeitos da civilisação têm influido n'esta radical alteração do direito romano e do direito que por longos annos dirigiu as nações cultas; é para sentir que aquella

nem sempre leve suas luzes a todo o individuo, nem estas sejam sempre accesas no foco da moralidade.

Não nos parece que este afrouxamento nos vinculos da familia para onde converge o espirito do seculo, guiado pelo justo odio ao despotismo do antigo patrio poder, mas sem fixar o justo termo em que deve parar, possa dar os desejados resultados: quotidiana e funesta experiencia quasi sempre é menosprezada, quando se trata de estabelecer doutrina seductora, que os costumes repellem.

Para nós a questão deveria ser: Estará a mocidade de hoje mais apta aos vinte e um annos para dirigir suas pessoas e administrar seus bens, do que antes aos vinte e cinco annos? Errariam os antigos na classificação das idades? Terá o curso dos seculos aperfeiçoado os seres humanos, dando-lhes faculdades precoces em relação a outras eras? A illustração intellectual (que não abrange o maior numero) trará consigo a pratica das virtudes e da moral? Não traz a civilisação novos usos, novas commodidades? Não demanda isso sacrificios pecuniarios? Terá a idade dos prazeres e da imprevidencia forcas sufficientes para regular esses sacrificios?

A experiencia se encarrega da resposta.

O principio da maioridade aos vinte e um annos está estabelecido no Codigo; porém, sejamos justos, não era o que estava no Projecto; o seu nobre auctor no artigo 290.º determinava que a maioridade fosse quando o menor chegasse á idade de vinte e cinco annos. Basta.

Fallaremos agora de uma disposição especial. O ar-

tigo 311.º do Código declara que o individuo, em tendo vinte e um annos completos, fica habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens. Pelo artigo 312.º o juiz não pôde negar a entrega dos bens ao maior, e a baixa no registo das tutelas, salvo havendo interdicção ou processo para ella, artigo 313.º; como se combinarão estas disposições com a do artigo 257.º, que diz: *No caso de emancipação ou maioridade, as contas serão dadas ao emancipado ou maior, com assistencia do curador e do protutor?*

As contas não são dadas judicialmente, são dadas ao emancipado ou maior, que tem a livre administração de seus bens: que figura fazem n'esse acto o curador e o protutor? Se as contas são tomadas e justas sem aquelle concurso, pôde dizer-se que estão justas contra a disposição preceptiva da lei, e lá vem a espada de Damocles com a nullidade do artigo 10.º, o que não veda a factura de outros contratos de diversa natureza, e tanto ou mais prejudiciaes; mas, se ellas são tomadas com assistencia do curador e do protutor, se estes se pronunciam pela sua inexactidão, e o menor anno a ellas, e passa quitação geral, *quid juris?*

Que recurso hão de elles interpor, e para quem? Que figura fazem no acto essas exerescencias?

Dada esta hypothese, nem ao menos o tutor fica inhibido de receber doações, segundo o artigo 244.º n.º 4.º, porque as contas estão dadas, e obtida a quitação geral.

Na extincção da tutela pela maioridade, e principalmente pela emancipação, pôde haver artificios e

suggerões empregadas pelo tutor para que suas contas sejam com facilidade approvadas, e as leis devem prevenir com providencias acertadas: o Codigo Civil de França, artigo 472.º, veda todo o contrato entre o tutor e o menor, tornado maior, sem que passem dez dias depois da prestação de contas detalhadas e justificadas: o mesmo determina o Codigo da Sardenha, artigo 349.º, igual disposição se acha no Projecto do Codigo Civil Hespanhol, artigo 264.º

O Decreto de 18 de maio de 1832, no artigo 56.º, determinava que o tutor desse conta geral da administração ao emancipado, ou ao que chegasse á maioridade, e no artigo 58.º estabelecia a providencia radical de que o tutor não poderia fazer contrato algum com o que chegasse á maioridade, senão dez dias depois de lhe ter dado conta de sua administração, e obtido d'elle recibo geral: eis-aqui tinhamos remediados quanto possível os males a prevenir; tinhamos uma disposição que não sujeitava um homem, declarado maior pela lei, a uma vigilancia ephemera de entidades, cujas funcções tinham cessado: tinhamos uma determinação positiva e efficaz, e não um preceito sem significação juridica.

Cumprê ponderar que o artigo 58.º do dito Decreto falla só do maior, e não do emancipado, porque partia do principio, aliás o verdadeiro, que só a idade marcada na lei para a maioridade conferia o pleno direito de administração de bens, goso pleno em que não estava o emancipado, sobre o qual a lei continuava a vigiar, não lhe concedendo a factura de contratos prejudiciaes, como os referidos no artigo 65.º, nem mesmo o passar



ao tutor, só de per si. recibo geral de sua administração. artigo 66.º

D'esta fórma, se o emancipado é considerado como maior. artigo 305.º; se o maior é habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens, artigo 311.º; não tem razão de existencia a determinação do artigo 257.º, quanto aos emancipados e maiores, disposição não só antinómica com a d'aquelles artigos, mas completamente inefficaz: a legislação anterior era mais coherente, e offercia mais solidas garantias.

Existe uma outra disposição sobre esta materia, cujo alcance não podemos comprehender. O individuo é maior aos vinte e um annos, e o maior fica habilitado para livremente dispor de sua pessoa e bens, artigo 311.º O maior deve requerer, com certidão de idade, que lhe sejam entregues os bens, que tiverem estado em administração, e se lhe dê baixa no registo das tutelas, artigo 312.º: por este artigo se vê que elle tem direito a duas cousas: 1.ª, a entrega dos bens com administração; 2.ª, a baixa no registo de tutelas: porém diz o artigo 313.º. que o juiz sobrestará na entrega dos bens em dois casos: 1.º, havendo sentença de interdicção; 2.º, havendo processo, só que seja, pendente para esse fim.

N'estes dois casos pois deve o juiz sobrestar na entrega dos bens; mas não póde recusar a baixa no registo das tutelas, porque o artigo 313.º só comprehendeu a primeira hypothese do artigo 312.º

O sr. Dias Ferreira, na annotação ao artigo 309.º, diz que não basta a accusação criminal, d'onde possa resultar a interdicção, para que se considere existir o pro-

cesso de que falla o artigo 313.º; mas que é necessario que este tenha por fim principal e directo a interdicção por demencia ou por surdez-mudez: estamos de perfeito accordo com esta opinião, ampliando a disposição **tambem** ao caso da interdicção por prodigalidade.

Quando haja a interdicção declarada por sentença, (1.ª hypothese do artigo 313.º), e esta for registada e publicada, artigos 319.º e 349.º, em virtude d'este registo e publicação, devem considerar-se nullos todos os contratos feitos pelo interdicto. artigo 334.º e artigo 349.º; mas, se apenas existir processo pendente para a interdicção (2.ª hypothese do artigo 313.º). qual seria o fim que a lei teve em vista para sobrestar na entrega dos bens? Se, como dissemos, não se póde deixar de dar a baixa no registo de tutelas; se não existe, nem póde existir registo de interdicção, qual será o resultado d'aquella providencia? Que disposição haverá, salvo o caso do artigo 335.º, que annulle os contratos feitos pelo maior com terceiros, nas circumstancias de não haver um unico registo impeditivo? Talvez fosse a mente do legislador que a disposição do artigo 313.º abrangesse os dois casos do artigo 112.º; mas a letra d'elle exclue esta intelligencia: temos pois uma disposição sem resultado juridico.

## CAPITULO VIII

### Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria

A legislação antiga, que regulava o caso, era a Orde-  
nação, Livro 4.º, Titulo 81.º, § 6.º. e o Codigo Penal,  
artigo 51.º e seguintes; aquella considerava como servo  
da pena o condemnado á morte natural, ficando privado  
de todos os actos civis que requerem auctoridade do di-  
reito civil, assim como é o testamento; mas, em benefi-  
cio da alma, e em contemplação á religião, permittia-lhe  
o dispor da terça; o mesmo Codigo Penal decretava que  
tal condemnado perdia todos os direitos politicos, e bem  
assim a propriedade, posse e administração de todos os  
bens, que immediatamente passavam a seus successo-  
res legitimos, sendo nullo o testamento que fizesse, em  
cujos termos nem lhe permittia dispor da terça; mas,  
enumerando no artigo 53.º os mais direitos que per-  
dia, deixava-lhe os não mencionados. e por isso não o in-  
hibia da capacidade de herdar e receber por doação. Os  
effeitos das outras penas achavam-se declarados no ar-  
tigo 53.º e seguintes; e cumpre notar que esta interdic-

ção de direitos políticos e civis. ou antes esta aggravação de pena, era uma rigorosa consequencia da condemnação, não carecendo de declaração alguma na sentença condemnatoria, artigo 67."

Eis o estado da nossa legislação quando appareceu a primeira parte do Projecto do Codigo Civil, a que nós. solicitados pelo convite geral do seu nobre auctor, fizemos algumas observações; e, na materia proposta, notamos que a dureza d'essa legislação ainda era aggravada no novo Projecto, porque não só vedava ao condemnado á morte o dispor da terça de seus bens, mas o inhibia absolutamente, e sem excepção, de todos os seus direitos civis, como se colligia do artigo 361.º

O Codigo, artigo 355.º, conservou a essencia da doutrina, deixou á Lei Penal a designação dos casos em que se devia verificar a interdicção dos direitos civis; assim ficaram subsistindo as disposições do Codigo Penal, e quanto ao ponto culminante da morte civil, tambem ficou subsistindo, porque nenhuma das suas disposições lhe é contraria; e porque assim se deduz da disposição do artigo 1764.º inhibindo de testar os condemnados nos termos do artigo 355.º, e da disposição do artigo 1779.º inhibindo-os de adquirir por testamento na fórma do mesmo artigo 355.º, disposição que não se encontrava na legislação anterior. Sustentada pois tal doutrina, que em nada nos faz demover dos nossos principios, cumpre que o leitor os aprecie<sup>1</sup>.

Devemos fazer um reparo que não podémos explicar;

<sup>1</sup> Vide Appendice 1.º, observação ao artigo 361.º, e Appendice 3.º, artigo 361.º

quando censuravamos o inhibir-se ao condemnado, não só o dispor de seus bens, mas, muito mais, o não se lhe permittir dispor da terça a favor da alma, respondia-nos o auctor do projecto. que essa exigencia se achava satisfeita no artigo 1895.º (então inedito) e com maior amplidão: porque podia dispor da terça como lhe parecesse, mas o artigo no Codigo. correspondente áquelle, que é o 1764.º, supprimiu essa concessão, e lá ficaram em pé os artigos 52.º e 53.º do Codigo Penal, e o rigor arguido e confessado.

Se na essencia o Codigo Civil nada alterou na legislação anachronica. que o precedia, comtudo, segundo nos parece, na fórma introduziu uma alteração de grande consequencia, e sobre a qual passámos a aventurar algumas considerações.

O sabio commentador o sr. Dias Ferreira, na sua annotação ao artigo 355.º, diz: *Na sentença condemnatoria é escusado fixar os effeitos das penas, os quaes têm logar em virtude da Lei, independentemente de declaração alguma na sentença condemnatoria, como é expresso no artigo 67.º do Codigo Penal*; todavia o Codigo Civil dá occasião a duvidar d'esta opinião.

É certo que o titulo 14.º da primeira parte se inscreve: *Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria*, mas nos artigos desenvolve o pensamento. O Codigo Penal no artigo 51.º havia estabelecido, que a condemnação do criminoso. logoque passasse em julgado, tinha os effeitos declarados nos artigos seguintes, e, devendo o effeito sempre seguir a causa, era consequencia logica a disposição do artigo 67.º; mas o Codigo Civil.

quanto aos direitos civis, seguiu outro systema; e no artigo 355.º diz clara e positivamente: *Os criminosos não podem ser interdictos de nenhum dos seus direitos civis, senão por virtude de sentença passada em julgado. Se bastasse o julgamento do crime sem o julgamento da inibição, este artigo seria superfluo, não tinha rasão de existencia; se era para dizer que a sentença devia passar em julgado, isso já estava no artigo 51.º do Codigo Penal.*

Quando este artigo não fosse assás explicito, lá estava o artigo 356.º dizendo: *Ao interdicto de direitos civis por sentença proferida em processo ordinario, criminal, etc., o que mostra que a interdicção carece de ser julgada, aliás diria: Ao interdicto de direitos civis como effeito de sentença, etc.*

No artigo 1895.º do projecto eram inhibidos de testar os condemnados á pena ultima, segundo o disposto no artigo 361.º, no artigo 1764.º n.º 2 do Codigo prohibe-se de testar aos condemnados nos termos do artigo 355.º; se ninguem podia ser inhibido de fazer testamento senão o condemnado á morte, Codigo Penal, artigo 52.º, § unico, aquella alteração era inutil; todavia a illustre commissão determinou que se fizesse em harmonia com o que tinha votado no artigo 362.º, que corresponde agora ao 355.º

O mesmo succedeu ao n.º 1.º do artigo 1909.º do projecto com relação ao n.º 2.º do artigo 1779.º do Codigo; se o legislador não quiz a referencia á pena de morte, mas a referencia ao artigo 355.º, é porque não exprimem a mesma idéa, e a unica differença, que en-

contramos, consiste em este artigo exigir que a interdicção seja julgada por sentença, não bastando a condemnação criminal sem essa especificação.

Ainda mais, o artigo 1966.º n.º 7.º inibe de serem testemunhas em testamentos *os declarados por sentença incapazes de serem testemunhas instrumentarias*, o que mostra que a inibição deve ser declarada por sentença, e que não é unicamente um efeito do julgado criminal, quando n'este não se acha expressamente augmentada a pena com a inibição de direitos civis especificados.

Tambem notaremos que o artigo 2511.º n.º 6.º torna inhabeis para serem testemunhas *os especialmente inhibidos de testemunhar em certos factos*, e essa especialidade desaparece quando a inibição se deduzir como efeito necessario da condemnação á pena, sem que a sentença a especifique.

O Codigo Penal, tratando dos effeitos das penas, falla de direitos politicos e direitos civis; quanto aos politicos, fica subsistindo o preceito do artigo 67.º do Codigo Penal: quanto aos civis, unicos de que tratou o Codigo Civil, fica subsistindo a do artigo 355.º, segundo o preceito do artigo 5.º da Lei de 4 de julho de 1867.

Não nos parece que d'esta intelligencia possam provir grandes transtornos, porque quando mesmo as sentenças criminaes sejam omissas na especificação dos direitos interdictos, todas as vezes que os direitos civis não possam ser exercidos pelos condemnados, e fiquem em abandono seus bens, as leis respectivas dão as providencias necessarias e sufficientes.

A morte civil, como effeito da morte natural, poderá

ainda hoje ter execução? Poderá algum condemnado ser privado da facção testamentaria activa conforme o artigo 52.º do Codigo Penal, e o artigo 1764.º n.º 2 do Codigo Civil? Em vista d'estas disposições o sr. Dias Ferreira se expressa por estes termos: *De testar só é inhibido por effeito de sentença penal o condemnado á morte, sendo até de nenhum vigor o testamento feito, Codigo Penal, artigo 52.º* Seja-nos permittida a divergencia, dizendo que hoje ninguem pôde ser inhibido de testar por interdição criminal.

O legislador previdente, ou imprevidente, por uma fatalidade raras vezes occorrida, ao passo que perfilhava um principio injusto, tambem perfilhava outro conforme á philosophia do direito; mas eram principios cuja coexistencia era impossivel, porque um destruia o outro.

O Codigo Civil tem a data de 1 de julho de 1867, publicado por uma Lei da mesma data; pois por outra Lei da mesma data se estabelecia: *Fica abolida a pena de morte.* Esta pena foi substituida pela prisão cellular perpetua, artigo 3.º, c. enquanto o novo systema não poder ser executado, foi substituida pela pena de trabalhos publicos perpetuos, artigo 64.º, § unico. D'esta fórma foram-se os effeitos de uma pena que não pôde ser applicada; e á prisão perpetua ou cellular ou de trabalhos publicos, pôde ser applicavel o artigo 53.º do Codigo Penal; mas não o artigo 52.º; ninguem mais pôde perder a sua propriedade, e ninguem mais pôde ser inhibido de fazer testamento com o pretexto de condemnação criminal. Não podem ter applicação pratica



os artigos 1764.º n.º 2.º e 1779.º n.º 2.º do Código Civil.

Ao condemnado é tirada a administração dos bens, e a faculdade de dispor d'elles por acto *inter vivos*, Código Penal, artigo 53.º, mas fica-lhe livre, como dissemos, e em toda a sua plenitude, a faculdade de testar. O que a força da razão não pôde introduzir directamente no Código Civil, foi indirectamente preceitado na lei criminal. Os bons principios cedo ou tarde, sempre vem a triumphar.

Póde objectar-se-nos que a Lei de 1 de julho de 1867 aboliu a pena de morte nos crimes civis, mas que não tratou dos crimes militares, aos quaes póde ter applicação, o que é exacto; todavia parece que o argumento não procede, attentas as seguintes ponderações:

As disposições do Código Penal não são applicaveis aos crimes militares, como é expresso no artigo 15.º do mesmo: crimes militares, define elle no artigo 16.º, são os factos que offendem directamente a disciplina do exercito ou da marinha, e que a Lei militar qualifica e manda punir como violação do dever militar, sendo commettidos por militares ou outras pessoas pertencentes ao exercito ou marinha, e acrescenta no § unico, que os crimes communs commettidos por militares, ou pessoas pertencentes ao exercito ou marinha, serão sempre punidos com as penas determinadas na Lei geral, ainda quando julgadas nos tribunaes militares.

Portanto a pena de morte póde ser applicada nos crimes militares, que a lei de 1867 não comprehendeu: mas não póde ser applicada aos crimes communs ou

civis, porque a inibição n'ella consignada é assás expressa.

O Código Penal não tratou senão dos crimes communs; para a condemnação do criminoso em taes crimes é que elle no artigo 51.º e seguintes estabelece quaes os effeitos das penas, effeitos que por isso não podem ser applicados ao condemnado em crimes militares.

D'esta fórma o militar póde ser condemnado á morte conforme os artigos de guerra e segundo o crime militar que commetter, hypothese a que não póde ser applicavel o artigo 52.º do Código; o militar quanto aos crimes communs, a que tinham applicação os artigos do Código Penal, não póde ser condemnado á morte, porque aquelles foram modificados pela lei de 1867.

E como se poderia sustentar, que, só para os militares, ficasse existindo uma inibição de que estavam isentos todos os outros cidadãos? Qual seria a base d'essa odiosa differença? Onde estaria a igualdade da Lei? Ainda mesmo quando fosse possivel sustentar o contrario, já não deixava de ser grandiosa a victoria obtida, isentando de uma interdicção injusta, anticonstitucional e iniqua a maior parte da nação; porém estamos persuadidos que o argumento supra não tem resposta plausivel.

## CAPITULO IX

### Da prescripção

A nossa legislação antiga reconhecia a prescripção extinctiva e a acquisitiva; aquella tinha o principal assento na Ordenação, livro 4.º, titulo 79.º; esta na Ordenação, livro 4.º, titulo 3.º, § 1.º, titulo 79.º § 3.º e no direito romano.

Os moveis prescreviam por tres annos; os immoveis por dez entre presentes e vinte entre ausentes, havendo titulo e boa fé, ou por trinta faltando esses elementos, que se presumiam, mas cuja presumpção os interessados podiam impugnar. As obrigações prescreviam por trinta annos contados do dia em que se tornavam exigiveis, uma vez que não se desse a má fé.

A boa fé devia existir no acto de obter o titulo justo, e durar por todo o tempo d'elle, Correia Telles, Digesto Portuguez, tomo 1.º, n.º 1347, e outros escriptores.

A prescripção não corria contra os impuberes, isto é, até aos quatorze annos; corria d'ahi em diante, podendo pedir-se a restituição não só dentro da menor idade,

mas até aos vinte e nove annos. Ordenação. livro 4.º  
 titulo 79.º. § 2.º

Alem de prescripções mais curtas, especificadas nas leis, e que se podem ver no dito Correia Telles, desde n.º 1312, havia prescripções de quarenta annos contra a fazenda nacional e contra a igreja.

Podia ser interrompida a prescripção, e o praso corria de novo. Ordenação, livro 4.º. titulo 79.º, § 1.º

Havia um principio cardeal que dominava toda a materia da prescripção, era que com má fé ninguem podia prescrever. principio derivado do direito canonico no capitulo ultimo, *De præscript. verbis: Oportet ut qui præscribit in nulla temporis parte rei conscientiam habeat alienæ*; em faltando essa base, caducava a prescripção; e quando se presumia a boa fé, como no possuidor de trinta annos. assim mesmo a parte tinha franco o meio de provar o contrario.

D'este principio emanava o preceito de que o juiz não podia basear uma sentença sobre a prescripção não allegada, porque elle podia ver nos autos o tempo que tinha decorrido, mas não se com boa fé; Correia Telles. Tratado de Acções, § 71.", nota 1.º

O Codigo Civil fez muitas alterações, principalmente quanto ao tempo; trataremos das mais essenciaes.

A prescripção. que tinha por objecto a acquisição de cousas ou direitos, e que se chamava acquisitiva. denominou *positiva*. A prescripção, que tinha por objecto a desoneração ou extincção de obrigações, e que se chamava extinctiva, denominou *negativa*.

Mais apropriada e conforme aos effeitos operados

nos parecia a denominação anterior; porém confessámos que todos esses termos, segundo o nosso sentir, não preenchem o fim de constituir o característico que sirva de differençar as definições dadas.

Toda a prescripção é acquisitiva, para o que adquiriu um direito que d'antes não tinha; toda a prescripção é extinctiva para o que perdeu um direito que d'antes tinha. Toda a prescripção é positiva para o que firma um direito que antes não tinha; toda a prescripção é negativa para o que perdeu um direito que antes tinha.

Por taes motivos muitos codigos não se occupam de taes divisões e definições, com que nem perde a jurisprudencia. nem lucra o direito.

O Projecto do Codigo, de accordo com a legislação anterior. admittia a differença entre presentes e ausentes, estabelecendo para estes um praso mais longo de prescripção; a commissão banii esta differença, e esta innovação parece-nos rasoavel, attendendo á celeridade da transmissão de noticias, que hoje é facil e rapida entre as regiões mais remotas.

A Lei de 1 de julho de 1863, que estabeleceu entre nós o novo systema hypothecario, e com elle a necessidade de registo, determinou no artigo 38.º, que a posse não poderia ser invocada em juizo para prova da propriedade. enquanto se não mostrasse registada. O Codigo Civil, no artigo 524.º, com referencia no artigo 949.º, n.º 5.º, ordenou que a mera posse só podesse ser registada á vista de sentença passada em julgado, com audiencia do ministerio publico, e dos interessados incertos citados por editos, d'onde conste que o possuidor tem

possuido pacifica, publica e continuamente por tempo de cinco annos. Este principio foi depois desenvolvido no Regulamento de 14 de maio de 1868, artigo 171.º e seguintes, e Regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 126.º e seguintes.

Esta nova jurisprudencia deu occasião a estabelecerem-se as regras da prescripção com respeito á posse registada, determinando-se que ella se dêsse no caso de registo de mera posse, por tempo de cinco annos, desde essa data, artigo 526.º, n.º 1.º; d'esta fórma a simples base da posse, justificando-se a sua existencia por cinco annos, havendo registo, e decorrendo outros cinco annos, é sufficiente a fundamentar a prescripção.

Se houver o registo do titulo de acquisição, e decorrerem dez annos desde essa data, tambem se dá a prescripção, artigo 526.º n.º 2.º; temos pois que o julgamento da posse se retrotrahe cinco annos, que a mera posse, sem registo nos primeiros cinco annos, passa a valer tanto como o titulo registado, aindaque antigo seja. e que o proprietario com dominio titulado utiliza em prescindir d'elle, justificar a posse de cinco annos, e regista-la; em virtude do que. d'ahi a cinco annos, tem completo o tempo da prescripção, que de outra fórma exigia dez annos.

Não ha ninguem, possuindo por justo titulo, que não possa justificar a posse de cinco annos por si e seus antecessores; portanto o recorrer áquelle expediente é vantajoso, e isto mostra a desigualdade da lei, collocando em igualdade de direitos possuidores em circumstancias tão diversas.

Aos que têm posse ou título registado, passando mais dez annos, alem dos necessarios para a prescripção, já se não póde oppor, nem má fé, nem falta de título, artigo 527.º; são exceptuados os que possuem em nome de outrem, excepto achando-se invertido o título da posse. artigo 540.º

Se aos immoveis ou direitos immobiliarios faltar o registo da posse, ou do título da aquisição, só póde aproveitar a prescripção por quinze annos, artigo 528.º (isto se entende quando a posse tiver os requisitos exigidos no artigo 517.º), e se a posse tiver durado por trinta annos, já não se póde allegar má fé, ou falta de título, artigo 529.º. exceptuando o disposto no dito artigo 540.º

Pelo expendido facilmente se depreheende que o Código só admittiu, como regra, o principio da boa fé enquanto não decorrer o dobro do praso estabelecido para a prescripção positiva, mas passado esse dobro, já não admittes tal allegação; porque, como vimos, no systema antigo a má fé podia allegar-se a todo o tempo, o que agora não succede.

As cousas moveis podem ser prescriptas pela posse de tres annos, sendo continua, pacifica e acompanhada de justo título e boa fé, ou pela de dez. independentemente de justo título e boa fé, circumstancias que sempre se presumem, artigo 532.º Se a cousa movel foi perdida por seu dono, ou obtida por algum crime ou delicto, e passar a terceiro de boa fé, só prescreve a favor d'este passados seis annos, artigo 533.º

A prescripção negativa. isto é, da obrigação de pres-

tar, ou fazer alguma cousa. é de vinte annos estando o devedor em boa fé quando findar o tempo d'ella; ou de trinta annos sem distincção de boa ou má fé; salvas as prescripções especiaes estabelecidas por lei. A boa fé na prescripção negativa consiste na ignorancia da obrigação. Esta ignorancia não se presume nos que originariamente contrahiram a obrigação, artigo 535.º § unico.

Na prescripção positiva a boa fé é só necessaria no momento da acquisição, artigo 520.º, e d'aqui se infere que não o é no curso d'ella; assim o explica Goyena no commentario ao artigo 1957.º do Projecto Hespanhol; pelo contrario na prescripção negativa basta que a boa fé exista *quando findar o tempo da prescripção*; portanto os que originariamente contrahiram a divida não podem soccorrer-se á prescripção de vinte annos, mas sim á de trinta; porque n'aquella é precisa a boa fé, n'esta não; e o herdeiro do devedor que esteja em boa fé *quando findar o tempo da prescripção* póde soccorrer-se á prescripção de vinte annos, aindaque o seu antecessor fosse o que originariamente contrahisse a obrigação, artigo 535.º

No artigo 538.º e seguintes se enumeram varias prescripções, que exigem menos espaço de tempo e boa fé.

Contra essas pequenas prescripções de boa fé póde aquelle, a quem forem oppostas, requerer que a pessoa que as oppõe declare, sob juramento, se a divida foi paga, e n'este caso se julgue conforme o juramento, sem que este possa ser referido, artigo 542.º; mas, quando tiver decorrido mais o terço do tempo para dispensar a



boa fé, conforme o artigo 544.º, então não se admitte tal juramento; porque o artigo 542.º refere-se aos artigos antecedentes, e não aos subsequentes.

E poderia esse artigo 542.º fazer também referencia á prescrição negativa mencionada no artigo 535.º? A referencia generica, e sem especificação, assim o parece inculcar; porém pronunciamos-nos pela negativa pelas seguintes considerações:

1.º Porque este artigo 542.º foi deduzido do artigo 1975.º do Projecto do Codice Hespanhol, o qual expressamente limita o seu preceito ás pequenas prescripções, isto é, ás comprehendidas desde o artigo 1971.º, excluindo portanto as de longo praso, de que tinha tratado no artigo 1966.º até 1970.º

2.º Porque no systema do Codice não se admitte defeza alguma quando são passados os prazos, em que se não póde allegar a má fé.

3.º Porque o artigo 542.º não era do Projecto primitivo, foi um additamento proposto na commissão pelo illustre codificador, como se vê a pagina 125 das actas das sessões, ibi.: *O sr. Scabra propoz que no fim das pequenas prescripções, depois dos artigos 628.º a 631.º, se acrescentasse o seguinte artigo:*

*Aquelle a quem for opposta alguma das prescripções mencionadas n'estes artigos, poderá exigir que aquelle que a oppõe declare, sob juramento, se a divida foi ou não paga, e n'este caso se julgue conforme o juramento, sem que este possa ser referido.*

*Foi approvedo.*

A expressão, *pequenas prescripções*, seria sobeja para

tirar toda a duvida; mas a clareza ainda sobresáe da referencia aos artigos 628.º a 631.º do Projecto, que correspondem aos artigos 538.º a 541.º do Codigo.

D'esta fórma não resta duvida que as palavras indeterminadas do artigo 542.º do Codigo, *n'estes artigos* se referem aos artigos 538.º a 541.º, e não comprehendem o artigo 535.º

A prescripção começa a contar-se do modo seguinte:

Na positiva: Desde a posse legal com boa fé no momento de acquisição, artigos 517.º e 520.º

Na prescripção negativa:

1.º Desde o momento em que a obrigação se tornou exigivel, salvo se outra data foi especialmente assignada na lei ao começo do praso, artigo 536.º, como nos casos dos artigos 539.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, e artigo 540.º § unico.

2.º Desde o dia do ultimo pagamento nas obrigações com juro ou renda.

3.º Desde o dia em que cessa a gerencia dos que são obrigados a prestar contas, artigo 546.º

4.º Desde o dia da liquidação por consenso ou sentença, passada em julgado, quando ha obrigação de pagar o resultado liquido das contas, artigo 546.º

Nas outras disposições igualmente não são muito salientes as alterações feitas na legislação anterior; existe porém uma sobre a qual não deixaremos de fazer algumas considerações, e é ella a que, para o exercicio dos direitos civis, equipara aos particulares o estado, a igreja, as camaras municipaes e quaesquer estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrucção publica, Codigo Ci-

vil, artigo 37.º e 38.º e artigo 516.º; era uma anomalia que associações poderosas tivessem a seu favor uma lei excepcional.

Entre nós sempre foi legislação incontroversa que contra o estado (e igualmente contra a igreja) corria a prescrição; mas era uma prescrição privilegiada, uma prescrição de quarenta annos.

No Regim. das Ordenações, de 17 de outubro de 1516, capitulo 220.º, se lê o seguinte:

*Mundâmos que por nossas dividas se não faça penhora, nem execução, nem outro algum constrangimento depois de serem passados quarenta annos, salvo se por nossa parte, em nosso nome for allegado e provado que foi feita interrupção, que foram essas dividas pedidas, ou os devedores penhorados, ou houverem de nós espaço, ou por outra semelhante maneira, e do tempo da interrupção não forem ainda passados, quarenta annos.*

Depois, no Regim. dos Contos de 3 de setembro de 1627, capitulo 92, se encontra identica disposição, da maneira seguinte:

*E porque algumas pessoas são executadas por dividas mui antigas, que devem à minha Fazenda, e de que não sabem dar razão, e se lhes fazem muitas molestias: Hei por bem, e mando, que se não possa fazer penhora, nem execução por divida, que se deva à minha Fazenda, depois de serem passados quarenta annos. salvo se por minha parte for allegado e provado, que foi feita interrupção; a saber. que foram as ditas dividas pedidas, ou os devedores penhorados, ou houverun espaço de tempo para pagarem, ou por outro semelhante modo por que de*

*direito se induz interrupção, e do tempo da dita interrupção não forem ainda passados os quarenta annos, porque constando pela dita maneira, que a prescripção foi interrompida, se fará execução nas ditas pessoas na fôrma que n'este Regimento é ordenado.*

Manda depois proceder contra os officiaes que por omissão deixaram prescrever as dividas; mas fica subsistindo o principio da prescripção e a exoneração dos devedores.

Posteriormente este principio foi reconhecido no Assento da casa da supplicação, de 27 de janeiro de 1748, onde se encontram estas terminantes palavras: *As dividas de direitos só se perimem pela prescripção de quarenta annos.*

A Lei de 22 de dezembro de 1761 declarou sem vigor as Ordenações, Regulamentos, Leis, Alvarás, Provisões, etc., na parte em que por ella não eram revogadas; portanto em vigor ficaram aquellas disposições, acima transcriptas, marcando a prescripção quadragesimaria.

Notámos porém que n'essa prescripção, uma vez que não fosse interrompida, não se vedava ao juiz applica-la ex-officio, logoque eram passados os quarenta annos, ficava inhibido todo o procedimento contra os devedores.

Contra legislação tão clara nunca houve, nem podia haver, costume, que, bastaria a circumstancia de ser contrario á lei, para ser considerado como corrupteta, Lei de 18 de agosto de 1769. § 14.º; e os nossos escriptores são uniformes no principio da prescripção contra a fa-

zenda publica e contra a igreja, sem que tenhamos noticia de um unico que o contestasse.

O Regulamento Geral de Contabilidade Publica de 12 de dezembro de 1863, prescreve regras de prescripção para as dividas de que o estado é devedor, artigo 60.º; nenhuma prescreve para aquellas em que elle é credor, e nem para isso tinha auctorisação, segundo o Decreto 2.º de 19 de agosto de 1859.

São pois incontestaveis duas asserções, a primeira é que a nossa legislação claramente estabelecia a prescripção em favor dos devedores do estado; a segunda é que essa prescripção era de quarenta annos.

Nenhuma norma de justiça, nenhum principio da philosophia do direito, podia estabelecer uma jurisprudencia para o estado e outra para o cidadão, e já ha muito as nações civilisadas tinham aniquilado essa odiosa differença.

O Codigo Civil de França, no artigo 2227.º, tinha preceitado:

*L'État, les établissements publics et les communes, sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer.*

Igual disposição passou depois para o Codigo do Cantão de Vaud, artigo 1636.º; Codigo Hollandez, artigo 1991.º; Codigo de Napoles, artigo 2113.º; Codigo da Sardenha, artigo 2362.º; e Projecto do Codigo Hespanhol, artigo 1936.º

Tão justo e igual preceito não podia deixar de ser adoptado no nosso Codigo, como effectivamente foi no artigo 516.º, nos termos seguintes: *O estado, as cama-*

*ras municipaes, e quaesquer estabelecimentos publicos, ou pessoas moraes, são considerados como particulares, relativamente á prescripção dos bens e direitos susceptíveis de dominio privado.* Em vista do que, é forçoso regular a prescripção contra a fazenda pelos preceitos do Codigo, que revogaram todos os anteriores.

D'esta fórma o devedor á fazenda tem a seu favor a prescripção de vinte annos, havendo boa fé *quando findar o tempo d'ella*; ou de trinta annos sem distincção de boa ou má fé, artigo 535.º A prescripção de boa fé não póde aproveitar aos exactores ou devedores, que existirem, porque n'elles não se dá a ignorancia da obrigação, segundo o § unico d'aquelle artigo: mas póde aproveitar aos herdeiros, porque a boa fé não se exige no começo, mas unicamente no fim da prescripção. As prescripções começadas, mas não terminadas, regulam-se pelo modo adiante mencionado.

Da mesma fórma que a dos particulares a prescripção contra o estado está sujeita a ser interrompida pelos modos marcados no artigo 552.º

E poderá a remessa das contas ao tribunal competente ser causa da interrupção? Segundo a nossa opinião, respondemos pela negativa:

1.º Porque as contas são remetidas á secretaria do tribunal sem citação dos responsaveis, e assim se conservam até á intimação do Accordão provisorio.

2.º Porque esse principio era destruidor da prescripção; umas contas, que ali dormissem mil annos, não estariam sujeitas a ella.

3.º Porque a prescripção da obrigação de dar contas

começa desde o dia em que os obrigados cessam a gerencia. Código Civil, artigo 546.º

4.º Porque, se pôde haver prescrição contra a sentença, que passou em julgado, artigo 546.º, como a deixaria de haver contra a obrigação, decorrido o tempo legal da prestação.

5.º Porque não ha lei nem antiga nem moderna que diga, que autos ou contas (que ainda não são autos), pelo facto de estarem em uma Repartição, sem intimação alguma da parte prescribente, constituam uma interrupção permanente e eterna contra a prescrição.

6.º Porque o Código, no artigo 552.º, fixou positiva e terminantemente as causas da interrupção, e não é licito phantasiar outras que ali não estejam especificadas.

Na subsecção das disposições transitorias tratou o legislador de firmar as regras, que deviam, na transição, prender o systema de prescrição antigo com o moderno, e para esse fim determina no artigo 565.º, que *não se dá prescrição quando o direito começado a prescrever se tornou imprescriptivel*; está n'estas circumstancias o direito dos filhos legitimos a vindicar o estado que lhes pertence, artigo 441.º; a propriedade litteraria, artigo 592.º; a acção de rescisão por nullidade, resultante de achar-se a coisa que faz objecto do contrato fóra do commercio, salvo quando a Lei dispozer o contrario, artigo 694.º, etc. Se o direito que estava sujeito a uma prescrição anterior ainda não estava prescripto rigorosamente, devia ficar sujeito ao novo preceito, que o tornava imprescriptivel, visto não se dar senão observancia da Lei sem retro-actividade.

Pelo que respeita ás prescripções que continuaram, mas com alargamento ou encurtamento de praso, o Codigo estabelece o direito no artigo 566.º, nos termos seguintes:

*Se, para se completarem, as prescripções anteriores á promulgação d'este codigo exigirem respectivamente praso maior do que o assignado n'elle, completar-se-hão na conformidade das suas disposições.*

§ unico. *Se as prescripções começadas exigirem menos tempo, nunca poderão concluir-se, sem que pelo menos decorra o praso de tres mezes, contados desde a promulgação do mesmo codigo.*

Na primeira hypothese, isto é, quando pela legislação anterior se exigia um maior praso do que o estabelecido no Codigo, as prescripções *completar-se-hão em conformidade de suas disposições*; este relativo *suas* não póde ter referencia senão ao *Codigo*. Todavia este artigo tem dado occasião a varias interpretações, que cumpre esclarecer.

Todos os codigos estabelecem o principio de que, em materia de prescripções, se respeite a legislação anterior, talvez com o pretexto de que assim se não offende o principio da não retro-actividade; porém, sendo certo que a prescripção só se converte em direito quando chega o seu complemento, é claro que uma lei póde ampliar e limitar os prazos d'ella, comtantoque deixe na transição espaço sufficiente para se exercerem os direitos respectivos, e não fiquem de chofre supprimidos.

O Codigo da Sardenha, no artigo 2414.º, tinha determinado o seguinte:



*Le prescrizioni già incominciate all'epoca dell'osservanza del presente Codice saranno regolate a norma d'elle leggi anteriori. Ciò non ostante, le prescrizioni incominciate prima dell'epoca suddetta, e per cui, secondo le leggi anteriori, si richiederebbe ancora un tempo maggiore di quello fissato nel Codice, si compiranno col decorso del tempo fissato dallo stesso Codice, da computarsi dall'osservanza del medesimo.*

D'aqui foi deduzido o artigo 1980.º do Projecto do Codigo Hespanhol, que se expressa assim:

*Las prescriptiones que hubieren comenzado a correr antes de la publicacion de este Codigo, se regirán por las leyes anteriores; pero si desde que este fuere puesto en observancia, transcurriese todo el tiempo en el requerido para las prescriptiones, surtirán estas su efecto, aunque por las reglas anteriores se requiera el lapso de mas tiempo.*

D'este ou d'estes Codigos foi deduzido o artigo 657.º do Projecto concebido n'estes termos: *Se as prescripções começadas demandarem ainda, depois da publicação d'este Codigo, mais tempo que o prefixo n'elle, completar-se-hão segundo as suas disposições.*

A commissão alterou a redacção da fórma por que se acha o artigo 566.º do nosso Codigo. É certo que a palavra *ancora* do Codigo da Sardenha, as palavras *desde que* do Projecto do Codigo Hespanhol, e a palavra *ainda* do Projecto original davam grande clareza á redacção; mas, segundo nos parece, o nosso artigo não póde ter outra intelligência que a deduzida das suas

fontes. Desçamos á exemplificação que muito esclarece a questão.

As prescripções de quarenta annos ficaram reduzidas a trinta, sem distincção de boa ou má fé; se, ao tempo da promulgação do Código, ás prescripções começadas faltarem, *para se completarem os quarenta annos*, ainda tantos annos que não excedam a trinta, o caso é regulado pelo artigo 564.º, e hão de completar-se os quarenta annos, para que a prescripção fique perfeita; mas, se faltarem mais de trinta annos, a prescripção ha de completar-se logoque os trinta sejam passados, a contar desde a publicação do Código; e, na verdade, logoque elle não admitte prescripção maior de trinta annos, seria uma desigualdade inadmissivel concede-la ao que a começasse no dia immediato á sua promulgação; e ao que a tivesse começado no dia anterior exigir mais de trinta e nove annos.

Uma simples operação arithmetica responde com facilidade a qualquer pergunta, que se faça, sobre o objecto.

Partimos da hypothese de ser maior o praso da prescripção pela legislação anterior em relação ao estabelecido no Código.

Do numero de annos, exigido pela legislação anterior, deduzimos os que tiverem decorrido desde que a prescripção começou até á publicação do Código.

A differença nos mostrará se, para se completar a prescripção da Lei anterior, se carece de menor ou maior praso, que o assignado no mesmo Código.

Fixemos prazos para melhor esclarecimento: suppo-

nhamos que para uma prescrição exige a legislação anterior trinta annos, e que pelo Código só se exigem vinte, e, feita a operação pela maneira dita, teremos o seguinte:

### 1.º Caso

#### Diferença para menos

Praso exigido pela Lei anterior . . . . .	30 annos.	
Tempo decorrido até á promulgação do Código. . . . .	25	,
	<u>5</u>	
Diferença. . . . .		,

Temos que são necessarios cinco annos para se completar a prescrição começada; e, como este praso é menor que o de vinte annos exigido pelo Código, ficamos fóra da hypothese do artigo 566.º, e tem de ser applicada a regra do artigo 564.º; isto é, tem de decorrer só cinco annos para ficar completa a prescrição.

### 2.º Caso

#### Diferença para mais

Praso para a prescrição pela Lei anterior	30 annos.	
Tempo decorrido até á promulgação do Código. . . . .	5	,
	<u>25</u>	
Diferença. . . . .		,

Teriamos que eram necessarios vinte e cinco annos, para se completar a prescrição começada; e, como este praso é maior que o de vinte annos. exigido pelo Codi-

go, têm de decorrer só vinte annos, conforme as suas disposições. Esta é exactamente a hypothese do artigo 566.º

Se é principio de jurisprudencia que qualquer póde ceder do seu direito, n'esta hypothese o prescribente podia ceder do tempo anterior á promulgação do Código, porque lhe era inutil; bastava o tempo n'elle determinado, a contar desde a sua promulgação, para firmar o seu direito: para evitar taes cedencias, para sujeitar todos os cidadãos ao dogma da igualdade, a Lei prescreveu no artigo 566.º um preceito, que torna desnecessaria aquella cedencia, e torna uniforme a jurisprudencia.

Na segunda hypothese, quanto ás prescripções começadas que exigirem menos tempo, diz o § unico do artigo 566.º, que *nunca poderão concluir-se sem que pelo menos decorra o praso de tres mezes, contados desde a promulgação do Código*: este preceito é claro, não admitte duvidas na interpretação; mas temo-las quanto á sua justiça, porque não vemos a razão por que, n'esta hypothese, se alterou o principio do artigo 564.º; mas emfim, se houve injustiça, já passou, e sem inconvenientes para o futuro.

# CAPITULO X

## Do arrendamento

Segundo o systema do Codigo, o arrendamento é uma especie de locação. Em jurisprudencia a palavra *locação* não se limita ao uso e fruição de certa cousa; abrange tambem a prestação de serviços, debaixo das suas variadas fórmãs; mas o Codigo classificou estas com a denominação de *contratos de prestação de serviços*, e apenas considerou locação o trespasse do uso e fruição de certa cousa, por certo tempo, e mediante certa retribuição (artigo 1595.º); sendo bem salientes estes caracteristicos. Á locação de cousa immovel chama *arrendamento*, á locação de cousa movel deu o nome de *aluguer*.

N'outro tempo o contrato de arrendamento não podia exceder a dez annos; em ultrapassando esse praso, convertia-se em aforamento, Ordenação, livro 4.º, titulo 9.º principio, e titulo 45.º, § 2.º

Esta Legislação foi revogada pelo Alvará de 3 de novembro de 1757, que determinou, que todos os con-

tratos, que não fossem de aforamento em fateota, ou em vidas, com inteira transladação do dominio util, ou para sempre, ou pelo menos pelas referidas tres vidas, se julgassem de simples locação ordinaria.

Tambem estabelecia a Ordenação. livro 4.º, titulo 45.º, § 3.º, que o contrato de arrendamento passasse a herdeiros; porém, não obstante, a do livro dito, titulo 24.º, permittia ao **senhor** de uma casa, durando o arrendamento, despejar o inquilino em quatro casos: 1.º, não pagando a pensão no tempo ajustado; 2.º, usando mal da casa; 3.º, quando a queria renovar, em cujo caso o inquilino voltava findos os reparos; 4.º, quando o senhorio, por caso que de novo lhe sobreviesse, a houvesse mister para n'ella morar. ou para algum seu filho ou irmão.

A Ordenação, livro 4.º, titulo 9.º, permittia ao comprador de qualquer predio arrendado o despedir o rendeiro. não obstante o contrato de arrendamento, salvo verificando-se alguma das hypotheses ahi mencionadas: havia uma legislação especial para os arrendamentos das herdades dos estados de Bragança, commendas das ordens militares, e herdades do Alemtejo, Decreto de 21 de maio de 1764. Resolução de 6 de novembro de 1770, Alvará de 20 de junho de 1774. e de 27 de novembro de 1804.

O novo Codigo permite o arrendamento por certo tempo, a aprazimento dos estipulantes, artigos 1595.º e 1600.º; e só concede ao senhorio o despedir o arrendatario antes de acabar o arrendamento: 1.º, quando aquelle não pague a renda; 2.º, se usar do predio para

fim diverso do que lhe é próprio, artigo 1607.º No artigo 1619.º ordena que o arrendamento, cuja data for declarada em titulo authenticico ou authenticado, não se rescinde por morte do senhorio, nem do arrendatario; nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular. exceptuando a expropriação por utilidade publica. artigo 1620.º; e quanto á transmissão por execução. dá a preferencia ao contrato primeiramente registado. artigo 1621.º

Pelo que respecta a bemfeitorias, permite a exigencia com retenção, sendo expressamente auctorizadas por escripto ou judicialmente, artigos 1611.º e 1614.º; e a das bemfeitorias agricolas, em predios rusticos, ou sejam necessarias ou uteis, nos termos do artigo 1615.º, sobre que logo fallaremos. Eis as principaes alterações feitas n'esta materia.

O contrato é temporario. *por tempo certo*, diz o artigo 1595.º; fica portanto vedado o arrendamento perpetuo. mas fica permittido o de longo e longissimo tempo, pelo que aprouver aos estipulantes, artigo 1600.º; este principio só é limitado nos casos do artigo 1601.º e 1602.º; e portanto qualquer póde fazer um arrendamento por vinte, trinta, cem. duzentos. mil e mais annos, e o arrendatario póde ficar seguro de que, se pagar pontualmente a renda. e não applicar o predio a fim diverso do que lhe é proprio, nem as necessidades do senhorio, nem os direitos do comprador ou arrematante o poderão incommodar no goso do seu contrato.

O novo Codigo de Italia não consente arrendamento por mais de trinta annos, salvo sobre casas, que póde

ser vitalicio; e sobre terras incultas, que pôde elevar-se a cem annos, artigo 1571.º

Pareceu aos nossos legisladores de tão pouca monta este contrato, que, sendo tão rigorosos sobre convenções de bens de raiz, a ponto de não consentirem uma venda, nem uma troca, excedendo a 50\$000 réis, sem escriptura publica, artigos 1590.º, § 2.º, e 1594.º, nem a consignação para pagamento de divida ou juros, artigo 875.º, nem a sociedade particular, por mais insignificante que seja o seu valor; ao contrario, para prova e validade de um arrendamento, aindaque tenha de durar cem ou mil annos, e aindaque valha muitos contos de réis, permitem que o contrato seja authentico ou authenticado, artigo 1619.º; bastando portanto que seja por escripto particular, nos termos do artigo 2432.º ou reconhecido nos termos do artigo 2436.º, § unico.

O direito de propriedade traz consigo o direito de fruição, artigo 2169.º; a propriedade perfeita consiste na fruição de todos os direitos contidos no direito de propriedade, e a imperfeita é a que consiste na fruição de parte d'esses direitos, artigo 2187.º; no numero das propriedades imperfeitas conta-se o usufructo, o uso e habitação, artigo 2189.º Uso-fructo é o direito de converter em utilidade propria o uso ou proveito de cousa alheia artigo 2197.º; combinando-se estes artigos com a definição de locação, dada no artigo 1595.º, ninguem negará que o arrendamento é uma propriedade imperfeita; que a propriedade plena está dividida entre o senhorio e o arrendatario: se os principios não são falsos, a consequencia é logica; não sabemos o motivo por que a lo-



cação não veiu comprehendida. no artigo 2189.º, entre as propriedades imperfeitas; e não é sem rasão que Goyena diz que os arrendamentos constituem *como uma segunda propriedade*.

Ainda mais, o artigo 940.º considera o arrendamento, por mais de anno, havendo adiantamento de renda, e por mais de quatro, não o havendo, como onus real sujeito ao registo: esta mesma disposição duplicada e superfluamente se acha no artigo 1622.º; e a propriedade, sujeita a taes onus, que não podem ser purgados sem que se extinga o praso do arrendamento, aindaque longissimo, não pôde ser uma propriedade perfeita.

O usufructo acaba pela morte do usufructuario, ou chegando o termo por que foi concedido, artigo 2244.º. mas nunca pôde ser constituido senão a favor de pessoas vivas, artigo 2199.º; o uso e habitação, limitado ás necessidades pessoaes quotidianas, extingue-se da mesma fórma, artigo 2254.º; a propriedade sujeita a censo consignativo pôde ser remida pelo censuario, passando vinte annos, artigo 1648.º; e o arrendamento por cem, duzentos, mil ou mais annos, em que o senhorio fica privado da fruição da sua cousa, não é considerado como propriedade imperfeita!

No artigo 1605.º dá-se ao arrendatario (salva a clausula prohibitiva) a faculdade de transmittir livremente a fruição da propriedade pela sublocação: diversa era a disposição do Projecto do Codigo, artigo 1685.º, e do Projecto do Codigo Hespanhol, d'onde aquelle foi deduzido; e por certo mais sensata e justa era esta restricção, como logo mostraremos.

Se a nossa legislação anterior, respectiva a locação, era deficiente; se tinha disposições insustentáveis perante os principios da philosophia do direito; a que o Código lhe substituiu nem lhe deu a amplitude devida; nem attendeu aos principios concernentes á liberdade da terra; nem obsteu á fraude dos direitos tributarios: nem favoreceu os interesses agricolas.

O arrendamento não se rescinde pela morte, passa aos herdeiros. Morre o arrendatario; ficaram filhos maiores e menores; todos serão considerados como arrendatarios? Não é igual o direito hereditario? Terão de figurar os tutores pelos menores? Supponhamos que todos são maiores, e que não se combinam? Supponhamos que ha ausentes; poderá haver encabeçamento? Nada vejo determinado, e nada mais facil que applicar a este contrato uma disposição semilhante á do artigo 1662.º, no que fosse applicavel; mas o que vemos é que o contrato passa a herdeiros, e passa a todos sem distincção de idades nem de sexos.

Quando o locatario subloca, fica responsavel para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo e mais obrigações derivadas da locação, artigo 1609.º; não se diz que o sublocatario fica sujeito a iguaes obrigações, e parece que as obrigações d'este são só para com o locatario; assim, quando o contrato for por longo tempo, terá o senhorio de demandar pelos seus direitos aos multiplicados herdeiros do locatario (á excepção da exigencia da renda do ultimo anno e do corrente, artigo 880.º n.º 2.º)

Melhor era a doutrina do Projecto do Código Hesper-

nhol, artigo 1482.º, pela qual o sub-arrendatario ficava subrogado em lugar do arrendatario para todas as consequencias do contrato.

Nada vemos estabelecido que nos indique, se o locatario póde sublocar parcialmente o objecto locado; e, na falta de inibição, em bens em que não se dá a indevisibilidade por glébas, como no aforamento, póde sustentar-se a affirmativa, até porque subsiste a responsabilidade d'elle para com o senhorio; e que complicações se não podem occasionar em arrendamentos de longo tempo? Como vigiará o senhorio a sua propriedade dividida pelos motivos da sublocação, e, talvez, da hereditariedade? Os mesmos motivos, que havia para vedar os sub-emprazamentos, militam com mais rasão para vedar as sublocações, ao menos sem o consentimento dos senhores.

O Codigo acabou com o principio da rescisão dos contratos por causa da lesão, ainda mesmo enormissima; portanto nada mais facil que fazer um arrendamento pela decima, centesima, ou milesima parte do seu valor, contrato que depende só da vontade das partes, e em que não ha pagamento algum de registo. Sendo pois feito n'esta fórma e por longo tempo, quaes serão os direitos restantes do senhorio? Se quizer vender, ou for forçado por execução a vender, qual será o preço da plenitude da sua propriedade?

Se o arrendamento for, por exemplo, de duzentos annos, que valor fica tendo esse phantastico dominio pleno, em cuja effectiva posse o comprador ha de entrar no fim de tão longo tempo? Qualquer insignificante quan-

tia posta a juro composto, deve valer muito mais que a tal propriedade.

Temos, é verdade, o valor da pensão, que, multiplicado por vinte vezes, dá um producto, mas diminuido dez, cem ou mil vezes em proporção com a lesão do contracto; e facilmente se póde inferir como este meio ha de ser empregado com grande quebra nos direitos de transmissão de propriedade, que em grande parte fica amortisada. Os prejuizos do senhorio, póde elle evitar por meio de luvas compensativas da diminuição de renda, os do fisco são inevitaveis. O imposto do sêllo não preenche o fim, ainda com todas as suas precauções fiscaes.

Ficaram extinctos pelo artigo 1614.º as differenças, que existiam, entre despejo de predios urbanos e de predios rusticos, consignadas na Ordenação, livro 4.º, titulo 23.º, e titulo 54.º, Alvará de 27 de novembro de 1804, § 5.º, e Assento de 23 de julho de 1811. O arrendatario, findo o contrato, só póde reter o predio provando immediatamente bemfeitorias:

1.º Quando consentidas por escripto do senhorio.

2.º Quando auctorisadas com precedente citação do mesmo senhorio na fórma do artigo 1611.º

Quando sobre o escripto do senhorio se mover duvida, póde elle ser obrigado a declarar se o escripto ou a assignatura effectivamente lhe pertence. artigo 2435.º: a auctorisação porém deve ser judicial, assim o indicam as palavras, *sendo requerido, e, citação d'este*, do artigo 1611.º, pertencendo ao Codigo de Processo o designar a fórma.

Não basta, para a retenção, a existencia de qualquer das duas auctorisações, é necessario a prova immediata das bemfeitorias; e, como sobre ella possa haver contestação, não existe inconveniente em recorrer ao deposito da quantia articulada ou jurada. feito o qual, deve realisar-se o despejo.

No artigo 1615.º, trata-se de bemfeitorias que não fossem expressamente consentidas; mas elle é limitado ao arrendamento de predio rustico, e não vemos artigo algum que regule a exigencia de bemfeitorias necessarias ou uteis em predio urbano; sendo certo que existe uma lacuna a tal respeito, que se traduz na negação do direito a ellas.

Diz o citado artigo 1615.º

*No arrendamento de predio rustico por menos de vinte annos, o arrendatario tem direito, depois do despejo, de haver do senhorio o valor das bemfeitorias agricolas, tanto necessarias como uteis, aindaque não fossem expressamente consentidas, salvo havendo estipulação em contrario.*

§ unico. *N'este caso porém o valor das bemfeitorias e os juros d'elle serão pagos pelo augmento do rendimento annual, que d'ellas resultou no predio em que foram feitas.*

Daqui se infere:

1.º Que só ha direito a bemfeitorias no arrendamento por menos de vinte annos.

2.º Que esse direito é exercido sem retenção.

3.º Que as bemfeitorias devem ser agricolas necessarias ou uteis.

4.º Que não é necessario que houvesse consentimento do senhorio.

5.º Que o valor das bemfeitorias e os seus juros hão de ser pagos pelo augmento do rendimento annual, proveniente d'ellas.

O artigo 499.º do Codigo dá ao possuidor de boa e de má fé o direito de levantar as bemfeitorias uteis, isto é, aquellas que, não sendo indispensaveis para a conservação da cousa, todavia lhe augmentam o valor; e, quando possa dar-se detrimento no levantamento d'ellas, obriga o vencedor a satisfazer ao evicto o seu valor, concedendo só a retenção ao possuidor de boa fé.

O artigo 2307.º, tratando da accessão immobiliaria, dá ao dono do terreno, em que forem feitas, de má fé, obras, sementeiras ou plantações, o direito de exigir que tudo seja desfeito e restituído ao primitivo estado á custa do auctor d'ellas, ou o de ficar com as bemfeitorias, pagando o valor que tiverem n'esse tempo, ou os materiaes e trabalhos n'ellas empregados.

Estes dois artigos encerram principios oppostos, um dá direito á abrasão ou levantamento das bemfeitorias, ou ao seu pagamento; o outro impõe a obrigação de as levantar, se o dono do predio o exigir; um tem base na razão e na justiça; outro auctorisa o capricho, a vingança e o meio de adquirir o alheio sem indemnisação, deixando uma das partes armada de um poder discricionario, que as leis não devem tolerar.

E terá alguma d'estas disposições applicação á materia de arrendamentos? Inclinao-nos á negativa, porque a secção 2.ª do capitulo 10.º, titulo 9.º do livro 2.º

colligio os direitos e obrigações dos senhorios e arrendatarios. e nenhuma referencia ahi se faz áquelles artigos. que têm applicação a outras hypotheses.

Voltemos pois ao nosso assumpto. O nobre auctor do Codigo, no seu Projecto artigo 1696.º, tinha estabelecido o seguinte:

*Se o predio for de cultura terá logar a retenção, não sómente pelas bemfeitorias consentidas, mas por todas as bemfeitorias necessarias e urgentes que o arrendatario fizer mesmo sem consentimento do senhorio.*

Esta disposição, senão providenciava tudo, era a nosso ver mais justa que a do artigo 1615.º do Codigo.

Duas proposições, principalmente, chamam os nossos reparos. primeira a que limita a exigencia das bemfeitorias ao arrendamento de menos de vinte annos, excluindo os de maior duração: segunda. a que manda pagar capital e juros das bemfeitorias com os rendimentos d'ellas provenientes; não manda fazer compensação, que seria justa; manda fazer pagamento, excluindo qualquer outra cousa que não seja o proprio rendimento.

Talvez se tivesse em vista estabelecer uma certa compensação de bemfeitorias com os rendimentos d'ellas, como preceitavam a Ordenação, livro 3.º, titulo 86.º, § 5.º. e Ordenação, livro 4.º, titulo 48.º, § 7.º, vejamos porém qual o resultado da disposição tal qual se acha redigida.

Imaginemos que, feita a conta, a somma do capital despendido e dos juros fica muito inferior á somma do rendimento o que raras vezes succederá, deverá o arrendatario repor o excesso? Imaginemos a hypothese con-

traria; terá o arrendatario direito a haver o deficit? Não o vemos consignado.

O artigo trata do arredamento por menos de vinte annos, d'esta fórma, se as bemfeitorias tiveram logar no primeiro anno, pôde haver tal ou qual compensação nos rendimentos recebidos, que nunca será completa; mas se ellas foram feitas nos ultimos annos do contrato, é impossivel a compensação, e o senhorio vac locupletar-se com jactura alheia ou ha de ser obrigado a pagar a differença por disposições, que não vemos consignadas no Codigo.

É necessario não perder de vista que o unico contrato, de que tratâmos, é o de arrendamento em que é natural a existencia, a liquidação e o pagamento das bemfeitorias, e cumpre não o amalgamar com o contrato de usura, reduzindo tudo a uma conta corrente de capital e juros, sem receita para a saldar.

Poderá dizer-se que diversa é a intelligencia que se pôde dar ao § do artigo 1615.º do Codigo, que o rendimento de que falla não é o que o predio teve no decurso do arrendamento; mas ou o que tinha ao tempo do acabamento do contrato, ou o que havia de ter posteriormente até á extincção do debito; parece que a palavra *resultou* indica preterito, e não quadra nem ao presente, nem ao futuro; mas apreciemos estas duas hypotheses.

A primeira requer a liquidação do valor das bemfeitorias e juros, e a liquidação do rendimento d'ellas no anno do acabamento do contrato, temos uma divida com juros, e uma quantia annual para seu pagamento: se



essa quantia annual, for igual ou menor aos juros do capital, este difficilmente será amortizado: poderá o senhorio, com sacrificio, livrar-se do encargo, mas tem de o pagar por uma vez, porque o arrendatario credor não é obrigado a receber por parcelas, visto que a lei lhe não impõe esse dever.

A segunda hypothese requer a liquidação do valor das bemfeitorias e seus juros, e a liquidação successiva e annual do rendimento das bemfeitorias; temos pois uma divida com juros e uma renda applicada para o seu pagamento; isto é, temos um contrato de consignação de rendimentos, que só terminará quando for remido; Código, artigos 873.º e 877.º, o rendimento é incerto, sujeito ás eventualidades da producção, aos cuidados do cultor; e portanto o ex-rendeiro tem de exercer uma fiscalisação difficil para que seus interesses não sejam prejudicados, e tudo são incentivos para a multiplicidade de pleitos; alem de que, se a renda for menor que o importe dos juros, o deficit todos os annos se irá accumulando.

O artigo falla, como dissemos, do arrendamento por menos de vinte annos, quanto a esse é que dá direito a exigir bemfeitorias, sem retenção: e, quando o arrendamento for por mais de vinte annos, que jurisprudencia se estabelece? Deduz-se das palavras do artigo, que não ha direito algum; é inducção sem preceito positivo, mas é inducção forçosa, a que difficilmente se dará diversa interpretação.

N'este modo de legislar ha um erro grave; busca-se a epocha da factura do arrendamento, quando se deve-

ria buscar a epocha em que se fazem as bemfeitorias; na hypothese dada, e não concedida, de que o goso das bemfeitorias por vinte annos equivale ao capital despendido. era absurda a disposição que só attendia ao tempo da duração do contrato. José fez um arrendamento por vinte e um annos, e fez grandes bemfeitorias nos ultimos tempos, como pôde haver compensação com os rendimentos de dois ou tres annos? Supponhamos que o arrendamento foi feito por trinta annos, dos vinte aos trinta fez grandes e valiosas bemfeitorias, e ficarão compensadas com o imaginario rendimento d'ellas, nos vinte annos anteriores á sua existencia?

Imaginemos que ellas tinham sido feitas no começo dos trinta annos. ainda n'esta hypothese não podemos descobrir a base do direito inhibindo a exigencia do seu valor real ao tempo de findar o contrato.

N'essa epocha o predio arrendado vale mais. em virtude das bemfeitorias. uma certa somma; quaes serão os principios. em que se funda o direito do senhorio, para se apoderar d'esse excesso de valor, para que nada concorreu nem elle, nem a mudança de circumstancias, mas só e unicamente o dinheiro ou o suor do arrendatario?

Encaremos o facto por outro lado, o arrendatario, falto de recursos, recorreu a um banco ou capitalista para lhe fornecer os meios necessarios; arroteou terras; abriu minas; fez plantações; e, com os recursos tirados d'estes esforços. pôde auferir um rendimento equivalente aos juros do dinheiro, que tomou por usura (rarissimas vezes pôde subir a mais). e, no fim do arrendamento, ha de a lei

dizer: fique o senhorio com as bemfeitorias de graça, e fique o arrendatario com o onus do pagamento da divida? Não pôde ser, é incrível que a lei tivesse em vista fazer tanta injustiça!

Tudo quanto for fóra do principio estabelecido na Ordenação, livro 4.º, titulo 54.º, § 1.º, quanto á exigencia das bemfeitorias necessarias e proveitosas, bemfeitorias que devem ser pagas pelo que valerem na epocha do despejo, ou menos, se menos custaram, seja qual for a duração do contrato, será locupletar um á custa do outro.

Ha porém uma consideração digna de ser attendida, as bemfeitorias do arrendatario podem de tal fórma augmentar o valor do predio, que o senhorio não tenha meios de prompta indemnisação; e essa circumstancia pôde força-lo á involuntaria alienação: parece-nos que n'esta hypothese (seja qual for a duração do contracto) se deve fazer uma distincção; se o senhorio consentiu nas bemfeitorias, pague de prompto o seu valor; porque devia medir os seus recursos. e a ninguém pôde imputar as consequencias do seu factio: se ellas foram feitas sem o seu concurso, seja obrigado a pagar os juros da quantia liquidada, com a faculdade de pagar o capital. no todo, ou em parte, com amortisação. ou sem ella, a seu arbitrio. D'esta fórma não haverá violencia, nem injustiça, como aquella que se contém nos preceitos do Codigo.

Por fim notaremos que taes principios são diametralmente oppostos ao beneficio da agricultura; vingando elles, os arrendatarios nos ultimos annos só tratarão de disfructar os predios aniquilando, se podérem, as bem-

feitorias existentes, e não curarão de fazer outras, de que não podem tirar indemnisação.

Preferimos a legislação antiga, preferimos a que o nobre auctor do Código estabelecia no seu artigo 1695.º do Projecto, deplorando que se fizesse tão injustificavel alteração; mas pronunciamo-nos a favor dos principios que acabamos de expender.

# CAPITULO XI

## Do empraçamento

A jurisprudencia emphyteutica soffreu golpes profundos com a publicação do novo Codigo; extinguiram-se as suas numerosas differenças, reduzindo-se todos os prazos á natureza de fateusins hereditarios puros; e com isso desapareceram milhares de questões, de que, em grande parte, se alimentava o fóro, e cessou o principio da incommunicabilidade, sujeitando-se todos á divisão estimativa, sem offender a indivisibilidade da gleba.

Os prazos (com excepção dos fateusins) eram uma especie de vinculos. podendo a nomeação alterar a ordem da successão, mas passando o dominio util precipuo sem admittir partilhas; antigo era o seu uso, e a nação, acostumada a tal instituição, via n'ella um meio efficaz de conservar as casas, e um recurso, que os paes tinham de recompensar dedicações filiaes, e de prover a interesses de familia; porém os principios da epocha eram outros, e com elles vão de accordo as novas alterações.

Montesquieu sustentava. que a lei natural manda aos paes alimentar seus filhos, mas que os não obriga a fazer seus herdeiros, que isso tudo depende das leis da sociedade; se estas devem ampliar ou restringir, com excesso, o arbitrio do chefe de familia, é ponto em que não estão de accordo nem as nações, nem as suas legislações.

« *É empraçamento, aforamento ou emphyteuse, o contrato em que o proprietario de qualquer predio transfere o seu dominio util para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe annualmente certa pensão determinada, chamada fóro ou canon, Código Civil, artigo 1653.º* »

As principaes alterações, que soffreu a legislação anterior, são ás seguintes:

O aforamento é perpetuo, quando antes podia ser temporario, ou de vidas, artigo 1654.º; e n'isto não foi seguido o projecto originario, que até concedia a remissão perpetua, Projecto, artigo 1761.º

Não se admite a estipulação de encargo algum extraordinario, ou casual, a titulo de luctuosa, laudemio ou qualquer outro, artigo 1657.º

Os prazos são considerados allodiaes, e, como taes, divisiveis por estimação, e não por glebas, pois é respeitada a sua indivisibilidade. Acabou a acção de commissio por falta de pagamento de fóros, apenas pôde o senhorio haver os que estiverem em divida. e os seus juros, artigo 1671.º

Se o foreiro deteriorar o predio, de fórma que o valor d'este não seja equivalente ao do capital correspondente

ao fôro, e mais um quinto. o senhorio directo poderá recobrar o dito predio sem indemnisação alguma, artigo 1672.º

O foreiro póde hypothecar o predio, e onera-lo com quaesquer encargos ou servidões, sem consentimento do senhorio directo, comtantoque a hypotheca ou onus não abranja a parte do valor do predio que corresponde ao fôro e mais um quinto. artigos 898.º e 1676.º

O direito de preferencia ou prelaccão, que só competia ao senhorio do prazo na venda ou doação em pagamento, é ampliado ao emphyteuta, quando o senhorio for o alienante, ficando assim, pela confusão. extincta a qualidade emphyteutica. artigo 1678.º

O senhorio directo não póde exigir as prestações atrazadas de mais de cinco annos. senão por obrigação de divida devidamente comprovada. artigo 1684.º

Quanto aos prazos de preterito estabeleceu o Código, que as prestações incertas podessem ser reduzidas a certas, a requerimento dos foreiros, artigo 1692.º

Que o laudemio estipulado fique subsistindo, artigo 1693.º

Que todos os prazos revistam a natureza de fateusims hereditarios puros, em poder dos actuaes emphyteutas. salvas as transferencias feitas irrevogavelmente, em que só tomarão aquella natureza quando vierem a poder dos nomeados, ou d'aquelles para quem o prazo tiver sido transferido, artigo 1698.º

De futuro prohibiu os contratos de sub-emphyteuse ou sub-emprazamento, artigo 1701.º, subsistindo os actuaes. artigo 1702.º, e havendo nas vendas e dações

*in solutum* preferencia entre uns e outros, na fórmula indicada no artigo 1703.º e seguintes.

Eis as principaes alterações, na sua maxima parte razoaveis e plausiveis, e que, em summa, contêem um grande beneficio social; tornando certos e melhorados muitos direitos, até hoje sujeitos á variedade, incerteza e deficiencia de legislação respectiva.

Os laudemios foram extinctos nos contratos de futuro. A liberdade de os estipular *ad libitum*, a incerteza de se deverem ou não das bemfeitorias. quando os contratos fossem omissos a tal respeito, tudo aconselhava aquella suppressão; mas, quanto ao preterito, sustentaram-se os existentes, segundo o *estipulado*; nem outra cousa se poderia decidir em veneração aos contratos, e ao principio da não retro-actividade.

Tem-se questionado se os laudemios dos prazos. foreiros a corpos de mão morta, podem ou devem ser reduzidos á quarentena; e até o principio já foi adoptado em dictadura, Decreto de 14 de julho de 1870, caindo depois perante o corpo legislativo, Lei de 27 de dezembro de 1870. Não é para aqui o indagar se o estado, em virtude do summo imperio, póde dispor dos beus da igreja, pois, os que lhe concedem essa faculdade, exigem a existencia de uma necessidade maior do que para usal dos outros bens do mesmo estado, Sousa e Sampaio, *Reflexões do Direito Patrio Publico*, § 121.º, nota a, e essa não é a nossa hypothese.

Aqui ha duas questões a averiguar, a da amortisação, e a do excesso dos laudemios; pelo que respeita á primeira é inquestionavel o direito de desamortisar todos



os bens, que por acaso existam, ou cáiam em corporações de mão morta, e este direito tem sido reconhecido. tanto nos tempos antigos. como nos modernos, Leis de 4 de abril de 1861, de 22 de junho de 1866, e de 28 de agosto de 1869; e são injustas todas as declamações que contra elle se têm levantado. porque as leis estabelecem, não uma espoliação, mas uma expropriação por utilidade publica; na applicação forçada do producto d'esses bens é que póde haver injustiça.

A segunda, a meu ver, é de facil solução; existem laudemios muito onerosos, é facto que se não póde contestar; mas esses laudemios, desamortizados, entram nas transacções civis, e o estado nada perde; porque, seja maior o valor do dominio util, que o do dominio directo, ou vice-versa. economicamente o resultado é o mesmo.

Mas, replica-se, a agricultura fica muito onerada; e como evita-lo? Não fica a propriedade onerada com os fóros estipulados *ad libitum*? Não podem fóros elevados, com laudemio de quarentena, ou mesmo sem elle, serem mais gravosos que fóros modicos com laudemio de dezena? Não fica onerada a propriedade com o censo consignativo? Não fica onerada com as hypothecas registadas? Não fica onerada com os arrendamentos arbitrarios e de longo tempo? Se quereis a propriedade livre prohibi a propriedade imperfeita, prohibi todos os onus reaes; sem isso, ou haveis de escravisar os contratos, ou admittir as condições modificadoras do dominio pleno.

A lei, quando n'isso vá interesse publico em beneficio da agricultura, póde reduzir os laudemios de pre-

terito, ou mesmo aniquila-los; mas pelo unico meio legal, que a constituição o consente; isto é, com previa indemnisação; sem isso, o acto não passará de uma espoliação.

N'esta questão não é o interesse da agricultura, que ostensivamente se invoca, o principio dominador; ao contrario, é o interesse particular; é quererem que uma lei nova, injusta e arbitraria, empobreça uns para enriquecer outros, dando-lhe o effeito retroactivo, e destruindo contratos, firmados á sombra da lei anterior.

Se os actuaes foreiros forem os originarios contratadores, ou seus herdeiros; se elles a troco de um elevado direito eventual, chamado laudemio, obtiveram a diminuição de um encargo certo e constante, chamado fôro: se no ajuste das condições, voluntariamente estipuladas, elles mostraram que o contrato lhes convinha; se d'esse contrato resultou a divisão do dominio em directo e util; se cada um d'esses dominios tem o seu valor definido; qual será a philosophia que consinta na usurpação total ou parcial de qualquer d'esses direitos, tirando a uns, e dando a outros?

Se os actuaes foreiros adquiriram o prazo por titulo oneroso, no preço da aquisição já foi contemplado o abatimento dos encargos dominicaes; e hão de elles aproveitar-se de um valor que descontaram; que não pagaram; que nunca foi propriedade sua; que é verdadeira propriedade alheia? Desconhecemos a base d'este direito.

O Codigo firma os verdadeiros principios, quando no artigo 32.º e seguintes estabelece, que as pessoas moraes

legalmente auctorisadas, nas suas relações civis, representam uma individualidade juridica, vedando-lhes só a aquisição de bens immobiliarios, por titulo oneroso, excepto fundos consolidados; e ordenando, que os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão, salvas as disposições de leis especiaes, convertidos n'ella dentro de um anno; isto é um formal reconhecimento da sua propriedade, principio confirmado em immensas leis modernas.

A Lei de 22 de junho de 1846 presta-nos um exemplo de disposições legislativas, admittindo a diminuição ou remissão de fóros e laudemios; mas é unicamente em bens pertencentes á corôa ou fazenda, e n'esse, e n'outros preceitos, teve em vista pôr cobro aos abusos que se alimentavam com as disposições do Decreto de 13 de agosto de 1832: estas circumstancias podem justificar a lei; fóra d'ellas, deve prevalecer o principio de direito *suum cuique tribuere*. O que pertence á nação pertence a todos; e estes favores, concedidos gratuitamente a certos cidadãos, traduzem-se em imposto que deve abranger a totalidade d'elles, comprehendendo na maior parte aquelles que não receberam beneficio algum.

O artigo 1672.º dá ao senhorio o direito de recobrar o predio, sem indemnisação, quando o foreiro o deteriorar, de modo que o seu valor não seja equivalente ao *capital* do fóro e mais um *quinto*; desconhecemos a base philosophica d'este preceito de novo introduzido com o Codigo. Que o senhorio tenha os meios de resalvar os seus direitos, ameaçados pela deterioração do pre-

dio, é justo; mas a indemnidade não póde ir alem do capital correspondente ao dominio directo; o tal direito ao quinto é uma usurpação da propriedade do foreiro, injustificavel e injusta.

Para se verificar a hypothese d'este artigo é necessario não perder de vista as palavras, *se o foreiro deteriorar*; é necessario que a deterioração provenha de factos do foreiro; se ella provém de força maior ou caso fortuito, só tem logar a extincção, a reducção do fôro, ou a encampação, conforme o preceito dos artigos 1687.º e 1688.º

Póde talvez surgir uma duvida: que quinto será esse de que falla o artigo? Será o quinto do valor do predio? Será o quinto do capital corréspondente ao fôro? Será o quinto do mesmo fôro?

No artigo 1776.º do Projecto dizia-se: *Se o foreiro deteriorar o predio, de modo que perca um quarto do seu valor, poderá o senhorio rehave-lo por commisso*; se a fonte da lei póde concorrer para a sua intelligencia, devemos dizer que o quinto se refere ao valor do predio; mas a redacção do artigo 1672.º do Codice repugna a essa intelligencia; e em materia, que se póde considerar como penal ou de commisso, a interpretação deve ser benigna.

Demais, se a estipulação do fôro é arbitraria, pendente só do consentimento das partes, muitas vezes predios de grande valor hão de ter um fôro diminuto; e portanto um quinto com relação ao valor do predio não podia estabelecer uma justa proporção de indemnisação ao senhorio, suppostamente lesado: para que a indem-

nisação ou pena tenha apparencias de justa, é necessario que seja proporcional para todos os senhorios, e essa proporção só se alcança quando o quinto se refira ao fôro ou ao seu capital.

O foreiro. diz o artigo 1676.º, póde hypothecar o predio, e onera-lo com quaesquer encargos ou servidões, sem consentimento do senhorio directo, comtantoque a hypotheca ou onus não abranja a parte do valor do predio, *que corresponde ao fôro e mais um quinto*; esta disposição tem relação com a do artigo 1672.º; as suas palavras alguma cousa diversificam, e dão a entender que o quinto é com referencia ao fôro, e que sommadas essas duas parcellas, fôro e quinto, se faz a multiplicação legal para se conhecer a parte do predio que fica fóra da faculdade de hypothecar ou onerar: esta é a intelligencia que nos parece deve vigorar para o artigo 1672.º

O artigo 1676.º é uma duplicação desnecessaria do disposto no artigo 898.º. onde se disse: *Para se constituir hypotheca do dominio util, que abranja a totalidade do predio emprazado, não é necessario o consentimento do senhorio directo, o qual aliás conserva todos os seus direitos*; os direitos do senhorio são o fôro, ou canon, artigos 1653.º e 1671.º. e o do commisso nos termos do artigo 1672.º; e, como estes ficavam resalvados pelo artigo 898.º, segue-se ser superflua a disposição do artigo 1676.º

Que figura fará este *quinto* no systema hypothecario? Será elle alguma parte integrante do dominio directo? O senhorio tem, alem dos direitos de que já tratei, ou-

tro verdadeiramente eventual, qual o do commisso, estabelecido no artigo 1672.º; este direito eventual nunca póde ser attendido senão quando se verificar a deterioração feita pelo foreiro; e, antes d'isso, antes da sentença que applique a pena, esse quinto forma parte integral do dominio útil: mas é um dominio que seu dono não póde hypothecar sem auctorisação do senhorio directo, isto é, é um privilegio *sui generis*, sem explicação justificavel.

O Projecto no artigo 1776.º admittia a acção de commisso no caso de deterioração em mais de um quarto do valor do predio; o seu illustre auctor na commissão prescindia do commisso, e dava unicamente ao senhorio o direito de reaver o prazo; mas a sua idéa não vingou.

Assim a hypotheca, constituida sobre prazos, deve limitar-se ao valor do predio deduzido o capital correspondente ao importe do fôro e do quinto (e laudemio onde o houver), salvo havendo o consentimento do senhorio, em cujo caso, se elle não resalvar o direito eventual ao quinto, tambem fica subsistindo n'elle a hypotheca.

O credor não deve illudir-se com a idéa de que aquelle direito eventual do senhorio raras vezes virá a verificar-se; porque, sendo esse quinto in-hypothecavel sem licença, uma hypotheca posterior sobre o predio, com licença do senhorio, alcança prioridade, na parte respectiva ao mesmo quinto, sobre hypotheca anterior sem a dita licença.

Estas são as consequencias de uma providencia que aberra dos principios juridicos.

Por fim diremos, que as alterações feitas na materia emphyteutica á legislação anterior, são na maior parte judiciosas, fazendo desapparecer as immensas questões, que emmaranhavam o fôro.

## CAPITULO XII

### Da successão testamentaria

A successão testamentaria tem por base o acto pelo qual alguem dispõe, para depois da sua morte, de todos ou de parte dos seus bens; a esse acto chama-se testamento, tanto na antiga, como na moderna legislação. Código Civil, artigo 1739.º

Este acto é de sua natureza livremente revogavel. no todo ou em parte, e este direito não póde renunciar-se, artigo 1754.º

A legislação respectiva soffreu bastantes alterações, sendo essenciaes as seguintes:

Não porque houvesse lei expressa, mas por uso antiquissimo, era permittido o testamento reciproco em que, no mesmo acto, duas ou mais pessoas dispunham de seus bens: o Código no artigo 1753.º vedou taes testamentos, exceptuando unicamente os de mão commum, que tivessem data authentica ao tempo da promulgação do Código, e não fossem revogados: esta disposição é sensata e justa, porque evita im-



mensas demandas, a que taes testamentos davam occasião.

A Ordenação, livro 4.º, titulo 81.º, permittia á mulher de doze annos fazer testamento; o artigo 1764.º n.º 3 do Codigo só lhe permittie essa faculdade tendo quatorze annos; parece que o Codigo quiz mudar a epocha da puberdade das mulheres dos doze para os quatorze annos, e n'este intuito foi estabelecido o que se acha no artigo 1859.º e 2510.º n.º 3.º

Porém, tendo conservado, em harmonia com a lei da igreja, a idade dos doze annos para o casamento da mulher, artigo 1073.º n.º 4, resulta uma incoherencia, de que trataremos, quando fallarmos da substituição pupillar.

A ordenação, livro 4.º, titulo 81.º, § 3.º prohibia ao filho familias debaixo do patrio poder o fazer testamento, fosse qual fosse a sua idade, postoque o pae lh'o permittisse e consentisse; o Codigo, alem de limitar a epocha do patrio poder, permittie-lhe o fazer testamento logoque tenha quatorze annos, artigo 1764.º n.º 3.º e artigo 1860.º; como as suas disposições não podem ser inofficiosas, parece-nos justa a providencia.

Segundo a legislação antiga succediam com igualdade aos paes, os filhos legitimos, os legitimados por seguinte matrimonio, os filhos naturaes de peão, e ainda os perfilhados, cuja perfilhação tivesse sido confirmada; o Codigo, banindo as differenças entre filhos de nobres e de plebeus, estabeleceu a jurisprudencia de succederem sem distincção, e com igualdade, legitimos e legitimados por seguinte matrimonio. artigos 1985.º e

1988.º; e **perfillhados**, com desigualdade, segundo vamos demonstrar.

Se o **perfillhado** já o estava ao tempo em que o testador contrahia o matrimonio. de que provieram os filhos legitimos, a porção d'aquelles será igual á legitima d'estes, menos um terço; e, se os perfillhados o forem depois de contrahido o matrimonio, a sua porção não excederá a legitima dos outros, menos um terço, e sairá só da terça disponivel da herança, artigos 1785.º, 1789.º e 1991.º

Não deixam de suscitar alguma duvida as palavras. *legitima dos outros* do n.º 2.º do artigo 1785.º, que não designam com clareza. se é a dos legitimos, se a dos perfillhados. quando de uns e outros se tinha fallado anteriormente; nem é indifferente esta questão, porque, se a referencia é aos outros perfillhados. a porção dos que o foram posteriormente fica reduzida a uma terça parte menos do que a porção d'aquelles (já reduzida n'outra terça parte) que foram reconhecidos antes; e, se diz respeito aos legitimos, então pertence-lhes uma parte igual aos outros, antes perfillhados; parece ser esta segunda a verdadeira intelligencia, e que o fim d'este n.º 2.º só teve em vista o determinar que essa porção saíria da terça disponivel da herança.

No artigo 1784.º havia o Código definido o que era legitima, dizendo: *é a porção de bens, de que o testador não pôde dispor, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente*; e no § unico diz: *esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a disposição do artigo 1787.º,*

que só dá a outros ascendentes, ~~que não sejam~~ pae ou mãe. a metade dos bens da herança.

Pela collocação, em que se acha o artigo 1785.º, de-  
baixo da epigraphic da secção, que se intitula *Da legiti-  
ma e das disposições inofficiosas*, se conhece que tanto a  
porção designada para os perfilhados depois do matri-  
monio, como para os perfilhados antes, tudo é conside-  
rado como legitima. esta porção é devida. ou a herança  
se devolva por successão testamentaria, artigo 1785.º.  
ou por successão legitima, artigo 1991.º. e tanto isto é  
exacto, que o artigo 1992.º previne o caso de que os fi-  
lhos illegitimos sejam muitos, e não chegue a terça para  
complemento das porções consignadas no § 2.º do ar-  
tigo 1785.º, determinando que a terça seja rateada en-  
tre elles.

Assim é claro que o pae não póde dispor, privando  
os filhos illegitimos reconhecidos posteriormente ao ca-  
samento. da porção que lhes consigna o artigo 1785.º,  
preceito que seria inteiramente superfluo nas disposi-  
ções testamentarias. se pudesse ser alterado pelos tes-  
tadores.

Por conseguinte temos legitimas nas duas terças par-  
tes da herança; temos legitimas na terça da herança;  
umas e outras entram na definição de legitima, dada no  
artigo 1784.º; porque umas e outras são porção de bens,  
de que o testador não póde dispor. por ser applicada  
pela lei aos herdeiros em linha recta descendente.

Não se combina porém com estas asserções o disposto  
no § unico do mesmo artigo; não é exacto que a legiti-  
ma consista só nas duas terças partes dos bens do tes-

tador, salva a restricção do artigo 1787.º; porque as legitimas tambem se podem ampliar á outra terça parte, dada a hypothese do n.º 2.º do artigo 1785.º: cumpre notar que esta incoherencia é filha de additamento; mas que não se achava no projecto original.

Ponhamos de parte esta incoherencia, e passemos a tratar do que é mais serio, que é o direito legitimario estabelecido no artigo 1785.º

O legislador, querendo favorecer a prole illegitima, previu que, se o reconhecimento fosse feito anterior ao casamento. não havia o menor inconveniente em a admitir a concorrer com a legitima, poisque esse facto não importava offensa de direitos adquiridos, e ainda quando ao tempo do reconhecimento houvesse filhos concebidos ou nascidos, que posteriormente fossem legitimados por subsequente matrimonio, a legitimação d'estes começava os seus effeitos desde o dia do casamento. artigo 119.º § 3.º, e portanto não podia retro-activamente prejudicar os effeitos da filiação.

Porém levado da impressão da differença de filhos legitimos, legitimados, naturaes e perfilhados, que a antiga legislação confundia e nivelava, e os quaes todos entravam na herança por igual, tratou de introduzir a differença, dando aos denominados illegitimos uma porção igual á dos legitimos e legitimados, menos um terço. Qual será a rasão da differença entre o filho illegitimo perfilhado e o filho illegitimo posteriormente nascido, e legitimado por seguinte matrimonio? Que privilegio terá o filho de mulher solteira e de homem casado (como tal adulterino), que depois é legitimado por seguinte ma-

trimonio, sobre o filho illegitimo antes reconhecido? Parecia-nos preferivel o principio da igualdade entre os filhos do mesmo pae, e menos plausiveis as rasões que em contrario se costumam adduzir.

Pelo que respeita aos filhos illegitimos, perfilhados depois do matrimonio, de que provieram filhos legitimos, tendo-se em vista o systema do Codigo, a disposição em verdade devia ser differente, para obviar o abuso de perfilhações simuladas feitas com o fim de prejudicar filhos legitimos, simulação facilima quando só fica dependente da vontade do perfilhante, que era habil para casar ao tempo da concepção. A tal respeito que determinam os Codigos das nações civilisadas?

Á excepção dos Codigos da Austria e Prussia, que admittem os filhos naturaes a concorrer com os legitimos á herança da mãe, todos os outros são conformes em que, dada a existencia de descendentes legitimos, os filhos naturaes reconhecidos só têm direito a alimentos, e esta mesma é a disposição do Projecto do Codigo Civil Hespanhol no artigo 775.º

O nosso Codigo, no intuito, já denunciado, de beneficiar os filhos perfilhados, e ao mesmo tempo deixar intactas as duas terças da herança para os legitimos, deu áquelles um direito legitimario, mas pesando sobre a terça dos paes, artigos 1785.º e 1991.º; e, prevendo que esse onus podia mui bem, segundo o numero dos herdeiros, absorver o total da terça, dispoz no artigo 1992.º que, se por serem muitos os filhos illegitimos, não chegar a terça para complemento das porções assignadas no § 2.º do artigo 1785.º, nem por isso terão direito a

mais cousa alguma, e será a terça rateada entre elles; isto é, o direito d'elles limita-se á terça.

Suppõe o artigo que, para se dar a hypothese figurada, é necessario que sejam muitos os filhos illegitimos, o que é um equivoco, pois para isso basta que haja um filho legitimo e um illegitimo.

Veja-se agora o resultado d'estas combinações: as duas terças partes da herança são a porção legal dos filhos legitimos e illegitimos reconhecidos anteriormente ao casamento; a terça é porção que a lei destina aos filhos reconhecidos posteriormente, e que quando não chegue deve ser rateada; e o que fica para os paes poderem dispor é zero, é nada.

Ficarão sem effeito as doações anteriores; ficarão sem effeito as disposições testamentarias, aindaque sejam a favor da alma e não excedam a terça da terça, porque tudo cadueará ante o principio de inofficiosidade, segundo o artigo 1789.º

O pae de familias. reduzido a um estado tão aviltante em vista da lei, que lhe não consente dispor, com validade, nem de uma missa por sua alma, fica equiparado a um servo da gleba, a um parea da sociedade, de quem, na hora da morte, se os filhos forem ingratos, ninguem se acercará, porque lhe é impossivel o reconhecimento ou recompensa de um favor prestado; trabalha quanto poderes, diz-lhe a lei; accumula riquezas sobre riquezas, que não poderás dispor nem de um ceutil! Triste condição!

Quando as leis conduzem o homem a um tal extremo, o resultado é buscar os meios de as illudir e sophismar;

portanto teremos a dificuldade dos reconhecimentos; por mais que a natureza e a moral os aconselhem, a calculada providencia os repellirá; e, se acaso se chegarem a fazer, os contratos dolosos virão mitigar o rigor da lei.

Combinâmos com o illustre auctor do projecto quando no seu livro, *A Propriedade*, trata de mostrar que a faculdade de testar deve ser limitada no estado da familia; mas nem elle nem nós queremos que n'esse estado ella possa ser completamente aniquilada; e são de uma força irresistivel as suas eloquentes palavras, quando diz a pagina 67: *É conforme aos sentimentos e interesses de quem testa, porque o homem tem affeições que são as suas necessidades moraes, em cuja satisfação está posta uma parte, talvez a mais consideravel, da sua ventura. O homem, que ama o seu semelhante, que é d'elle amado, que lhe deve o auxilio nos perigos, a consolação na desgraça, sentirá naturalmente partir-se-lhe o coração, quando na extrema despedida não possa deixar-lhe uma prova, um testemunho, uma lembrança do seu amor e gratidão. Quem negar ao homem estes impulsos da natureza, não sabe o que é ser homem; quem lhe disputar este direito, arranca-lhe o coração e quer fazer d'elle uma estatua de pedra.*

*Este mesmo sentimento, se porventura pudesse ser contrariado pela sociedade, reagiria necessariamente contra ella, ou pela força ou pela astucia. O resultado seria a final o mesmo, que têm tido sempre todas as leis positivas oppostas ás condições da humanidade.*

Esta alteração (artigo 1785.º) no nosso direito antigo, que equivale a dizer que o homem, nas circumstancias

previstas no artigo 1992.º, não tem direito de testar, deve quanto antes ser substituída por outra mais razoável e mais justa, que nem afaste as filiações voluntárias, nem excite contratos simulados, cujo fim seja a fraude da lei.



## CAPITULO XIII

### Das substituições

Na linguagem de direito a palavra *substituição* não tem sempre uma accepção identica, e póde ter referencia ás pessoas, ás cousas, aos direitos e ás obrigações; assim dizemos substituição de credor, de devedor, de hypotheca, de bens dotaes, de herdeiro, de legatario, etc.; aqui só tratâmos de substituição das pessoas, a quem um proprietario deixa ou dóa seus bens, ou parte d'elles, para quando ellas, ou não acceitem, ou deixarem de existir.

**Dos actos pelos quaes se podem fazer as substituições**

Quem ler os artigos 1858.º e seguintes do Codigo, e reflectir nas palavras *testador*, *herdeiros*, *legatarios*, n'elles sempre usadas; quem notar que toda essa secção só falla em disposições de ultima vontade, ha de concluir que só por tal modo se podem fazer as substituições; todavia, em face de outras disposições do mesmo Codigo, inclinâmos-nos a sustentar que as substituições

tambem se podem fazer por actos de doação entre vivos.

Sendo a doação feita a varias pessoas conjunctamente (diz o artigo 1467.º), não se dará entre ellas o direito de acrescer, salvo se o doador expressamente houver declarado o contrario.

Aqui não é a lei que estabelece o direito de acrescer. é o doador; e que direito é este? é o direito de passarem os bens de uns para os outros: é o que se chamava substituição reciproca; é o que tambem se chama substituição no artigo 1865.º; bastaria isto para sustentar que a substituição se póde fazer em contrato de doação.

Diz o artigo 1473.º: *O doador póde estipular a reversão da cousa doada, comtantoque seja a seu favor, e não de outras pessoas, salvo nos casos em que a substituição testamentaria é permittida.* O artigo 1474.º diz: *A reversão estipulada pelo doador a favor de terceiro, com quebra da disposição do artigo antecedente, é nulla, mas não produz a nullidade da doação.*

N'estes dois artigos temos a demonstração mais cabal de que, em todos os casos em que é permittida a substituição testamentaria, tambem é permittida a substituição feita em contrato de doação; e não se objecte que ha differença entre reversão e substituição, poisque a clausula de voltarem os bens ao doador, ou seus herdeiros, é realmente uma reversão; mas á clausula de passarem a um terceiro, que não era herdeiro, só impropriamente se dará aquella denominação, sendo aliás uma rigorosa substituição.

**Nem se diga que não podem passar a terceiro, se-**

gundo o dito artigo 1474.º, poisque essa inibição é só quando ha quebra da disposição do artigo antecedente. isto é, quando não tem logar a substituição testamentaria; porém na doação que um pae faz de sua terça a um filho ou estranho, com clausula de por morte d'elle passar para o neto, que não é herdeiro, existindo o pae e a mãe; na doação feita a uma filha, nas circumstancias de ter logar a substituição pupillar, a quem póde ser substituido quem *bem lhe parecer*. artigo 1859.º, limitado pelo artigo 1863.º; n'estas hypotheses, que todas estão incluidas nas palavras *substituição testamentaria*, do artigo 1473.º, dão-se verdadeiras substituições, e não se póde duvidar que são feitas em contratos de doação.

Temos pois que as substituições se podem fazer por um dos dois modos, ou por disposição testamentaria, ou por doação entre vivos, sujeito cada um d'estes actos ás solemnidades que as leis lhe prescrevem.

#### Das substituições em geral e suas especies

Entre os romanos era deshonroso o morrer intestado; para validade das disposições testamentarias era indispensavel a instituição de herdeiro, sem a qual caducavam todas as outras; a validade da instituição estava dependente das immensas incapacidades; e, para obviar a taes inconvenientes, recorreram ás substituições, tanto vulgares, como fideicommissarias; mas estas eram limitadas a termos rogatorios; o testador rogava ao herdeiro ou legatario a entrega da herança ou legado a uma terceira pessoa por elle designada; e deixava-se á sua fé

o cumprimento da disposição, fé que passou a ser ratificada com o juramento, e a isto se deu a denominação de *fideicommisso*.

Como a supplica não obrigava ante a lei, eram immensas as violações da fé, ainda mesmo jurada; a opinião tornou-se adversa a taes immoralidades. e a força do costume e o consentimento tacito do povo (como diz mr. C. de Villepin) tornaram os fideicommissos obrigatorios.

Pouco e pouco os fideicommissos se converteram em graduaes, e d'elles se fez uso para perpetuar a estabilidade das familias, transmittindo-os do primeiro ao segundo successor. do segundo ao terceiro. e assim de grau em grau, de geração em geração, sem que os successores os podessem alienar ou hypothecar, e dando-se-lhes uma duração indefinida.

Justiniano, reconhecendo os inconvenientes d'este systema, nocivo aos interesses sociaes, limitou a quatro graus o direito de immobilisar os bens.

Eis-aqui o systema do direito romano, quando se tornou o typo da legislação de toda a Europa.

Da simples leitura da secção respectiva se vê que o legislador quiz reduzir as substituições a quatro especies.

1.<sup>a</sup> Substituição vulgar ou directa, artigo 1858.<sup>o</sup>

2.<sup>a</sup> Substituição pupillar, artigo 1859.<sup>o</sup>

3.<sup>a</sup> Substituição quasi pupillar. artigo 1861.<sup>o</sup>

4.<sup>a</sup> Substituição fideicommissaria ou fideicommisso, artigo 1866.<sup>o</sup>

Na antiga legislação acrescentava-se uma outra es-

pecie, a que se dava o nome de substituição reciproca; d'ella não se esqueceu o novo Código no artigo 1865.º; mas sem que lhe dê denominação alguma, parecendo que considerou essa disposição antes como uma modificação ou ampliação das outras substituições. do que uma nova especie com caracteristicos distinctos, e bastante razão ha para isso, porque a clausula da reciprocidade póde applicar-se a varias substituições.

#### Substituição vulgar ou directa

*Póde o testador substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro. ou herdeiros instituidos, ou aos legatarios, para o caso em que os herdeiros ou os legatarios não possam ou não queiram acceitar a herança ou o legado: é o que se chama substituição vulgar ou directa, artigo 1858.º*

§ unico. *Esta substituição expira, logoque o herdeiro acceite a herança.*

Duas são as causas que podem obstar a que o herdeiro ou legatario instituido seja herdeiro: ou *não poder*. ou *não querer*; verificando-se qualquer d'ellas, tem logar esta substituição.

É superfluo dizer que podem ser substituidas muitas pessoas a uma, uma a muitas, muitas a muitas, uma a uma; isto é doutrina clara, que flue da simples leitura do artigo.

Como, quanto aos effeitos, é indifferente que o instituido não possa, ou não queira ser herdeiro, segue-se que estas duas causas se identificam, de fórma que, basta expressar uma, para que a outra se subentenda;

assim se o testador disser sómente: *Se Pedro não poder ser meu herdeiro, será Paulo*; aindaque o possa ser, não querendo, e *vice versa*, subsiste a instituição, porque é claro que essa causa é indifferente para influenciar a vontade do testador, que só teve em mira, não declarando o contrario, dar, na falta do instituido, a herança ao substituto; isto é logico, e é expresso no artigo 630.º do Projecto do Codigo Hespanhol.

Chama-se substituição directa, porque n'ella não ha gradações, como nas outras: a herança passa directamente, não do testador para o substituido, e d'este para o substituto, mas do testador para o substituto.

D'esta fórma, aindaque haja muitos individuos nomeados e substituidos uns aos outros, como quando o testador diz: *instituo meu herdeiro a Francisco; se não poder ou não quizer ser meu herdeiro, será Antonio; se este não for meu herdeiro, será João; e se este o não for, será Martinho*; a disposição é valida, porque aqui não ha substituição fideicommissaria, de que logo fallaremos, existe uma designação de nomes com preferencia de uns aos outros; e, quando um dos indicados accete, logo expira a substituição, como diz o § unico d'este artigo.

#### Substituição pupillar

O artigo 1859.º é concebido n'estes termos:

*O testador, que tiver filhos ou outros descendentes debaixo do patrio poder, os quaes não hajam de ficar por morte do testador sob poder de outro ascendente, poderá substituir-lhes os herdeiros e os legatarios que*

*bem lhe parecer, para o caso em que os ditos filhos, ou outros descendentes falleçam, antes que perfaçam quatorze annos de idade, sem distincção de sexo; é o que se chama substituição pupillar.*

Pela leitura do artigo se torna obvio que para se dar tal substituição é mister:

- 1.º Que o testador tenha filhos, ou outros descendentes;
- 2.º Que elles estejam debaixo do patrio poder;
- 3.º Que não tenham de ficar sob poder de outro ascendente;
- 4.º Que falleçam antes que perfaçam quatorze annos sem distincção de sexo.

A Ordenação, livro 4.º, titulo 97.º. § 7.º, concedia poder paternal unicamente ao pae; e, porque é da substancia d'esta substituição que se faça á pessoa que esteja em poder do testador, por isso excluia a mãe, que não tinha patrio poder: e os outros ascendentes; porque, ficando, pelo casamento, os filhos fóra do poder de seus paes, os netos, que d'esses filhos nascessem, não ficavam debaixo do poder de seus avós, ou outros ascendentes.

OCodigo nos artigos 137.º e 138.º fez extensivo ás mães o poder paternal, e a mais ninguem o concedeu; isto mais se confirma pelo disposto nos artigos 155.º e 185.º, e terminantemente pelo artigo 170.º, que considera terminado esse poder com a morte dos paes; é pois liquido que pelo novo systema tambem os avós não têm patrio poder.

Dados estes principios, não concebemos o sentido das

palavras do artigo, *ou outros descendentes debaixo do patrio poder*; é natural que tenham alcance que não podemos penetrar.

Tambem é consequencia dos principios estabelecidos, que as palavras *sob poder de outro ascendente* não podem ter applicação senão á mãe, quando sobrevive ao pae, ou ao pae, quando sobrevive á mãe; a estes se acha limitado o patrio poder.

Poderá, na substituição pupillar. o testador excluir os avós ou outros ascendentes do instituido? As palavras *poderá substituir-lhes os herdeiros e os legatarios que bem lhe parecer* pareciam deixar-lhe ampla liberdade; todavia o artigo 1787.º aos outros ascendentes, que não sejam os paes, dá direito a metade dos bens; e bastaria isto para nos pronunciarmos pela negativa; de mais acresce a clara disposição do artigo 1863.º, determinando que a substituição pupillar (e a quasi pupillar) só póde abranger os bens de que o *substituto* poderia dispor, não se achando impedido ao tempo da sua morte, e que haja adquirido por via do testador; d'esta fórma a substituição só vale até á ametade do valor dos bens, existindo avós ou outros ascendentes.

Cumpré notar que este artigo contém um erro typographico, na palavra *substituto*, que devia dizer *substituido*, erro que se não encontrava no artigo 1998.º do Projecto.

A Ordenação tinha estabelecido que a substituição pupillar expirava quando o varão chegava a quatorze annos. e a femea a doze, e que bastava entrar no derradeiro dia do anno, em que se acabava a idade pupillar. postoque



não fosse acabado; o Código no artigo 1859.º quer que se perfaçam os quatorze annos, sem distincção de sexo; fez pois n'esta parte duas innovações: a primeira, querendo que a idade fosse completa, o que bem se deduz da palavra *perfaçam*; a segunda ampliando a idade da femêa aos quatorze annos, *sem distincção de sexo*.

O facto da emancipação por casamento de mulher de doze annos nada póde hoje influir na substituição. É certo que o casamento traz a emancipação, artigo 304.º; é certo que os seus effeitos legaes só se verificam quando a mulher chegar aos dezeseis annos, artigo 306.º; porém no artigo 1860.º se prescreve que a substituição pupillar ficará sem effeito, logo que o substituido perfaça os quatorze annos, ou falleça, deixando descendentes successiveis: portanto a mulher casada dos doze aos quatorze annos fica sujeita ás disposições da substituição pupillar, o que a legislação anterior não consentia.

#### Substituição quasi pupillar

*A disposição do artigo 1859.º é applicavel, sem distincção de idade, ao caso em que o filho ou outro descendente seja demente, comtanto que a demencia tenha sido judicialmente declarada; é o que se chama substituição quasi pupillar, artigo 1861.º*

A esta substituição chama o Código *quasi pupillar*, porque equipara o demente ao pupillo; a Ordenação chamava-lhe exemplar, porque se fazia a exemplo da pupillar; ambos os nomes eram conhecidos dos antigos

interpretes da lei Justiniana; definido o objecto, pouco importa o nome.

Applica-se á substituição quasi pupillar o disposto no artigo 1859.º, sem distincção de idade. artigo 1861.º; no mais apenas noto disparidades, que firmam a diversidade característica das duas substituições.

A pupillar só é permittida a quem tenha o patrio poder; a quasi pupillar a quem seja ascendente, ainda sem poder paternal.

A pupillar termina com a idade da puberdade (que o Código suppõe aos quatorze annos); a quasi pupillar dura enquanto durar a demencia.

O artigo falla unicamente da demencia e demente; e abrangerá a sua disposição o furioso, o imbecil, o maniaco, o idiota? A Ordenação, livro 4.º, titulo 87.º. § 11.º, tinha-se exprimido por estes termos: *o qual não pode fazer testamento por causa de algum impedimento natural e perpetuo, assim como se fosse furioso, mentecapto, surdo e mudo de nascimento*; d'esta maneira estabelecia a regra e exemplificava-a, de fórma que nenhuma duvida podia restar.

Que n'aquelles termos não ha synonymia, o demonstram os tratados de medicina forense, quando fallam da alienação mental: todavia, como no artigo se diz que a demencia deve ter sido judicialmente declarada, e como taes julgados, segundo o artigo 314.º, abrangem os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens, torna-se consequente a intelligencia que se deve dar ao artigo 1861.º:

a sentença. que julgar a demencia, serve de base á disposição em que se estabelecer a substituição quasi pupillar.

*A substituição, mencionada no artigo precedente, ficará sem effeito, se o demente recuperar o juizo, artigo 1862.º*

O facto de recuperar o juizo deve ser provado: e que prova se requer d'este facto?

O artigo 336.º determina que a interdicção será levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescriptas para o seu julgamento. Parece-me pois que seria mais claro o artigo, se, em vez de se referir ao facto natural da recuperação de juizo, se referisse ao acto juridico da sentença declaratoria, da mesma fórma que fez no artigo anterior; se uma sentença é a base da interdicção, só outra sentença póde destruir os seus effeitos.

#### Substituição fideicommissaria

Entre nós se adoptaram os fideicommissos, tanto perpetuos, como temporarios; aquelles, cuja fórma se deixava ao arbitrio dos testadores, e que por isso apresentavam immensas irregularidades, chrisinou a jurisprudencia com a denominação de *morgados* e *capellas*, nas Ordenações, livro 1.º. titulo 62.º, § 53.º, e livro 4.º, titulo 100.º, jurisprudencia alterada pelo grande marquez de Pombal, e ultimamente pelas Leis de 30 de agosto de 1860 e 19 de maio de 1863; ficando portanto o seu objecto inteiramente estranho a este Codigo; estes, os temporarios, tiveram o seu assento na Ordenação. livro 4.º. ti-

tulo 87.º, § 12.º, cujo laconismo dava franco ensejo aos interpretes para sustentar. firmados na liberdade de testar. a faculdade de estabelecer, a arbitrio. a gradação da successão.

O Codigo justamente alterou este principio; e, depois de nos dar a definição de substituição fideicommissaria ou fideicommisso, artigo 1866.º, determina no artigo 1867.º o seguinte:

*São prohibidas para o futuro as substituições fideicommissarias, excepto:*

1.º *Sendo feitas por pae ou mãe nos bens disponiveis em proveito de netos, nascidos ou por nascer;*

2.º *Sendo feitas em favor de descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador.*

E, pelo que respeitava ao passado, ordenou. no artigo 1874.º, que só produzissem effeito no primeiro grau de substituição os fideicommissos, achando-se abertos por morte do testador, ao tempo da promulgação do Codigo.

Taes disposições tiveram por alvo pôr termo ás emmanhadas questões nascidas da materia das substituições, e fixar principios, que servissem de norma segura para o futuro. Cumpre indagar se o fim ficou conseguido.

Nas substituições figuram indispensavelmente o instituido herdeiro ou legatario, que se denomina substituido ou fiduciario, e aquelle para quem devem passar os bens. que se chama substituto. ou fideicommissario. O objecto da substituição são os bens disponiveis. bens que o testador pôde deixar a quem bem lhe parecer.

aindaque seja a um estranho, comtantoque a substituição seja feita a favor de neto, ou de sobrinho, filho de irmão; isto vae de accordo com o disposto no artigo 1473.º a respeito de doações.

Póde portanto o fiduciario ser filho, irmão, parente ou estranho; mas o fideicommissario deverá ser sempre um neto, ou um sobrinho do testador.

Pela maneira generica com que o artigo falla em netos, é consequente que elle comprehende todos os que juridicamente têm essa qualidade, abrangendo portanto os filhos de legitimos, legitimados e perfilhados; podendo todos ser objecto de substituição fideicommissaria; e o mesmo procede a respeito de irmãos: pelo contrario não comprehende os bisnetos do testador, nem os netos do irmão.

No n.º 1.º do artigo permite-se que os netos sejam nascidos, ou por nascer; e estas palavras, *por nascer*, comprehenderão só os procreados, que, na fórma do artigo 6.º, ficam debaixo da protecção da lei, e a que o artigo 1776.º dá a denominação, incompleta, de embrião; ou comprehenderão tambem os nascituros, que ainda não eram procreados ao tempo da morte do testador, na fórma do artigo 1777.º?

É necessario notar que o termo *nascituros*, segundo o Codigo, comprehende todo o individuo que ha de nascer, ou esteja procreado, ou não esteja: o artigo 1479.º falla de nascituros já concebidos, e o dito artigo 1777.º talla de nascituros não concebidos.

Como as substituições fideicommissarias, em regra, são disposições testamentarias, não póde haver duvida

em applicar-lhes o disposto no artigo 1777.", onde se trata de disposições da mesma natureza; elle só dá direito aos nascituros, que ainda não são concebidos, quando forem descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador.

Portanto o testador, deixando a herança ou legado a quem bem lhe parecer, póde chamar para substitutos os filhos de filho seu, ou sejam nascidos ou nascituros, existentes ou não existentes, e o mesmo se deve dizer a respeito dos sobrinhos filhos do irmão, porque a palavra *descendentes*, embora limitada ao primeiro grau, abrange os existentes e não existentes.

As substituições podem dar-se, ou quanto ao dominio pleno dos bens, propriedade perfeita; ou só quanto á propriedade, ou só quanto ao usufructo, propriedade imperfeita; e, para tornar a jurisprudencia firme, n'este objecto, determina o artigo 1870.º, que não se reputará fideicomisso a disposição, pela qual algum testador, deixe o uso fructo de certa cousa a uma pessoa, e a propriedade a outra, comtantoque o usufructuario, ou o proprietario não seja encarregado de transmittir a outrem, por sua morte, o dito usufructo, ou a dita propriedade.

N'esta hypothese não temos substituição; verificando-se a contraria, temos substituição; mas, se esta for limitada aos termos do artigo 1867.º, não se lhe póde negar validade; e por isso um testador, que deixar o usufructo da sua propriedade a um individuo, e a outro a propriedade, bem póde substituir a este, um seu neto, ou sobrinho filho do irmão.

O legislador, depois de equiparar no artigo 1873.º,

aos usufructuarios, os herdeiros, ou os legatarios, cujas heranças, ou cujos legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, parece que se esqueceu do que tinha disposto no artigo 1870.º

Se o fiduciario não é mais que usufructuario, custa a comprehender como o dito artigo 1870.º determina que se póde deixar a propriedade a um, e o usufructo a outro, sem que isso importe fideicommisso! Senão é contradicção. é um enigma. O mesmo acto é valido ou nullo, segundo a denominação, que se lho dá: a fraude da lei depende d'essa denominação: o testador não dirá que institue um individuo por seu herdeiro ou legatario para passar, por sua morte, a um estranho a herança ou legado: porque isso se chama *fideicommisso*; dirá que institue um usufructuario e outro proprietario, e, com esta diversidade de phrase, tem conseguido o mesmo resultado, sem differença. Se assim fossem todas as leis, estava descoberta a arte de as illudir.

D'este mesmo artigo se infere que o usufructuario póde ser encarregado de passar a herança ou legado ao proprietario, mas não a outro usufructuario, disposição que parece estar em diametral opposição com o determinado nos artigos 2199.º e 2250.º; é possivel que haja alguma occulta conciliação; os nossos esforços não chegaram a descortina-la.

*O usufructo póde dar-se em favor de uma ou de mais pessoas. simultanea ou successivamente. com tanto que existam ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario; tal é o disposto no artigo 2199.º*

*O usufructo, constituido em proveito de varias pes-*

*soas vivas ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da ultima que sobreviver: eis a disposição do artigo 2250.º*

Em presença d'estes preceitos a substituição no usufructo póde tornar-se indefinida, uma vez que os usufructuarios sejam vivos ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario; e, ou o usufructo seja simultaneo, ou successivo, como se ha de negar que existe uma substituição, que póde ir muito alem do segundo e terceiro grau?

E quem será esse primeiro usufructuario para que a existencia d'elle firme o direito dos outros?

Se a disposição testamentaria abranger simultaneamente varios individuos, passando de uns para outros, na fórma do artigo 2250.º, como se ha de conhecer quem é o primeiro usufructuario? E se a instituição for successiva, chamando uns depois dos outros, a primazia reguladora pertencerá ao primeiro nomeado, ou ao primeiro em que se verificar o usufructo? Se o primeiro nomeado tiver fallecido, em vida do testador, caducará toda a instituição? Poderá a morte d'elle prejudicar aos successivamente chamados? Não é possivel, porque até se lhe oppõem os principios da substituição vulgar.

O Projecto do Codigo de Hespanha no artigo 437.º tinha estabelecido o seguinte: *Póde constituir-se o usufructo a favor de uma ou muitas pessoas simultanea ou successivamente, comtantoque existam ao tempo de morrer o constituinte.* O nosso Codigo transcreveu aquelle artigo, com a unica alteração de dizer *primeiro usufructuario* em lugar de *constituinte*; talvez houvesse motivos



ponderosos para isso; mas não os comprehendemos; e o que alcançámos é que o original está claro e terminante, a imitação dá occasião á inconsequencia, e ás duvidas. acima notadas.

No projecto dito aquella disposição não brigava com a materia dos fideicommissos, porque estes eram todos declarados nullos. e não se consentia substituição senão a vulgar, como se vê dos artigos 629.º e 635.º; isto era um systema claro; no nosso, infelizmente, a conservação dos fideicommissos, pela maneira por que foram estabelecidos, não se harmonisa com a materia do usufructo.

O usufructo pôde constituir-se por acto entre vivos, por ultima vontade, ou por disposição da lei, artigo 2198.º; quando é constituído por ultima vontade, esta só recebe a sancção definitiva pela morte do testador, antes da qual não tem effeito válido, artigo 1754.º e 2009.º; qualquer herdeiro ou legatario instituido carece sobreviver ao testador, sem o que caduca a instituição, artigo 1759.º; portanto o nomeado usufructuario, que morre antes, não se pôde contar no numero dos usufructuarios; e, partindo d'estes principios, pôde dizer-se que o primeiro usufructuario, de que falla o artigo 2199.º, é, dos que existirem n'essa epocha, o primeiro nomeado: n'esse momento é que se pôde dizer constituído o usufructo, o que vae de accordo com o artigo 2250.º

Dada esta intelligencia para pôr em harmonia as duas disposições, e, sendo certo que ninguem pôde ser usufructuario por disposição testamentaria, uma vez que não exista ao tempo da morte do testador; as difficul-

dades. assim mesmo, ainda não estão de todo resolvidas; porquanto, no usufructo simultaneo. é superfluo o saber qual dos existentes é o primeiro; e, no usufructo successivo, a existencia do primeiro nomeado. será bastante para dar direito aos outros, como o dá a entender o artigo 2199.º? Se o segundo nomeado for vivo ao tempo da morte do testador, mas fallecer antes do primeiro usufructuario, qual será o seu direito n'este usufructo? Esse direito, deduzido do artigo 2199.º, é negado pelo artigo 2241.º n.º 1.º; portanto, devemos concluir que, no usufructo successivo, não basta que o usufructuario seja vivo ao tempo da morte do testador; é necessario que tambem o seja ao tempo da morte do anterior usufructuario, sem o que passa para o immediato que existir.

Por fins diremos que não nos são desconhecidas as differenças que existem entre usufructuario e herdeiro fiduciario, mas, desde que o Codigo admite que o usufructo fique sujeito ás leis do fideicomisso, quando um usufructuario transmite a outro o usufructo que lhe é deixado, como logicamente se deduz do artigo 1870.º; desde que o mesmo Codigo clara e positivamente equipara os herdeiros ou legatarios fiduciarios aos usufructuarios, artigo 1873.º; aquellas differenças nada podem influir para aniquilar os argumentos estabelecidos, e que mais se corroboram com as lucidas doutrinas que estão desenvolvidas na *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, no *Direito* e no *Jornal de Jurisprudencia*, sabias publicações, que, se muitas vezes têm servido de fio de Ariadne, algumas têm confessado ser inextricavel o labyrintho.

D'esta fórma póde dizer-se que a materia das substituições foi melhorada, mas ainda ficou mui longe da perfeição e da clareza.

## CAPITULO XIV

### Da fôrma dos testamentos

A legislação anterior ao Código reconhecia varias fôrmas de testar, quaes as seguintes:

1.º Testamento aberto, feito por tabellião publico, escripto nas notas, Ordenação, livro 4.º, titulo 80.º pr.;

2.º Testamento cerrado, com instrumento de approvação. Ordenação dita, § 1.º e 2.º, Assento de 17 de agosto de 1811 e 10 de junho de 1817;

3.º Testamento por instrumento particular, feito pelo testador, ou por outra pessoa privada, e assignado por seis testemunhas, devendo ser publicado depois da morte do testador por auctoridade da justiça, Ordenação dita, § 3.º;

4.º Testamento nuncupativo, ou por palavra, feito ao tempo da morte com seis testemunhas, ficando nullo no caso de convalescer o testador, Ordenação dita, § 4.º;

5.º Testamento de soldados e pessoas que morrem na guerra, Ordenação, livro 4.º, titulo 83.º;

6.º Testamento marítimo, Correia Telles, Digesto Portuguez, tomo 3.º, n.º 1794.º; Ferreira Borges, Diccionario Commercial, Verbo, *Testamento*; Lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º;

7.º Testamento externo. Correia Telles dito, n.º 1795.º; Ordenação de Marinha Franceza, livro 1.º, titulo 9.º, artigos 23.º e 24.º; Lei dita de 18 de agosto de 1769, § 14.º, Regulamento de 26 de novembro de 1851, artigo 36.º

O Codigo admittiu, em parte, esta classificação, excluindo o testamento olographo ou por instrumento particular, e o testamento nuncupativo; e, n'esta conformidade. diz no artigo 1910.º o seguinte:

*O testamento, quanto á sua fôrma, pôde ser:*

1.º *Publico;*

2.º *Cerrado;*

3.º *Militar;*

4.º *Marítimo;*

5.º *Externo ou feito em paiz estrangeiro.*

Entre as alterações não avulta sómente a extinção do testamento olographo e nuncupativo; mas ha outras, que cumpre analysar, como é a inibição de fazer testamento cerrado aos que não sabem ou não podem ler, e as restricções dos testamentos militares e marítimos, em virtude das quaes um grande numero de cidadãos ficam privados do direito de testar, durante circumstancias anormaes e extraordinarias, em que o destino os pôde collocar.

Pelo que respeita ao testamento cerrado, ficaram anniquillados esses preceitos de rigorismo, estabelecidos

nos Assentos da Casa da Supplicação, monumentos de eterna vergonha para quem, sob pretexto de interpretação, eleva os apices da lei a formulas sacramentaes, não admittindo que suas palavras sejam antepostas, nem substituidas por equipolencia; essas exageradas insignificancias, essas minudencias, estereis para a justiça, que só serviam de alimentar innumerous pleitos, com que por longos annos foi atormentado o fóro. desappareceram com as novas disposições do Codigo, n'esta parte mais justo, mais philosophico.

O mesmo porém não podemos dizer de todos os outros preceitos relativos a esta materia.

O Codigo, depois de determinar no artigo 1920.º, que o testamento cerrado podia ser escripto e assignado pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo, ou ser escripto por outra pessoa, a rogo do testador, e por elle assignado, acrescenta (por additamento que não estava no Projecto) o § unico, concebido n'estes termos:

*A pessoa que assignar o testamento deve rubricar todas as folhas d'elle. O testador só pôde deixar de assignar o testamento não sabendo, ou não podendo fazelo, o que no mesmo testamento será declarado.*

D'aquí clara e terminantemente se deduz que quem não sabe, ou não pôde escrever pôde fazer testamento cerrado, contantoque essa declaração seja feita no mesmo testamento.

Pelo contrario, os que não sabem, ou não podem ler, são inhabeis para dispor em testamento cerrado, como é expresso no artigo 1923.º; e esta disposição abrange os cegos, conforme o § unico do artigo 1764.º. contendo

ambos, em substancia, a repetição superflua do mesmo preceito.

Pretendeu-se, com esta innovação, pôr cobro a algumas surpresas, ou mistificações, que porventura se poderiam dar da parte de quem escrevesse os testamentos; mas este inconveniente tem correctivo, e por isso não convinha aniquilar um direito, cujo exercicio podia mui bem ser regulado, e que é de alto interesse social.

O testamento do que não soubesse ler podia ser lido por outra pessoa de confiança do testador, declarando no mesmo que lh'o tinha lido, e o tinha achado conforme; podia ser lido pelo proprio tabellião, fazendo essa declaração no auto de approvação. Para nós qualquer d'estas formalidades seria sufficiente; mas, se se considera que se carece de mais solemnidades, então o testamento cerrado do que não sabe ler, seja lido perante o tabellião e as testemunhas da approvação, fazendo-se de tudo menção no auto d'ella: tudo se poderia decretar na lei; porém. querer forçar as disposições testamentarias á publicidade de uma escriptura, é restringir os direitos do cidadão com grave prejuizo dos seus interesses.

Tinhamos pela legislação anterior o testamento publico e o cerrado, e raro era o individuo que recorria áquelle; póde dizer-se que por mil testamentos cerrados havia um só aberto; a rasão é obvia; as conveniencias da vida social exigem, ordinariamente, segredo nas disposições que hão de realisar-se por morte do homem; a propalação d'esse segredo, em vida do testador, se

lhe captiva alguma affeição, do que póde duvidar-se, aliena-lhe muitas outras; os que não são contemplados e vêem illudidas as suas esperanças, tornam-se inimigos; os instituidos herdeiros, incitados pela expectativa e pelo interesse. o mais das vezes, desejam a morte ao testador, para que qualquer eventualidade não faça alterar o testamento; emfim podem haver disposições de honra, de restituições e de outros interesses, que o individuo só se anima a fazer, tendo de publicar-se por sua morte, vendo-se constrangido por um pundonor a não as propalar em vida.

Todos têm affeições, que desejam conservar; resentimentos, que cumpre occultar: porém tudo cáe por terra ante uma disposição aberta e publica: se fosse possível transportar os legisladores á situação de quem perdeu a vista, elles haviam de trepidar ao estabelecer tão funesto principio; a idéa de inimigos gratuitos e despeitados, como preteridos, e a quasi certeza de inimigos interessados, como instituidos, deviam faze-los retrogradar na sancção de um tal preceito.

Não ignorámos que elle se acha estabelecido nos Codigos de varias nações civilisadas, como em França, Sardenha, Italia, etc.; mas tambem sabemos que, para se fazerem taes importações, cumpre attender aos habitos nacionaes, e sobretudo ás normas do justo e conveniencias sociaes: se ha meios de evitar o mal, sem tolher o bem. é essa a senda que devemos seguir.

O individuo que apenas, e mal. sabe ler, e o que só sabe ler letra redonda, não evita melhor as surpresas, que o completamente analphabeto; mas concedamos o



contrario. Qual será a garantia do testamento aberto? Qual a garantia do testamento cerrado? Aquelle é feito e lido perante cinco testemunhas, n'este o auto é li do perante as testemunhas que ignoram o seu conteúdo; pois se o testamento dos que não podem ou não sabem ler, fosse lido pelo tabellião perante as testemunhas, não teriamos um testamento com garantias iguaes ao primeiro e superiores ao segundo?

D'esta fórma o testador, quando muito, tinha de procurar alguns amigos para testemunhas, a quem confiasse o segredo da sua disposição, que não ficava devassado aos olhos do publico, nem ás pesquisas dos interessados, os quaes só viriam a ter conhecimento pleno na epocha em que a disposição, pela morte do testador, se tornava irrevogavel.

No testamento, escripto assignado e rubricado por outra pessoa, a rogo, na fórma do artigo 1920.º, é mui facil haver uma fraudulenta substituição, principalmente quando o testador se acha no leito da dor; esse perigo não é removido pelas minuciosas formalidades do acto da approvação, e haverá n'esse modo de proceder mais segurança de verdade do que haveria quando o testamento do que não soubesse ler fosse lido perante o testador, o tabellião e as testemunhas?

E que não diremos do testamento olographo, todo escripto e assignado pelo testador e testemunhas na fórma da Ordenação, livro 4.º, titulo 80.º, § 3.º, modificada pelo artigo 2094.º do Projecto? Que rasão haveria para extinguir este modo de testar, que, restringido aos limites do dito artigo, póde considerar-se de

todos o mais solenne para garantir a verdade? Como nos faltam os motivos da extincção, é impossivel apreciá-los.

A lei antiga, como vimos, admittia o testar nuncupativamente, e o illustrado codificador tanto reconheceu a necessidade d'esta fórma de dispor, que não teve duvida em adopta-la no Projecto, artigo 2083.º e seguintes; porém a commissão revisora, tendo na primeira conferencia sobre o objecto deixado empatada a questão, reprovou depois esta fórma de dispor.

Se a nação se circumscrevesse aos muros das cidades e villas, cabeças do concelho, onde existem tabelliães, poderia ter certa desculpa a extincção dos testamentos nuncupativos; mas, se a maior parte dos cidadãos são habitantes de villas e aldeias, onde não ha taes funcionarios; se, durante a molestia, é dispendiosa e difficil, quando não impossivel, a congregação dos individuos que hão de figurar em testamento aberto ou cerrado, com as circumstancias exigidas na lei; se estes motivos recrescem em caso de peste; não vemos motivo para que fosse banida esta fórma de testar, principalmente quando o auctor doCodigo a tinha acompanhado de providencias que asseguravam a verdade das disposições.

Quando taes alterações se fazem na legislação, cumpre combinar todas as disposições que possam ter relação proxima ou remota, a fim de evitar incoherencias ou injustiças, e infelizmente em umas e outras abunda oCodigo Civil.

No artigo 1944.º permite aos militares e emprega-

dos civis o fazer testamento militar, quando estiverem em campanha fóra do reino, ou, dentro d'elle, em praça fechada, ou residindo em terra, cujas communicações com outras estejam cortadas, se n'essa praça ou terra não houver tabellião; quando se verifique esta ultima hypothese, perguntaremos, como poderão os cidadãos, que não forem militares, nem empregados civis, fazer os seus testamentos? Como se remediará esta imprevidencia da lei? Onde está a igualdade d'ella para com todos os cidadãos, quando a uns lhes concede um direito que a outros nega?

O artigo 2096.º do Projecto só permittia o testamento militar aos militares e empregados civis do exercito em campanha fóra do reino; podia ser arguido por não abranger a hypothese do cerco dentro do reino, em praça fechada, ou residindo em terra com as communicações cortadas, não havendo tabellião; mas, logoque a illustre commissão tratou de supprir esta lacuna, devia estender a disposição a todos os cidadãos que se achassem nas mesmas difficuldades. Esta ampliação já, em parte, se achava na Ordenação, livro 4.º, titulo 83.º, § 8.º, e é de incontestavel justiça e igualdade, principalmente depois da extincção dos testamentos nuncupativos.

Pelo que respeita ao testamento marítimo, custa a acreditar a alteração que o Código fez no Projecto! Este no artigo 2160.º tinha escripto: *Testamento marítimo é o que é feito no alto mar, a bordo dos navios de marinha real e nacional, ou mercante*: esta definição estava de accordo com a que dá Ferreira Borges,

Diccionario Juridico Commercial, Verbo, *Testamento*; porém o Codigo definiu: *Testamento maritimo é o que é feito no alto mar, a bordo dos navios do estado, por militares ou empregados civis em serviço publico*: d'esta fórma o testamento maritimo só é maritimo se for feito em navios do estado e por militares, ou empregados civis; mas fica vedado o testamento em navios mercantes, e aos que não tiverem aquellas qualidades, embora se achem sobre o mar.

O homem que não for militar nem empregado, e embarcar, prepare-se em terra, porque, emquanto durar a viagem, está suspensa a sua faculdade de testar. e por mais que se prepare, tambem fica suspenso o direito que lhe dá o artigo 1754.º do Codigo; póde destruir a instituição feita, se a tiver comsigo, mas não póde substitui-la.

O caracteristico do testamento de mar nada tem com a qualidade do individuo, por isso as nações civilizadas consideram como tal. tanto o que é feito em navios do estado, como em navios mercantes; assim o legislaram o Codigo Civil de França artigo 988.º, o de Sardenha artigo 782.º, o Projecto do Codigo Hespanhol. artigos 577.º e 578.º; não podemos portanto associar-nos à doutrina do Codigo, que, destruindo a do Projecto, aniquilou as verdadeiras differenças entre testamento militar e maritimo, e estabeleceu a injustiça da desigualdade entre cidadãos.

Estas ponderações nos levam naturalmente a tirar as seguintes inferencias:

Deve ser restituída, aos que não sabem ler, a facul-

dade de dispor por testamento cerrado, preceitando-se o necessario para evitar qualquer fraude;

Deve ser restituída a fôrma nuncupativa pelo modo que a estabelecia o Projecto do Codigo;

Deve ser restituída a fôrma do testamento olographo, como estabelecia o citado Projecto;

Deve o testamento militar e o maritimo ser ampliado nos termos indicados.

D'aqui se deduz que, attendida a materia no seu conjuncto, a Ordenação era preferivel ao Codigo, mas que o Projecto era mui preferivel á Ordenação.

# CAPITULO XV

## Da successão legitima

Em falta de disposição testamentaria valida e aceite, tem logar a successão legitima, regulada pela lei, Codigo Civil, artigos 1735.º e 1968.º

Na legislação antiga, Ordenação, livro 1.º, titulo 90.º, § 1.º; livro 4.º, titulo 94.º e titulo 96.º pr., deferia-se a successão legitima, dando-se a preferencia:

- 1.º Aos descendentes;
- 2.º Aos ascendentes;
- 3.º Aos collateraes até ao decimo grau;
- 4.º Ao conjuge sobrevivivo;
- 5.º Ao estado.

O Projecto do Codigo antepunha os irmãos e descendentes d'elles aos ascendentes em segundo grau e seguintes, artigos 2154.º e 2157.º, conservando ao conjuge viuvo a collocação que a Ordenação lhe havia dado, artigo 2164.º; e concedia ao viuvo de filho illegitimo o usufructo de metade da herança, artigo 2152.º

O Codigo no artigo 1969.º diz: *A successão legitima defere-se na ordem seguinte:*

- 1.º *Aos descendentes;*
- 2.º *Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236.º;*
- 3.º *Aos irmãos e seus descendentes;*
- 4.º *Ao conjuge sobrevivivo;*
- 5.º *Aos transversaes não comprehendidos no n.º 3.º, até ao decimo grau;*
- 6.º *Á fazenda nacional.*

D'esta fórma sustentou a legislação anterior quanto á posição dos ascendentes do segundo grau e dos seguintes, antepondo-os aos irmãos e seus descendentes; artigo 1996.º, manteve a innovação quanto ao viuvo do filho illegitimo, artigo 1995.º, e collocou o conjuge sobrevivivo logo depois dos irmãos e seus descendentes, com preferencia a todos os outros parentes de grau posterior, artigo 2003.º

Havia rasões ponderosas para a alteração que o Projecto queria fazer, preferindo irmãos e descendentes d'elles aos avós e bisavós: entre irmãos corre na sua totalidade o sangue dos paes, não assim nos avós: a disposição existente ha de fazer que, o mais das vezes, os bens venham de futuro a passar, na maior parte, a parentes mais remotos: parece pois que o principio de que, emquanto houvesse parentes oriundos de um tronco commum, a herança não passasse a outros, era justo e philosophico; porém a auctoridade do direito antigo ainda, por esta vez, manteve os seus fóros; que escaparam incolumes á foice reformadora.

A maior alteração, que, n'este ramo de legislação, fez

o Codigo, é a do artigo 2003.º, e bem andou n'esta parte em não seguir a doutrina do Projecto; o conjuge viuvo passa a occupar o primeiro logar logo depois dos parentes oriundos do tronco commum. isto é, de irmãos e descendentes d'elles, excepto achando-se judicialmente separado de pessoa e bens por culpa sua.

Pelo principio da Ordenação, salvo o caso de que o conjuge fallecido fosse engeitado, bem difficil se tornava que o sobrevivivo viesse a herdar ab intestato: porque, á proporção que se affasta o parentesco, multiplicam-se os parentes, e era necessario remontar a remotos troncos communs, e não existir nenhum dos seus descendentes (que de ordinario são centenaes ou milhares), para que se verificasse aquella hypothese.

A preferencia dada a parentes remotos, e quiçá desconhecidos, sem ligações, sem affectos, sobre o ente de todos o mais caro, o que comnosco compartilha gostos e penas, felicidades e infortunios, que é nosso constante companheiro durante a mutua existencia, não tinha base para manter-se; e por isso com justiça o Codigo abriu este parenthese na successão dos transversaes, resalvando o caso em que todas essas presumpções naturaes e legaes desapparecem em face de uma sentença de separação por culpa propria; fóra d'esta hypothese, o conjuge viuvo é preferivel a todos; a sagrada escriptura ainda o colloca superior ao pae e á mãe, e muito mais aos irmãos e descendentes d'estes; mas se a proximidade do vinculo de sangue clama contra uma tão radical alteração, bem podia a legislação consignar uma parte da herança ao viuvo, sem offensa dos interesses



dos paes e dos irmãos do fallecido; d'esta fórma, nem o vinculo de sangue era sacrificado ás presumpções do amor conjugal, nem este se considerava extinto pela falta de uma disposição testamentaria.

Vê-se pois que nós approvâmos a alteração, e até iriamos mais longe do que foi o legislador, não duvidando adoptar o que a tal respeito estabelece o Projecto do Codigo Hespanhol, de que logo trataremos.

Se o filho illegitimo fallece sem posteridade e sem conjuge sobrevivivo, devolve-se a herança por inteiro aos paes, que o houverem reconhecido, artigo 1994.º; mas, se deixar consorte vivo, este é o usufructuario de metade da herança, artigo 1995.º; esta alteração feita no direito anterior, é limitada ao conjuge sobrevivivo do filho illegitimo; e qual será a razão por que se não faz igual concessão ao conjuge sobrevivivo do filho legitimo ou legitimado?

A menor honra de casar com illegitimo é galardoada pela lei com um favor, que se não concede ao conjuge sobrevivivo de um filho legitimo? Querer-se-ia por tal modo incitar os casamentos dos illegitimos, outorgando-lhes vantagens, aliás negadas aos legitimos? Haverá no casamento alguma differença entre legitimos e illegitimos, a não ser a que nasce de um preconceito, mas preconceito que é contrario á doutrina estabelecida.

A injustiça não se dá só quanto á limitação das pessoas a que se applica o principio; mas dá-se com relação á indeterminação do mesmo principio, que não attendeu á natureza do casamento, não distinguindo quando é feito por meação, ou sem communicação, ou

por dote; sendo tão diversos os resultados d'essa diversa natureza. A metade da herança, de que falla o artigo 1995.º, não póde abranger bens dotaes ou incomunicaveis; e será justo que as vantagens emanadas de taes convenções sejam augmentadas com o usufructo de metade dos bens communicaveis?

O Projecto do Codigo Hespanhol, presumindo o amor que de ordinario existe entre os conjuges, quiz providenciar, em falta de disposição testamentaria, sobre o seu futuro; e determinou no artigo 773.º, que o viuvo ou viuva que, ao morrer o seu consorte, não estivesse divorciado, ou, estando-o, fosse sem culpa sua, herdasse o quinto, tendo descendentes; o quarto, tendo ascendentes; e o terço, na falta de uns e outros: mas note-se, 1.º, a gradação d'este beneficio com relação á natureza dos parentes; 2.º, a applicação d'elle sem differença de filhos legitimos ou illegitimos, artigo 782.º; e 3.º, as providencias equitativas e sabias que acompanham a disposição, da maneira seguinte:

*Se nas capitulações matrimoniaes se tiver pactuado alguma vantagem em favor do viuvo ou viuva, se imputará na parte que deva perceber na herança intestada.*

*Se as vantagens contratadas igualarem ou excederem os direitos hereditarios, ficarão estes sem effeito e se observará o contratado.*

Eis o determinado no dito artigo 773.º, onde vemos uma disposição completa, perfeita, providente e justa, e bem desejaríamos que uma semelhante substituísse a do nosso artigo 1995.º

---

O que os Codigos estrangeiros dizem sobre a maneira, por elles adoptada, para melhorarem a sorte do conjuge sobrevivivo, acha-se resumido nas doutrinas de Goyenna no Commentario ao artigo 773.º, e no seu Appendice, n.º 11.º

# CAPITULO XVI

## Da prova documental

N'este ramo de direito fez o Codigo grandes alterações, que, a nosso ver, não melhoraram a legislação anterior, que era pelo menos mais systematica e mais firme nos principios.

A prova documental é a que resulta de documento escripto, artigo 2420.º, e os documentos dividem-se em authenticos e particulares, artigo 2421.º

Documentos authenticos são os exarados por official publico, ou com intervenção d'este exigida por lei, artigo 2422.º, e dividem-se em officiaes e extra-officiaes, artigo 2423.º Ou nós não comprehendemos a verdadeira significação da palavra *extra*, ou ha uma contradicção em considerar como extra-official o que foi feito por official publico.

O Codigo especifica no § 1.º do dito artigo o que são documentos authenticos officiaes, a saber:

Os que foram exarados ou expedidos pelas repartições do estado;

Pelas camaras municipaes;

Pelas auctoridades ecclesiasticas propostas á administração das dioceses;

Os actos judiciaes e documentos lançados nos registos de todas as repartições publicas, quer extinctas, quer existentes.

No § 2.º considera como registo publico, para a qualificação da authenticidade dos documentos, os tombos das corporações ecclesiasticas extinctas, conservados em qualquer estação publica, quando houverem sido compilados em virtude de provisões regias, na fórma por ellas determinada.

Em face d'estas disposições não sabemos a que classe pertençam os documentos exarados e expedidos pelos conselhos de districto e juntas geraes, que não foram mencionados; e se alguém, por uma interpretação latitudinaria, os quizesse considerar como comprehendidos nas expressões *repartições do estado*, deve ter em vista que as camaras municipaes entravam na mesma latitude, e n'esse caso não deveriam ser mencionadas.

São documentos authenticos extra-officiaes os instrumentos, actos, ou escripturas exaradas por officiaes publicos, ou com sua intervenção, nos casos em que por lei é exigida, e destinados á verificação de contratos, ou á conservação, ou á transmissão de direitos, dito artigo 2423.º, § 3.º

Do disposto n'este artigo, nos antecedentes e nos subsequentes, se infere que a palavra *documento* exprime o genero abrangendo todas as especies de authenticos e particulares; assim como que a palavra *instrumento*

é limitada a indicar os documentos authenticos extra-officiaes: mas será synonymo de escriptura, comprehensivo de escriptura, ou acto diverso?

Já antigamente se disputava sobre a differença de escriptura, carta e instrumento; e por costume se dava o nome de instrumento ao acto praticado por official de fé publica, em que intervinha uma parte sem accitação da outra; e escriptura o contrato outorgado pelas partes ou pelo tabellião em nome d'ellas, e escripto no livro de notas. Veja-se Correia Telles, Manual do Tabellião, § 1.º; mas o que é certo é que ás escripturas indistinctamente se dava, n'ellas mesmas, o nome de carta e de instrumento.

Era a feitura de um Codigo ensejo apropriado para estabelecer differenças, e fixar as idéas; porém vemos que continua a mesma confusão. A palavra *instrumento* por certo abrange os actos que o Codigo denomina autos, como auto ou termo de emancipação, artigo 308.º; auto de conciliação, artigo 978.º, n.º 2.º; auto de declaração, artigo 986.º, § unico; auto de approvação de testamento, artigo 1922.º; auto de abertura, artigo 1933.º; auto publico, artigos 1131.º e 1229.º, etc.; mas tambem abrange as escripturas, como claramente se deduz do artigo 1698.º: assim devemos concluir que uma escriptura é sempre um instrumento, mas que o instrumento póde não ser escriptura, e d'esta fórma a palavra instrumento abrange todos os documentos authenticos extra-officiaes.

Os documentos authenticos officiaes constituem geralmente prova plena, artigo 2425.º, os extra-officiaes fa-

zem prova plena quanto á existencia do acto a que se referem, excepto n'aquillo que possam envolver prejuizo de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto, artigo 2426.º; esta excepção não póde deixar de ser applicada aos actos judiciaes e documentos lançados nos registos das repartições publicas, que são documentos authenticos officiaes; se uma escriptura, se uma sentença só firmam direitos entre as partes, que n'ellas intervierem, o facto do registo não lhes póde augmentar a virtude.

A prova, que resulta de documentos authenticos, não abrange as declarações enunciativas, que se não refiram directamente ao objecto do acto, artigo 2427.º; mas, se tiverem relação com este, fazem prova, como bem demonstra Pothier, Tratado de Obrigações, n.º 697 e seguintes, e se deduz do dito artigo.

A falta de documentos authenticos não póde ser supprida por outra especie de prova, salvo nos casos em que a lei assim o determinar expressamente, artigo 2428.º Esta disposição mostra que os documentos authenticos officiaes, se houver perda, não admittem reforma, salvo sendo permittida em lei expressa, como succede com a reforma dos livros de registo quando se inutilisarem ou desencaminharem por incendio ou roubo, ou por outro caso, Regulamento de 28 de abril de 1870, artigo 46.º e seguintes.

Não succede o mesmo com os instrumentos que se extraviarem ou perderem, porque esses poderão ser reformados judicialmente, artigo 2429.º; como a designação de instrumentos abrange todos os documentos

authenticos extra-officiaes, todos estão sujeitos á reforma, segundo os termos estabelecidos.

Os documentos authenticos, passados em paiz estrangeiro, em conformidade da lei d'esse paiz, farão prova n'este reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos n'elle, artigo 2430.º E quando esses documentos forem passados em paiz estrangeiro, entre portuguezes, e celebrados ante os consules portuguezes, conforme as leis do reino?

O artigo 1962.º consente aos consules servir de tabelliães na celebração e approvação dos testamentos de subditos portuguezes, devendo conformar-se com a lei portugueza, menos quanto á nacionalidade das testemunhas; e a lei geral, que regula os consulados, alem de outras muitas attribuições, expressamente lhes dá a de celebrar escripturas de contratos, sendo considerados como tabelliães, Regulamento Consular de 26 de novembro de 1851; portanto fazem prova os documentos authenticos saídos de taes funcionarios sendo conformes á lei do reino. Este principio é de todas as nações, e o Codigo devia claramente consigna-lo para evitar qualquer argumento, que possa deduzir-se do seu esquecimento; sendo de notar que elle se considera subsistente na tabella annexa ao Decreto com força de Lei de 13 de abril de 1868, e na annexa ao Decreto dictatorial de 20 de abril de 1869.

Pelo que respeita á fôrma externa dos documentos extra-officiaes, diz o Codigo no artigo 686.º, que a validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa, salvo d'aquellas que são prescriptas pela



lei para prova d'elles, ou que a lei por disposição especial declara substanciaes. Era natural, quando tratasse da prova documental, especificar essas solemnidades, e lá estava a disposição do artigo 10.º para impor a nullidade aos contratos, em que ellas não fossem observadas; porém, ao contrario d'isto, no artigo 2495.º foram especificar-se as causas de nullidade dos documentos extra-officiaes; e por isso, logo que se não verifique alguma d'ellas, o contrato deve reputar-se valido. não obstante o artigo 10.º, de que o mesmo Codigo muitas vezes se esquece, decretando superflua-mente a nullidade de alguns actos. N'isto se mostra a tendencia para os bons principios.

Quaes são os contratos que devem ser provados por escriptura publica? Haverá algum principio regulador, que, salvo os excepçionaes, possa ser applicado a todos os outros, ou estabeleceria o Codigo legislação meramente casuistica? Vejamos e confrontemos.

A legislação antiga exigia a escriptura publica, como substancial em certos contratos; Correia Telles, Tratado das Acções, § 347.º, Coelho da Rocha, § 738.º Admittia que, sem ella, se podessem provar os contratos feitos entre certos parentes, Ordenação, livro 3.º, titulo 59.º, § 11.º, e por certos nobres, § 15.º, e de certa natureza, que especificava; mas, fóra d'essas excepções positivas e determinadas, sujeitava tudo a uma regra geral, estabelecida no § inicial d'essa Ordenação, marcando para os bens de raiz a taxa de 4\$000 réis, e para os moveis de 60\$000 réis, e ordenando que,

quando o contrato fosse feito por escriptura, do mesmo modo se devia provar o distrate, § 3.º

Aquellas taxas foram depois triplicadas pelo Alvará de 16 de setembro de 1814, § 2.º; quem queria saber se um contrato ou distrate requeria escriptura publica, não tinha mais, em regra, que attender ao seu valor, segundo os bens eram moveis ou de raiz. Isto constituía um systema.

O Decreto de 16 de maio de 1832, artigo 84.º e a Novissima Reforma Judiciaria, artigo 463.º, seguiram um rumo inteiramente opposto, admittindo a prova testimonhal para todos os contratos, fosse qual fosse o seu valor, exceptuando apenas os casos em que a escriptura era substancial; tinhamos aqui um outro systema, postoque diverso.

A Lei de 9 de julho de 1849, § 10.º, determinando que os contratos de compra e venda, e de troca de bens de raiz, que excederem a 50\$000 réis, celebrados depois d'essa lei, o sejam por escriptura publica, estabeleceu uma excepção meramente fiscal, deixando em tudo o mais a uniformidade do principio. Qual será porém o systema do Codigo Civil? Qual a rasão das suas variadas disposições sem principio fixo?

O Codigo umas vezes exige a necessidade de escriptura publica, outras a de escriptura ou auto publico, ou authentico, e até outras a de documentos authenticados.

Carccem, segundo elle, escriptura publica os actos seguintes:

1.º O restabelecimento de communhão de bens en-

tre o ausente, que regressa passado o praso declarado na lei, e o conjuge presente, artigo 89.º

2.º A cessão de privilegio, ou seja por titulo gratuito ou oneroso, artigo 627.º

3.º A consignação de rendimentos de immoveis para pagamento de divida ou de juros, artigo 875.º

4.º A convenção antenupcial, artigo 1097.º

5.º A conversão do dote, em dinheiro, em contrato de usura com hypotheca, artigo 1140.º

6.º A doação feita por terceiro para casamento, artigo 1175.º

7.º A sociedade universal de todos os bens presentes e futuros, artigo 1244.º

8.º A sociedade particular em que entre a propriedade de algum immovel, artigo 1250.º

9.º O deposito excedente a 100\$000 réis e a sua desoneração. Exceptua-se o feito forçadamente por occasião de alguma calamidade, que póde ser provado por qualquer meio de prova, seja qual for o seu valor, artigo 1434.º

10.º A doação de bens immobiliarios, cujo valor exceda a 50\$000 réis, artigo 1459.º

11.º O mutuo excedente a 400\$000 réis, e a sua quitação, artigo 1534.º

12.º A usura excedente a 50\$000 réis e a sua quitação, artigos 1434.º e 1643.º

13.º A venda de bens immobiliarios excedente a 50\$000 réis, artigo 1590.º § 2.º

14.º A troca ou escambo excedente a 50\$000 réis, artigo 1590.º, § 2.º e 1594.º

15.º A renda ou censo consignativo, artigo 1646.º

16.º O emprazamento, artigo 1655.º

Carecem escriptura publica ou auto publico ou authenticico:

1.º O reconhecimento para a legitimação, que pôde ser no assento do baptismo, do casamento, em testamento, ou em escriptura publica. artigo 119.º n.º 1.

2.º A perfilhação, que pôde ser feita no registo do nascimento, escriptura, testamento, ou auto publico, artigo 123.º

3.º A alienação, do direito que têm os proprietarios, ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, artigo 439.º

4.º A alienação do direito, que tem o dono do predio, onde houver fonte ou nascente, de se servir d'ella e dispor livremente, artigo 444.º § unico.

5.º A fiança e a exoneração d'ella, seguindo o contrato principal, artigo 826.º

6.º A abonação nos mesmos termos, artigo 829.º

7.º A hypotheca voluntaria, quando o valor assegurado exceder a 50\$000 réis, artigo 912.º

8.º A annullação dos effeitos da separação judicial entre casados, artigo 1229.º

9.º A divisão do praso, artigo 1662.º, § 5.º

10.º A destrinça do praso, artigo dito.

11.º A transacção extrajudicial versando sobre direito immobiliario, que pôde ser feita por escriptura ou auto de conciliação, artigo 1712.º

12.º A transacção judicial, artigo 1713.º

13.º A revogação de testamento no todo ou parte,

que póde ser feita por outro testamento, ou por escriptura, artigo 1755.º

14.º A partilha entre herdeiros, artigo 2013.º

15.º A divisão de bens immobiliarios, artigo 2184.º

Eis os casos em que o Codigo exige escriptura publica, ou auto publico ou authenticico; e, se em algum d'elles faltar essa solemnidade, o contrato póde considerar-se nullo, já pela disposição do artigo 10.º, já pela do artigo 2428.º; mas d'aquelle mesmo principio, de que são nullos os actos praticados contra a lei prohibitiva ou dispositiva, é consequencia forçosa e logica, que não podem envolver nullidade os actos celebrados sem ser em opposição a qualquer lei prohibitiva ou dispositiva.

Prenotaremos, portanto, que não vemos a coherencia com que se permite uma venda, uma troca, uma hypoteca até 50\$000 réis em bens de raiz, sem escriptura, e se não ha de permittir, até essa quantia, a consignação de rendimentos, a sociedade particular, a partilha entre herdeiros, a divisão de bens immobiliarios; mas o que é digno de maior reparo não é o que se legislou, é o que ficou fóra do Codigo, e não devia ficar.

Só por escriptura se póde provar a sociedade universal de bens presentes e futuros, artigo 1244.º, e só por ella se póde provar a sociedade particular, em que entre propriedade immovel. artigo 1250.º; mas sem escriptura se póde provar a sociedade sobre moveis, seja de contos ou millhões, comtantoque não seja universal.

A doação feita por terceiro para casamento carece de escriptura, artigo 1175.º, assim como a doação de

bens immobiliarios que exceda a 50\$000 réis, artigo 1459.º; fóra d'esses casos a doação, por mais exorbitante que seja, não carece d'essa prova.

A transacção extra-judicial não abrangendo bens immobiliarios póde ser feita sem escriptura, seja qual for a quantia, artigo 1712.º

O arrendamento aindaque seja por longissimo tempo, e por quantia avultada, não carece de escriptura.

Os contratos que carecem de escriptura publica, em regra, podem ser revogados ou alterados sem ella, porque nem o artigo 702.º nem algum outro a requer.

E que perturbação não resulta de se não consignar o principio de que o contrato feito por escriptura publica só por igual fórmula deve ser distratado? O Codigo estabeleceu a necessidade da escriptura para o distrate do mutuo, da usura e da fiança; portanto podem distratar-se sem ella o censo consignativo, a sociedade universal, a sociedade particular sobre bens de raiz, a hypotheca e em geral todos os contratos, salvo os expressamente exceptuados.

Os jurisconsultos e tabelliães serão prudentes se aconselharem ás partes a feitura de escriptura, ainda nos casos em que o Codigo a não exige, todas as vezes que os valores dos contratos, ou do distrate, não forem insignificantes; os tribunaes não podem fulminar nullidade quando não haja offensa da lei prohibitiva ou preceptiva.

Dois principios genericos removiam tanta inconsequencia. A Ordenação, livro 3.º, titulo 59.º pr. e § 3.º

tinha sido mais reflectida e melhor codificadora. Dois principios analogos devia ter o Codigo para todos os casos não exceptuados.

Dissemos acima, que a legislação antiga considerava a escriptura publica como substancial de alguns contratos, cumpre examinar o alcance da disposição, e o que a tal respeito ficou ordenado no Codigo Civil.

Nos contratos distinguem-se tres classes de cousas; a saber: essenciaes, naturaes e accidentaes: as primeiras formam a existencia do contrato, sem as quaes não pôde existir. Na venda, faltando a cousa objecto d'ella, não ha contrato.

As naturaes subentendem-se, aindaque se não especifiquem, mas pôde sem estas existir o contrato. O vendedor responde pela evicção, aindaque se não estipule, mas pôde estipular-se o contrario.

As accidentaes nem são da essencia nem da natureza de contrato, mas podem estipular-se, como é o quantitativo dos juros a pagar, etc.

Estabelecida esta doutrina, reguladora das convenções, que teria o legislador em vista quando na Ordenação, livro 4.º, titulo 19.º, pr., usou das palavras: *E isto haverá logar quando o contrato for tal que segundo direito não possa valer sem escriptura, e que a escriptura seja da substancia do contrato?* Bem se alcança que essa substancia do contrato nada tem com a sua essencia, nem com a sua natureza, e menos com o seu accidental, mas que unicamente se refere á sua fórma.

Esta mesma illação se deduz do artigo 686.º do Co-

digo, onde unicamente trata da fôrma dos contratos, e admitte formalidades substanciaes por disposição especial da lei.

Assim quando a lei diz que a escriptura é substancial do contrato, não faz mais do que referir-se á sua fôrma, isto é, consubstancia de tal maneira a fôrma com o contrato, que este não existe sem aquella. O contrato pôde ter todos os requisitos essenciaes; mas se lhe falta a formula estabelecida na lei, falta-lhe o substancial identificado com o mesmo contrato.

Essa formula substancial, n'esse caso, é a escriptura, e a escriptura não é mais que um meio de provar os respectivos contratos, Código civil, artigo 2423.º, § 3.º; quando pois sem escriptura não haja contrato, quando a convenção natural não possa produzir effeitos se não desde a data da escriptura, pôde dizer-se que esta é substancial do contrato.

Bastarão porém os principios postos para eliminar todas as duvidas? Estarão tanto a legislação antiga, como a moderna tão explicitas e claras que removam todas as difficuldades?

A Ordenação, livro 4.º, titulo 19.º, pr., dizendo que ha convenções em que a escriptura é da substancia do contrato, ministra-nos exemplos, mas nem enumera os casos taxativamente, nem estabelece principios d'onde possa deduzir-se essa enumeração. Diz-nos que, alem dos especificados, ha outros; mas quaes são elles? Os expositores, que não são mais explicitos, apontavam o arrendamento ecclesiastico por mais de dez annos, mas ahi havia a circumstancia de que o arrendamento, assim



concebido, perdia a sua natureza, e se convertia em emphyteuse, especificada na dita Ordenação.

Quando as partes, expressa ou presumidamente, convinham em que o contrato se fizesse por escriptura e de outra fórma não valesse, era ella substancial ao contrato, e a parte não podia ser obrigada a jurar; pelo contrario, quando tal se não tinha convencionado, aindaque a escriptura fosse necessaria para prova, por ser o contrato de taxa excessiva, podia a parte ser obrigada a jurar, e, pela sua confissão, obrigada a fazer escriptura, Ordenação dita, titulo 19.º, § 2.º; no primeiro caso estava o contrato dependente da ratificação convencionada; no segundo reputava-se perfeito, faltando-lhe unicamente a prova legal, que podia ser supprida.

A Lei de 6 de outubro de 1784 clara e positivamente tornou a escriptura publica substancial do contrato de sponsaes, não admittindo nenhuma outra fórma de os contrahir, salva a excepção do artigo 2.º

E como ficou no Codigo regulada esta materia?

Vemos que, para a validade dos contratos, ha formalidades para a prova, e formalidades substanciaes por *disposição especial*, artigo 686.º; mas, quando se trata da applicação d'este preceito, surgem as difficuldades. Será disposição especial a determinação de que só por escriptura se poderá provar o contrato? Quaes as consequencias a que nos póde levar um tal principio?

O artigo 875.º, tratando da consignação de rendimentos, diz: *quando este contrato recair sobre bens immoveis, só poderá ser celebrado por escriptura publica*; o preceito é generico, não estabelece alternativa

do auto publico ou authenticico; e poderá comtudo dizer-se que n'este caso a escriptura é substancial? Se o devedor for chamado ao juizo de conciliação, e ahi, de commum accordo com o credor, combinarem no pagamento por consignação, o auto de conciliação, com força de sentença, estará sujeito a ser ratificado por uma escriptura de menor valor? Se chegar, em falta de conciliação, a haver execução, e n'ella houver adjudicação de rendimentos, ou transacção judicial, em que se estipule essa consignação para pagamento, deverão ainda sujeitar-se taes actos á solemnidade de uma escriptura?

Pelo que respeita ao mutuo excedente a 400\$000 réis, diz o artigo 1534.º: *só póde ser provado por escriptura publica*. E se o devedor no juizo de paz reconhecer a divida, caso em que temos uma confissão judicial, feita n'um documento authenticico extra-official, artigo 2423.º § 5.º, com iguaes ou superiores garantias á escriptura publica? Se elle reconhecer um escripto particular, nos termos do artigo 2432.º, com a força probatoria de documento authenticico? Se a confissão judicial só póde ser revogada por erro de facto, a que for conforme á verdade deixará de ter força, porque lhe falta o apoio da escriptura, tendo comtudo o de outro documento authenticico?

A prova da quitação do mutuo deve ser feita pela mesma fórma, artigo 1534.º § unico; imaginemos que o devedor demandado pagou, e a quitação foi dada judicialmente; este acto não valerá pela mesma escriptura? Supponhamos que o credor não quer receber a divida, é citado pelo devedor para a receber, pena de ser depo-

sitada, e effectivamente o é, este termo de deposito não equivalerá ao pagamento? É impossivel que o legislador quizesse que a escriptura fosse substancial de taes contratos; e, para se lhe não fazer tal imputação, basta attender a que elle considerou como sufficiente para a desoneração *a nota escripta pelo credor em seguimento á margem ou nas costas de qualquer escriptura, ainda que não seja datada nem firmada, artigo 2438.º*

Outros casos se podem apresentar, o que julgámos superfluo.

D'esta fórma, se nos perguntarem o que é escriptura substancial do contrato, segundo o espirito do Codigo, confessámos ingenuamente que não sabemos; porém o que affirmámos é que o preceito de que um contrato só *por escriptura publica* se póde provar, não é o caracteristico de que ella seja substancial.

Podem dar-se considerações de interesse publico em determinar, positivamente, que só por escriptura publica, e não de outra fórma, sejam convencionados os esponsaes e todos os contratos antenupciaes, que perderiam a sua natureza logoque fossem posteriores ao casamento; mas estabelecer que a compra, a troca, a consignação de rendimentos, o mutuo, a usura e o distrate de alguns contratos só por escriptura publica se possam provar, excluindo todos os outros meios de prova authentica, de igual ou superior natureza, faz-nos lembrar os celebres assentos da supplicação não consentindo a equipolencia, nem a substituição de palavras na approvação dos testamentos.

Esta mesma doutrina nos parece conforme com o

artigo 2426.º, que equipara, na força, todos os documentos authenticos extra-officiaes, e com o artigo 2428.º, que não admitte o supprir-se a falta d'elles por outra especie de prova, salvo com expressa determinação da lei, o que bem mostra que os ditos documentos formam todos uma especie de prova, e que uns se podem substituir aos outros, mas não por differente especie.

Ainda temos um outro argumento: o Código, por motivos que ignorámos, revogou a Ordenação, livro 4.º, titulo 19.º § 2.º, não admittindo que nas convenções, que só devam ser provadas por escriptura publica, se possa recorrer ao juramento decisorio, como determina o artigo 2523.º; confessámos que não comprehendemos, nem a religião nem a philosophia em que assente um tal preceito; ao cidadão que, na boa fé, e ás vezes por contemplações de civilidade, por difficuldade na execução, ou mesmo por ignorancia da lei (que nem todos podem ser jurisperitos), fez convenções sem escriptura, que se acha destituido de provas, e que diz: *decida-se tudo pelo juramento da parte com quem tratei. deixo á sua honra e á sua religião a decisão do meu direito;* ha de uma lei injusta e barbara negar esse recurso? Que o juramento decisorio seja vedado quando se trata de factos criminosos ou convenções prohibidas, é justo; mas, quando se trata de contratos licitos, não comprehendemos a metaphysica ou a moralidade da inibição.

O Direito Romano, na Lei 1.ª D. *de jurejurando* sancionou este axioma: *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio;* varias nações, entre as quaes a nossa, adoptaram aquelle pre-

ceito, e a sua revogação não póde merecer as nossas sympathias.

Feitas estas considerações, diremos, que, se a lei positivamente determinou a prohibição do juramento decisorio nas convenções, que só devam ser provadas por instrumento publico, deixou livre toda a outra substituição de prova por instrumentos authenticos, e, se em auto de conciliação, ou judicialmente, se podér, sem juramento, obter a confissão da convenção, está completa a prova.

De tudo se infere que o Codigo ficou menos explicito que a legislação anterior sobre o que seja escriptura substancial do contrato, e quaes sejam aquelles, em que ella se requeira, para a sua validade.

Passemos a fallar dos documentos particulares. *São documentos particulares os escriptos ou assignados por qualquer pessoa, sem intervenção de official publico, Codigo, artigo 2431.º*

Pela legislação anterior quando o escripto particular, feito e assignado, ou assignado sómente, era reconhecido, quanto á obrigação, pela pessoa a quem era attribuido, constituia prova perfeita, Ordenação, livro 3.º, titulo 25.º § 9.º e titulo 59.º § 10.º Quando não era reconhecido pela pessoa a quem era attribuido, mas justificado por comparação de letra, ou por outro modo, apenas fazia meia prova, Ordenação, livro 3.º, titulo 52.º; se tinha testemunhas presenciaes da assignatura, a prova resultava dos ditos d'estas, Correia Telles. Digesto Portuguez, tomo 1.º, n.º 1016.º; mas, se ellas só affirmavam a veracidade da letra pelo conhecimento que d'ella tinham,

ou se a letra era reconhecida por tabellião, esse reconhecimento só fazia meia prova, n.º 1017.º e 1018.º; e, em verdade, sendo assás falliveis os reconhecimentos de tabellião, nenhum outro preceito se devia assentar.

Principios analogos estabeleceu a Novissima Reforma Judiciaria no artigo 462.º, determinando que o escripto particular, reconhecido pela parte, contra quem é offerecido, ou legalmente havido como reconhecido, tem a mesma fé que a escriptura publica.

O Codigo não deixou de prestar preito a esses principios, claramente estabeleceu que os documentos particulares, escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, que forem reconhecidos pelas partes, ou havidos judicialmente como reconhecidos, terão, entre os signatarios e seus herdeiros e representantes, a mesma força probatoria que os documentos authenticos, excepto nos casos em que a lei ordenar outra cousa, artigo 2432.º; e que, se forem só assignados ou firmados pela pessoa em cujo nome são feitos, farão prova unicamente contra o signatario, sendo por elle reconhecidos, ou por seus herdeiros e representantes; mas, achando-se tambem assignados por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, farão principio de prova, que poderá ser completado pelo depoimento d'ellas em juizo, artigo 2433.º

O Codigo fez uma differença entre documentos authenticos e authenticatedos; varias vezes menciona estes, como nos artigos 990.º, 992.º, 1149.º n.º 3.º, 1196.º e 1469.º, mas não nos deu a sua definição; todavia parece-nos que não podem deixar de ser considerados

como taes os que, não sendo authenticos, têm a mesma força probatoria pelo artigo 2432.º; e bem assim aquelles que tiverem um reconhecimento authentico, na fórma do artigo 2436.º § unico.

Estes principios, que se podiam tornar bem claros, cada vez se tornam mais confusos pela variedade com que são formuladas algumas disposições do Codigo, respectivas ao modo de provar certos actos ou contratos; exemplifiquemos:

O artigo 912.º para prova da hypotheca, que não exceda a 50\$000 réis, exige escripto particular, escripto e assignado pela pessoa que a constituir, ou, se essa não souber ou não poder assignar, por outra a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas, que escrevam os seus nomes, sendo, em todo o caso, as assignaturas reconhecidas por tabellião. Aqui não exige que os nomes das testemunhas sejam declaradas no documento, nem que o reconhecimento seja authentico.

O registo provisorio é feito por declaração escripta e assignada pelo possuidor do predio a que respeita, sendo a letra e assignatura reconhecida pelo tabellião; e, quando não souber ou não poder escrever, será a declaração escripta por terceira pessoa, a rogo do declarante, e pela mesma assignada e por duas testemunhas, na presença do mesmo declarante e de um tabellião, que assim o certifique, e que reconheça as assignaturas no proprio documento, Codigo. artigo 969.º Na primeira hypothese a garantia consiste no simples reconhecimento do tabellião, sem ser o reconhecimento authentico; na segunda exige-se, não só o reconheci-

mento authenticico, mas a declaração do tabellião, em que certifique que o acto foi feito na sua presença.

O artigo 981.º permite que os conservadores possam recusar o registo definitivo a escriptos particulares, a que faltar o reconhecimento das assignaturas, quando as achem duvidosas, não exige o reconhecimento authenticico, nem alguma outra formalidade.

O artigo 1590.º, quando a venda não excede a réis 50\$000, apenas exige escripto particular com assignatura do vendedor, ou de outrem a seu rogo, não sabendo este escrever, e de mais duas testemunhas, que escrevam os seus nomes por inteiro. Nem providencia para o caso do vendedor não poder escrever, nem exige reconhecimento authenticico ou não authenticico.

Os fóros de mais de cinco annos devem ser provados por obrigação assignada pelo foreiro com duas testemunhas, ou toda escripta de seu punho, ou reconhecida em acto publico, artigo 1684.º: portanto basta a assignatura com duas testemunhas, sem reconhecimento algum, e basta a obrigação escripta e assignada sem testemunhas, nem reconhecimento.

Os documentos particulares, assignados a rogo, ou de cruz, são regulados pelo artigo 2433.º, como preceita o artigo 2434.º, disposição que nos parece justa, bem como a do artigo 2435.º, obrigando aquelle, a quem for opposto em juizo qualquer escripto, a declarar se o escripto ou a assignatura effectivamente lhe pertence. Esta disposição não priva que o individuo possa reconhecer a assignatura, e negar a obrigação, incumbindo-lhe, n'esse caso, a prova da negação.



Os documentos *particulares considerar-se-hão, com relação a terceiros, datados do dia em que tiver acontecido algum dos seguintes factos:*

1.º *Reconhecimento authenticico do escripto;*

2.º *A morte de algum dos signatarios;*

3.º *A apresentação do documento em juizo ou em alguma repartição publica;*

§ unico. *Reconhecimento authenticico é o que foi feito por tabellião na presença das partes e de duas testemunhas.*

Eis a disposição do Codigo Civil, artigo 2436.º, disposição nova em direito civil; mas antiga, com alguma alteração, no Codigo Commercial, artigo 947.º, e nos Codigos de varias nações.

Dissemos *com alguma alteração*, porque esses Codigos não mencionam o reconhecimento authenticico do escripto. O illustre auctor do Codigo bem sabia que a exactidão das datas, objecto de tanta importancia, não podia estar á mercê de um simples reconhecimento, por tabellião, em fórmula ordinaria, e que era necessario estabelecer outras garantias; e por isso prescreveu aquelle reconhecimento authenticico, acompanhado de uma solemnidade, qual a que se encontra no artigo 2809.º do Projecto, no § 2.º, que dizia assim: *Este reconhecimento deverá ser averbado pelo tabellião no livro competente com a declaração do nome das partes, objecto do escripto, e data do reconhecimento.* A commissão supprimiu este paragrapho, e não consta da acta qual fosse o motivo.

D'esta fórmula o que antes só dependia da facilidade

de alguns tabelliães (por fortuna não muito numerosos) ficou também dependendo de duas testemunhas, que a experiencia do fôro mostra que nunca faltam para a verdade e para a mentira. Esta circumstancia, que seria de pequenas consequencias quando o Codigo tivesse estabelecido uma taxa ao quantitativo dos contratos, para que, quando se excedesse, só por escriptura publica se podessem provar, toma gigantescas proporções na falta d'essa medida, como acima demonstrámos.

A providencia do averbamento do reconhecimento, como propunha o douto apostillador, obstava á fraude das antidas, e era a maior segurança da verdade de taes actos.

# APPENDICE I

---

## EXCERPTOS

DAS

### OBSERVAÇÕES SOBRE A PRIMEIRA PARTE DO PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

DO EX.º SR.

**ANTONIO LUIZ DE SEABRA**

POR

**ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO**

---

**1857**

#### ARTIGO 41.º

A lei prohibitiva ou imperativa importará pena de nullidade, aindaque esta pena não seja n'ella expressa, excepto se outra cousa for declarada.

Alvará de 45 de setembro de 4696; L. 5.ª Cod. de Legib.

A lei póde ser imperativa, prohibitiva, permissiva, ou punitiva, L. 7.ª, ff. de leg. Não se trata aqui da punitiva, que pertence privativamente ao direito criminal, nem da permissiva, que por sua natureza não póde importar nullidade; mas unicamente da prohibitiva e da imperativa. Quando a lei expressamente irroga a nullidade á sua infracção, não póde restar a menor questão, ou ella prohiba, ou ella preceite: em falta d'essa declaração, torna-se bem difficil a solução.

Pelo que respeita á prohibitiva, não nos é desconhecido o principio estabelecido na L. 5.<sup>a</sup> Cod. de leg.: *Ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerunt facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod factum est*; mas tambem não ignorâmos o outro contrario, seguido pelos nossos escriptores, que se acha no cap. 16.<sup>o</sup> Ex. de regular. *Multa fieri prohibentur, quæ si facta fuerint, obtinent firmitatem.*

Mr. Toullier, Droit Civil, estabelece que de facto existe e têm existido sempre em todas as legislações leis prohibitivas, que deixam subsistir os actos feitos contra a sua prohibição; podendo d'ahi concluir-se que a simples prohibição, mesmo absoluta, não pôde por si, sem clausula irritante, annullar os actos contrarios.

Para melhor avaliarmos a questão, desceremos á exemplificação. O Codigo de França, artigo 228.<sup>o</sup>, prohibe ás viúvas contrahir segundas nupcias antes de passarem dez mezes, a contar da morte do marido; supponhamos que esta lei prohibitiva é transgredida, e o casamento se effectua; será porventura nullo?

E sem saírmos fóra das disposições d'este Projecto, n'elle acharemos exemplos adaptados ao nosso proposito. O artigo 123.<sup>o</sup> determina, que quando o reconhecimento do filho natural for feito pelo pae ou mãe em separado, não poderão revelar no acto de perfilhação o nome da pessoa de que houveram o filho reconhecido; imaginemos que esta prohibição é transgredida; será isso motivo bastante para a nullidade do perfilhamento?

O Código de Hespanha, artigo 126.º, impõe a pena de 25 até 100 duros ao parochou ou escrivão que auctorisarem documento em que se contravenha aquella disposição de revelar a pessoa de quem se houve o filho; mas não preceita a nullidade, que n'este caso seria repellida pela rasão e pelo bom senso.

O artigo 238.º do Projecto determina que não possam ser vogaes do conselho de familia os que tiverem algum dos defeitos ahi mencionados; entre outros, são prohibidos de ser nomeados os *removidos de outra tutela por falta de cumprimento de suas obrigações*: imaginemos porém que um individuo, n'essas circumstancias, é nomeado membro de um conselho de familia, e que n'essa qualidade funciona; serão nullas todas as deliberações d'esse conselho? Serão nullos consequentemente todos os actos praticados pelo tutor em virtude de taes deliberações? Serão nullos os contratos effectuados, que elles auctorisaram? Reflecta-se maduramente em todas as consequencias do principio.

Se o ponderado milita a respeito das leis prohibitivas, procede com mais força e rasão a respeito das preceptivas. No artigo 60.º se ordena que o curador nomeado aos bens do ausente, os recba por inventario, e preste fiança ou caução; e se contra o disposto não prestar segurança alguma, será nulla a curadoria? Serão invalidos os actos em resultado d'ella praticados?

No artigo 297.º se ordena que o protutor seja nomeado na mesma sessão em que o conselho de familia nomear ou confirmar o tutor; no artigo 209.º prescreve-se que o conselho seja formado de cinco parentes

*mais proximos* do menor: supponhamos que se nomearam alguns mais remotos, e que estes funcionaram, e que na primeira sessão se não nomeou o protutor; não se póde duvidar de que n'estas hypotheses são violadas leis preceptivas; e deverá applicar-se a nullidade á constituição do conselho, e a tudo quanto elle deliberou, e a tudo quanto se fez em harmonia com essas deliberações?

A legislação, diz o citado Toullier, não tem sido ainda levada em povo algum a um grau de perfeição sufficiente para que se possa estabelecer, como principio, que são nullos todos os actos onde os preceitos da lei não têm sido observados: elle se pronuncia pela maxima energicamente recommendada por M. d'Aguesseau: *qu'il ne faut point arbitrairement multiplier les nullités; qu'elles sont de droit étroit; que le juge ne peut ni les créer ni les suppléer; ni les étendre d'un cas à un autre, et qu'il faut s'arrêter sur ce point aux dispositions écrites dans la loi*; e depois estabelece as regras seguintes:

1.<sup>a</sup> Que se não deve irrogar nullidade aos actos, em que alguma disposição da lei não tem sido observada, excepto se esta pena tiver sido expressa ou equivalentemente pronunciada pela mesma lei.

2.<sup>a</sup> (Constituindo excepção á antecedente). Que todo o acto que não contém as formalidades indispensaveis para preencher o fim de sua instituição, o fim que a lei se propoz, é imperfeito e nullo, e deve ser considerado como se não existisse. Que essas formalidades são as intrinsecas ou substanciaes necessarias á existencia ou á perfeição do acto, sem as quaes se não póde preencher o fim da lei.

3.<sup>a</sup> Que o silencio do legislador sobre o effeito que deve produzir a omissão de uma formalidade, ou a inobservancia de uma disposição, annuncia que elle tem querido repousar sobre a prudencia do juiz.

Indicando por fins o modo de regular o arbitrio do juiz, termina dizendo: *Enfin, dans le doute, le juge doit s'abstenir de prononcer la nullité: l'acte doit subsister, sauf à celui qui a fait la faute à reparer le dommage, s'il en a cause.*

Em presença das considerações feitas, receiámos grandes complicações se passar a disposição do artigo.

#### ARTIGO 417.º

Os filhos illegitimos ou nascidos de paes não casados podem ser legitimados por subseqüente matrimonio.

Exceptuam-se:

- 1.º Os filhos adulterinos;
- 2.º Os filhos incestuosos;
- 3.º Os filhos sacrilegos.

§ 1.º Filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu conjunto.

§ 2.º Entendem-se por incestuosos para o effeito sobredito:

1.º Os filhos de parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grau de linha recta;

2.º Os filhos de parentes por consanguinidade até ao terceiro grau inclusivè da linha collateral;

§ 3.º Dizem-se sacrilegos os filhos de pessoas que em rasão do seu estado religioso são inhibidos de contrahir matrimonio. ;

Ordenação, livro 2.º, titulo 35.º, § 12.º; livro 4.º, titulos 92.º e 93.º

Codigo de França, artigo 331.º, de Hespanha, artigo 118.º; de Sardenha, artigos 171.º e 173.º

Adopta-se n'este artigo o principio de que os filhos illegitimos podem ser legitimados por subseqüente matrimonio, exceptuando os espurios, quaes são os adul-

terinos, os incestuosos e os sacrilegos; e definem-se estas diferentes especies. A doutrina é deduzida do Direito Romano, d'onde, sem criterio, passou para varias nações. Antes do imperador Constantino Magno não havia legitimidade de filhos fóra do matrimonio. Elle e os imperadores Zenão, Anastacio, Justino e Justiniano, deram varias providencias sobre a legitimação dos filhos naturaes *per subsequens matrimonium*, tomando por fundamento o quanto convinha destruir o estado de concubinato, e attrahir os concubinarios a contrahirem justas nupcias (Boehmero, Jus. Eccles., livro 4.º, titulo 17.º, § 7.º). Este motivo, que não póde ser desprezado, nem pelo christão nem pelo homem de estado, se comprehendia sómente os filhos naturaes, e não os de coito damnado, era porque o casamento entre os paes d'estes não era permittido, e se vinha a effectuar-se tornava-se nullo, *Quod matrimonium tale, licet de facto contractum, esset nullum, et sic nullos pròducere potuerit effectus*; porém depois que o Direito Canonico estabeleceu doutrina differente, e alguns impedimentos passaram a ser dispensados, aquella mesma rasão procede a respeito dos filhos espurios, a cujos paes se concede contrahirem matrimonio. Conformando-nos pois com a regra de que o casamento legitima a prole antes havida, rejeitámos as excepções inadmissiveis.

A primeira excepção respeita aos filhos adulterinos. No capitulo 6.º, *Tanta est vis matrimonii*, Extr. *Qui filii sint legitimi*, se estabelece o principio generico de que é tal e tão poderosa a virtude do casamento, que legitima a prole antes nascida. Faz porém uma limita-



---

ção a respeito do filho havido de homem casado e mãe solteira, ao qual nega a legitimação e a successão dos bens *praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus*; é esta a unica rasão que lá se encontra, a qual, assim como qualquer outra, poderia basear a inibição do matrimonio seguinte, mas nunca a suspensão dos seus effeitos. Punir o criminoso é justo, porém levantar-lhe o interdicto, have-lo por purificado aos olhos da religião e do mundo, e fazer recaír a pena em quem não tem culpa, é disposição que por certo nem se acha na esphera da rasão, nem no espirito do christianismo.

No mesmo titulo das Decretaes se encontra pouco depois o capitulo *Ex tenore*, em que se determina que o filho havido do casamento celebrado com um homem, que tenha viva a primeira mulher, se deve considerar como legitimo, porque ella ignorava o facto d'esse primeiro consorcio.

Este principio leva logicamente a concluir que, assim como n'este caso a ignorancia da mulher dá os direitos de legitimo ao filho de um casamento nullo, com a mesma ou ainda maior rasão, a ignorancia da mulher solteira que houve filhos de homem casado deve dar a estes os direitos de legitimados por virtude de um casamento válido.

Este argumento tem sido combatido da maneira seguinte: «Não ha comparação nenhuma entre estes dois casos. No do capitulo *Ex tenore* a mulher está ligada a um homem que considera ser seu esposo, ignorando que elle tinha contrahido um anterior matrimonio. No outro

a mulher tem com um homem commercio carnal que ella sabe ser criminoso, aindaque ignore ser adulterino. No primeiro é inteiramente innocente, e a lei lhe leva em conta a intenção; no segundo não é innocente, porque, supposto ignore que commette um adulterio, não ignora que o simples commercio carnal é defendido pela Lei de Deus. • Pothier, Tr. du Contr. de Mariage, parte 5.<sup>a</sup>, capitulo 2.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup> Taes rasões são tão futeis e inconcludentes, que não abonam a dialectica de quem as produz.

Se a simples copula, que se diz contraria á Lei de Deus, e que, não sendo criminosa pelo Direito Romano, o passou ser pelo Canonico, é bastante para tornar criminosa a mãe e impedir, no caso dado, a legitimação do filho, é indispensavel tirar do principio todas as suas justas consequencias, e vedar a legitimação a todo o filho natural, porque é fructo de uma união illicita. E se em um caso a ignorancia do adulterio é bastante para constituir a legitimidade do filho, no outro a mesma causa deve produzir o mesmo effeito.

Demais, a legitimidade dos filhos é avaliada com relação a ambos os paes, e a ignorancia de um d'elles não póde transtornar a verdade dos factos. No caso do capitulo *Ex tenore*, o pae não era innocente, porque sabia do seu primeiro consorcio, e a ignorancia da mulher não podia destruir no filho a natureza de adulterino. E qual será o raciocinador que de boa fé possa sustentar em presença das normas do justo, que o filho do adulterio não possa ser legitimado pelo subsequente casamento valido, e que o filho do adulterio e da bigamia

possa ser considerado legitimo em virtude de um casamento nullo?

Acresce ainda uma outra consideração. O compilador das Decretaes muitas vezes mutilou e truncou os textos, deixando confuso e escuro o sentido que antes era claro. Exactamente succedeu isto com o capitulo 6.<sup>o</sup> *Tanta est vis matrimonii*, extractado da constituição de Alexandre III, cuja integra se acha no appendice do terceiro Concilio Lateranense, parte 39.<sup>a</sup>, celebrado no anno de 1179, de cuja confrontação resulta que, não só se alteraram palavras, mas omittiram-se phrases essenciaes, entre ellas a seguinte: *Quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt*. O Direito Canonico decretou a prohibição e a nullidade do matrimonio entre os adulteros em dois casos: o primeiro quando tivesse havido promessa de casamento; o segundo quando se houvesse conspirado contra a vida do conjuge fallecido. Capitulos 3.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup>, Ex. *De eo qui duxit in matrimonium*; n'estas hypotheses, se o casamento se vinha a verificar era nullo, e como nullo não produzia a legitimação da prole; eis-aqui o verdadeiro sentido do capitulo *Tanta est vis matrimonii*, como belamente demonstra Boehmero, Jus. Eccl., livro 4.<sup>o</sup>, titulo 17.<sup>o</sup>, estabelecendo no § 16.<sup>o</sup> a seguinte asserção: *Qui ante matrimonium hodie nascuntur, vel ex stupro, vel concubinato damnato, vel ex alio turpi coitu eduntur, et tamen per matrimonium subsequens secundum hoc decretum papale legitimantur*.

E ha de a lei da sociedade, que tem interesse em estreitar os vinculos de familia, e em augmentar o es-

tado da legituidade, ser n'esta parte mais dura, mais inexoravel que a lei canonica? Poderá alguém persuadir-se que a Igreja tenha em menoscabo os preceitos da religião, e os principios da mais severa moralidade?

Finalmente, se pelas leis divinas e humanas o adulterio é um crime; se as penas que se lhe impõem não são punição bastante; se entre estas deve figurar a inhição do futuro consorcio; decrete-se tudo isso: mas punir nos filhos as culpas dos paes é doutrina que desadorámos; é doutrina que não admittie explicação. *Comment expliquer (diz Émile Girardin) que ce soit l'enfant qui porte la peine de la faute qu'il n'a pas commise, de la faute qui a été commise avant même qu'il fût né, qu'il fût engendré, qu'il fût conçu?*

A segunda excepção trata dos incestuosos. Os impedimentos matrimoniaes, deduzidos do grau de parentesco, foram primeiramente estabelecidos pelo poder temporal. As leis de todas as nações sempre prohibiram o casamento entre ascendentes e descendentes; quanto aos collateraes, as leis romanas o vedavam entre irmãos, tios e sobrinhos, considerando-os como incestuosos; mas entre estes ultimos o permittiu uma lei do imperador Claudio, dictada pelo interesse particular de desposar sua sobrinha Agrippina, por quem nutria ardente paixão. Entre primos germanos foi sempre permittido até á prohibição decretada por Theodosio o Grande. As mais variações, que esta legislação soffreu, podem-se ver em Pothier, Tr. du Contr. de Mariage. part. 3.<sup>a</sup> chap. 3.<sup>o</sup>: para o nosso proposito basta-nos. quanto á parte historica, aquella noticia, acrescentando que nos

primeiros seculos não havia leis da Igreja sobre o objecto, e que ella se conformava com as do imperio.

Não tardou muito que aquella inibição, que apenas comprehendia irmãos, tios e sobrinhos, e primos germanos, se fizesse extensiva a outros muitos graus, havendo Concilios que a decretaram entre parentes sem limites alguns, fundando-se no preceito do Levitico, Capitulo 18.º, verso 6.º: *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet ut revelet turpitudinem ejus*. Os inconvenientes d'aqui resultantes aconselharam restringir essas prohibições illimitadas, que assim mesmo ficaram assás extensas, e summamente gravosas para os povos, depois que Roma se arrogou o exclusivo da maior parte das dispensas dos impedimentos matrimoniaes.

Se os impedimentos, segundo as leis da Igreja, são dirimentes, não se dispensam; pelo contrario, se são impedientes, ou, como outros lhes chamam, prohibitivos. E de quaes d'estes se falla no n.º 2.º do artigo? No § 2.º se explica isso, mencionando os parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grau de linha recta, e os collateraes por consanguinidade até ao terceiro grau inclusivè da linha collateral; não designa (o que talvez reserve para outro logar) se a computação dos graus ha de ser feita segundo o direito canonico, ou segundo o civil: suppondo que seja segundo este, porque é de certo muito mais racional, assim mesmo vem a excepção a comprehender, não só todos os parentes, entre os quaes se dá impedimento dirimente, como alguns em que se dá o meramente prohibitivo,

mas dispensavel: na primeira parte a excepção é ociosa e redundante; na segunda parece menos justa.

Pela disposição do mesmo § 2.º se alcança que a excepção não comprehende, nem os primos germanos, que estão em quarto grau de consanguinidade, nem os cunhados que estão em segundo grau de affinidade; e qual será a razão por que os filhos d'estes se hão de poder legitimar por subsequente matrimonio, e não os filhos de tios e sobrinhos? Se é porque o impedimento lhes é dispensado, estes tambem não podem casar sem dispensa; e o matrimonio de uns de certo não é menos nem deve ser menos efficaç, que o casamento dos outros.

No citado Capitulo 6.º, Titulo 17.º das Decretaes se diz: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* A este preceito generico não estabelece outra excepção que a do filho adulterino, de que já tratámos; por consequencia, segundo o direito canonico, os filhos incestuosos são legitimados *per subsequens matrimonium*; e a sociedade não deve estabelecer uma excepção, que, não se achando nas leis da Igreja, é opposta aos interesses publicos.

A terceira excepção respeita aos sacrilegos. O impedimento derivado dos solemnes votos de religião, nos primeiros tempos da Igreja, não foi considerado como dirimente. No quinto seculo o papa Innocencio I reputava como válido o casamento contratado com as virgens consagradas a Deus. Havendo quem sustentasse que essas virgens contrahiam um consorcio espirital com Christo, e por consequencia, que os casamentos

d'ellas eram adulterinos, Santo Agostinho se pronunciou contra essa doutrina, sustentando a validade de taes casamentos. O concilio de Calcedonia em 451 declarou, que não era permittido ás pessoas consagradas a Deus por voto religioso contrahir casamento; mas apenas lhes comminou a pena de excommunhão, e não decretou a nullidade; sendo portanto um impedimento prohibitivo, mas não dirimente. Alguns pensam que no sexto seculo, no tempo de S. Gregorio, é que os votos religiosos possaram a ser impedimento dirimente; mas esta asserção é contestada com bons fundamentos; e o que sabemos é que essa doutrina só passou a ser regra geral da disciplina da Igreja por deliberação do segundo concilio de Latrão tido em 1139.

Do ponderado se conclue que a Igreja nem sempre considerou prohibido o casamento dos que haviam feito votos religiosos; porém é certo que ella, desde que decretou essa prohibição, sempre entendeu que para os votos constituirem o impedimento dirimente era necessario que fossem validamente contrahidos, como diz o citado Pothier: *Pour que les vœux solennels de religion soient un empêchement deriment de mariage, il faut qu'ils aient été valablement faits.* Sendo nullos não podem constituir impedimento pelo principio: *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Quanto temos dito respeito ás pessoas ligadas por votos religiosos, tem applicação ás que estão sujeitas á lei do celibato, que igualmente nos primeiros seculos não foi impedimento dirimente. Veja-se o citado Pothier, artigo 6.º

Assim, se o illustre auctor do Projecto tivesse adoptado tambem a legitimação *per rescriptum principis*, poderia ser coherente, quanto a essa, a excepção dos filhos sacrilegos; mas, não consentindo legitimação senão *per subsequens matrimonium*, não será facil comprehender o pensamento d'esta excepção.

Estabelecem-se as excepções para que os casos, de que ellas tratam, não fiquem comprehendidos na regra geral: se esta os não comprehende, a excepção nada significa; é uma inutilidade, um pleonasmio. Entre os paes adulteros póde, pela morte dos conjuntos, vir a celebrar-se o subsequente matrimonio; o mesmo se póde asseverar a respeito dos paes incestuosos, quando o parentesco é em grau dispensavel; e assim, quando se quizesse que o casamento não legitimasse os filhos adulterinos ou incestuosos, eram logicas as excepções respectivas. Entre os paes sacrilegos, sendo o casamento inteiramente vedado, a excepção estabelecida não tem razão que a fundamente. Correia Telles, Digesto Portuguez, tomo 2.º, artigo 464.º, tratando d'esta legitimação, exceptiou os adulterinos e os incestuosos; mas mui judiciosamente deixou de fallar nos sacrilegos, pois viu a impossibilidade de serem comprehendidos na regra.

Todas as vezes que as ordens ou os votos religiosos são annullados, e portanto declarados como se nunca existissem, os paes, denominados sacrilegos, são habeis para contrahir matrimonio, mesmo sem carecerem da menor dispensa; e n'esta hypothese nem haverá razão para denominar sacrilegos os filhos, porque seria dar



—  
efeitos validos a um acto nullo; nem para os inhibir da legitimação *per subsequens matrimonium*. De tudo se infere que esta excepção deve ser eliminada.

Se hoje tratássemos, *de jure constituto*, poderia, em face das palavras da Ordenação, livro 2.º titulo 35.º, § 12.º, *Comtanto que este filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*; sustentar-se, ao menos em parte, a disposição do artigo; assim mesmo não era o caso tão liquido, que não fosse essa doutrina contestada por muitos dos nossos mais abalisados jurisconsultos, quaes Almeida e Sousa, Collecção de Dissertações avulsas, Dissertação 1.ª; Borges Carneiro, Direito Civil, tomo 2.º, pagina 321; Coelho da Rocha, Instituições do Direito Civil, § 280.º, nota, digno de ser visto; marchando na frente, o principe de todos elles, Mello Freire, que nas suas Inst. Jur. Civ., livro 2.º, titulo 5.º, § 14.º, nota, assim se expressa: *Ego vero cum hæc ordinatio clara non sit, nec rem delucide, ut par est, decidat, existimo filios ante matrimonium susceptos etiam spurios, adulterinos, vel incestuosos; cessante impedimento, et vero tandem ac legitimo matrimonio subsequuto, virtute, et potestate legis legitimari*. Todavia aqui não se trata de examinar qual é a verdadeira intelligencia d'aquella Ordenação; não se cura de saber qual seja o direito constituido; trata-se de organizar um novo Código, cujas prescripções devem ser modeladas conforme os principios de eterna justiça, gravados no coração do homem pelo dedo do Omnipotente, e conforme as maximas do interesse social, que estiverem em harmonia

com aquelles principios, porque só no justo é que está a verdadeira utilidade.

Sobre essas solidas bases firmando os nossos raciocinios, confessâmos que não podemos comprehender qual a razão por que se permitta aos paes adulteros, mortos os conjuntos, vir a contrahir matrimonio, e serem os filhos excluidos da legitimação; não podemos penetrar qual o motivo por que se dispense, em muitos casos, o impedimento da consanguinidade ou affinidade para os parentes se poderem casar, e esse facto não opere a legitimação da prole antes havida; não podemos conceber qual o fundamento por que os paes, denominados sacrilegos, se chegam a annullar as ordens ou os votos, ou a obter dispensa pontificia (unicos casos em que se póde verificar o subsequente matrimonio) fiquem livres para vincular-se com o sagrado laço do consorcio, e os filhos não possam alcançar a legitimação, tirando as consequencias logicas da nullidade julgada.

Esses paes, unidos por concubinato peccaminoso, ou mancebia escandalosa, quando lhes occorre passar, por meio do casamento, para uma vida mais regular, são desviados pela idéa dos encargos, que esse estado traz comsigo, e até mesmo pela idéa do valioso custo da dispensa, que não é um emolumento de expediente, mas um rigoroso e injusto imposto, em proporção com os haveres de cada um; esses obstaculos, ordinariamente, só são vencidos pelo desejo de additar a prole, dar-lhe uma familia, e lavar-lhe a macula da illegitimidade. Subsistindo a doutrina do artigo, esse estimulo desap-

parece; prosegue a vida desregrada, dando exemplo perverso dos costumes, com o que soffre a religião, a moral, e a sociedade.

Os filhos espurios, pelo Projecto, não só não podem ser legitimados, mas nem perfilhados (artigo 134.º); só têm direito a alimentos; em tudo o mais são considerados como inteiramente estranhos a seus paes e á familia (artigo 135.º). Se em virtude d'estas circumstancias os paes os abandonarem, e não houver as provas legaes para exigir os alimentos, a nação é que ha de carregar com o peso d'esses infelizes, que não têm familia; o que sobra a demonstrar que o interesse publico se pronuncia pela sua legitimação.

Se os paes d'esses filhos, a quem a lei negue a legitimação, não tiverem nenhuns outros descendentes, nem mesmo ascendentes, ficam com a faculdade ampla de dispor de seus bens a seu alvedrio; d'esta fórma a lei, por uma cega antipathia, não só vae inflingir pena a quem não delinuiu, pena da natureza d'aquellas que Bentham caracteriza como deslocadas e aberrantes; mas, o que é opposto á moral, vae dar aos delinquentes mais direitos do que elles teriam, preceitando-se a legitimação dos espurios por seguinte matrimonio.

Qual será pois a base solida de disposições que a igreja não adopta, a razão engeita, a philosophia repelle, e a moral condemna? Será o odio aos factos peccaminosos, que deram a existencia aos filhos? Onde estão os criminalistas, que desconhecem hoje o principio consignado na Carta, de que nenhuma pena deve passar da pessoa do delinquente? Onde estão os mora-

listas, que punem no filho innocente a culpa dos paes criminosos?

Em tal caso o peccado dos paes vem a ser mais fecundo em funestas consequencias para os filhos, do que o peccado original: este, sendo transmissivel, extingue-se pela ablução baptismal: aquelle, quanto aos paes, mundifica-se com a virtude do sacramento matrimonial; mas, quanto aos filhos, deixa pesar n'elles por toda a vida a injusta macula da illegitimidade espuria. Similhantes doutrinas, filhas da errada imitação das leis romanas, são insustentaveis.

Se estas considerações persuadem que se deve attender á sorte d'esses filhos, innocentes no crime dos paes, quando estes vão ser considerados aos olhos da religião e da sociedade como legitimamente casados, sem a menor mancha ou infamia, recresce a rasão attendendo-se a que, pelo systema do Projecto, fica extincta a legitimação *per rescriptum principis*, pela qual (não sendo lei do estado o Decreto da usurpação de 29 de julho de 1830), os filhos espurios podiam ser habilitados para succeder *ab intestato*, e até para haver prazos. Ordenação, livro 4.º, titulo 36.º, § 4.º; Regimento do Desembargo do Paço, artigo 118.º; Digesto Portuguez, tomo 2.º, artigo 477.º e seguintes; embora taes disposições estivessem suspensas em virtude da extincção d'aquelle tribunal.

Concluimos pois fazendo votos para que no novo Codigo se consigne o principio absoluto de que o subsequente matrimonio legitima todos os filhos antes havidos, ou sejam naturaes ou espurios.

## ARTIGO 280.º

A emancipação habilita o menor para reger seus bens e pessoa como se fosse maior.

Em presença d'esta determinação, e não havendo outra que o vede, o menor emancipado fica completamente habilitado para exercer todos os actos em que se requer a capacidade civil. A Ordenação, livro 3.º, titulo 42.º, § 2.º determina que o menor havido por maior não poderá *vender, alhear, obrigar ou empenhar bens de raiz*. O Decreto de 18 de maio de 1832, artigos 65.º e 66.º, ordena que o menor emancipado antes de completar vinte e cinco annos não possa vender, alienar, dar, trocar bens de raiz, nem arrenda-los por mais de tres annos; nem passar recibo geral ao tutor por sua administração, sem auctorisação dos paes ou conselho de familia: igual disposição contém a Novissima Reforma Judicial, artigos 458.º e 459.º Em harmonia com esta legislação patria estão o Codigo de França, artigo 483.º e seguintes; o de Sardenha, artigo 361.º e seguintes; o de Hespanha, artigo 275.º, e outros. Estas providencias são justissimas, e nós não podemos deixar de as preferir á innovação, da qual devem emanar funestos resultados.

## ARTIGO 361.º

O condemnado em juizo controverso a pena de morte perde todos os seus direitos civis desde o dia em que a sentença tiver passado em julgado, e seus herdeiros tomarão conta de seus bens como se fôra fallecido.

Codigo Penal Portuguez, artigos 52.º e 53.º, Codigo de França, artigos 23.º e 25.º, de Baviera, artigo 7.º

Eis-aqui restabelecida a morte civil com todo o pres-  
tito de suas injustas consequencias! Mal podemos acre-

ditar que no meio do seculo XIX, em que tanto se ha dilatado a esphera da civilisação, se queira em um novo Codigo introduzir esse barbarico preceito da morte civil, a que um sabio moderno (Lepelletier de la Sarthe) chama *verdadeira inhumação do homem vivo!*

A morte civil ou a privação de todos os direitos civis, identifica em incomprehensivel consubstanciação a qualidade de livre com a de escravo; opera a coexistencia da vida com a morte; e faz com que o homem desça vivo ao tumulo, segundo a eloquente expressão de M. J. Cauvet, cujas palavras não podemos deixar de transcrever: *Le coupable* (diz elle), *quelque odieux que soit son crime, ne cesse pas d'être un homme. Comment, dès lors, tant qu'il conserve l'existence physique, faire passer sur sa tête une mort artificielle?... Aujourd'hui, surtout, doit sembler plus immorale et plus choquante encore une institution née de l'esclavage et du mépris de l'homme... Liberté, propriété, famille, tout est fini pour le condamné: il descend en quelque sorte vivant dans le tombeau!...*

Todo o odioso da Ordenação, livro 4.º, titulo 81.º, § 6.º, que considerava o condemnado á morte natural como *servo da pena*, privado de todos os actos civis, acha-se consignado n'este artigo, e ainda com maior crueza, porque não lhe permite dispor da terça a favor da alma; não lhe consente essa derradeira consolação do christão, que, vendo proximo o acabamento da existencia, fita os olhos nas misericordias do Omnipotente, e quer com piedosas expiações obter o perdão divino, se criminoso, para seus delictos; se meramente

peccador, para as faltas que só respeitam ao fóro interno.

Emquanto a inviolabilidade da vida não for um dogma social; emquanto um bem combinado systema penitenciario não substituir por outra, que não contrarie os fins, nem insulte a humanidade, a pena de morte; nós teremos de ver rolar decepada pelo cutelo do algoz a cabeça do cidadão; e ha de a lei ser tão iniqua que ao passo que o condemna á morte natural, o condemne também á morte civil? Não basta arrancar-lhe a existencia, que lhe não deu, quererá também preliminarmente escravisa-lo? Não se contenta com decretar-lhe uma morte, ordena que soffra duas? Se a lei não se satisfaz em condemnar o cidadão á morte natural; se ha visos de justiça em priva-lo, antes d'isso, de todos os direitos de liberdade, de cidade e de familia, reduzindo-o a verdadeiro servo da pena, cumpre que tire de taes premissas todas as logicas consequencias, proclamando que a sociedade tem o direito de o vender como escravo. A Ordenação considerava o condemnado á morte como servo da pena; mas permittia-lhe dispor da terça de seus bens em actos de piedade: o Codigo Penal deshumanamente o priva d'essa consolação; mas, especificando os direitos que elle perde, deixa-lhe os restantes: o presente Projecto não lhe consente um só; é absoluto o seu decreto: *perde todos os seus direitos civis*. Que resta pois? Sanccionar a escravidão; restabelecer claramente o confisco, instaurar a tortura... Avante! Mais um passo... e teremos, em jurisprudencia, recuado aos tempos do mais despotico barbarismo.

Reconhecemos que os condemnados algumas vezes devem ser interdictos de alguns dos direitos civis; porém a interdicção ou suspensão parcial do exercicio d'esses direitos é cousa mui distincta da perda completa de todos elles: esta não é defensavel; aquella póde ter origem ou no facto, ou na justiça; no facto, quando a prisão ou a pena torna impossivel o exercicio de alguns direitos civis; na justiça, quando a interdicção é aconselhada pela natureza do crime.

O perjuro, que, invocando o seu Deus, trahe a verdade, ou falta á fé jurada, deve ser inhibido de ser testemunha em actos publicos. O que foi doloso ou traidor na gerencia de um mandato, deve ser privado de ser procurador em juizo. O que conduziu a filha ao lenocinio deve ser interdicto do poder paternal; porém applicar a perda e mesmo a suspensão dos direitos civis indistincta e disparatadamente aos condemnados a certa pena, é aggrava-la com outra pena accessoria e infamante, como nota Odillon Barrot no *Examen du Droit Penal*, onde, fallando da interdicção dos direitos civis e politicos, se expressa n'estes termos: *Ces peines ne sont guère que des incapacités déclarées par la loi pénale, elles ne peuvent donc s'appliquer qu'à des délits d'où découlent naturellement. Un homme s'est rendu coupable de fraude ou corruption électorale: que son droit electoral soit suspendu, rien de mieux: il a abusé d'une mineure, qu'il soit privé de toute tutelle, cela n'est que juste. Mais attacher indistinctement ces incapacités à des crimes ou délits qui n'ont aucun rapport avec le droit ou le devoir interdit, ce n'est plus alors*



*qu'une aggravation de peine, ou plutôt une peine accessoire qui rentre dans la classe des peines infamantes, des dégradations officielles, et qui en a tous les inconvéniens.*

O Codigo Penal Portuguez, no artigo 52.º, determina que o condemnado á pena de morte perca todos os direitos politicos, e bem assim a propriedade, posse e administração de todos os bens, que immediatamente passam a seus successores legitimos, não podendo fazer testamento, e sendo de nenhum vigor o que já tiver feito; e no artigo 53.º acrescenta que igualmente perde o direito á protecção das leis civis, para exercer auctoridade a respeito de sua mulher e filhos, não podendo ser testemunha, e sendo considerado nos negocios judiciaes como as pessoas que a lei declara incapazes de se regerem. Contra taes disposições romanescas e anachronicas se insurgiram nos seus excellentes commentarios os nossos eximios jurisconsultos os srs. Silva Ferrão e Levy Maria Jordão; não obstante o auctor do Projecto, no artigo de que nos occupámos, não se limitou a adoptar aquella condemnada doutrina, tratou de a aggravar, o que facilmente se demonstra.

Em virtude das citadas prescripções do Codigo Penal, o condemnado á morte não perde todos os seus direitos civis; perde unicamente (e não é pouco) aquelles que expressamente lá são especificados; d'onde se infere, que, alem de outros, elle conserva a capacidade de herdar e receber doações; que póde dispor, não sendo por testamento. de todos os bens que adquirir depois da condemnação; que, perdendo o direito á protecção das leis para exercer os direitos paternal e marital, não

perde os mesmos direitos, que ninguem confundirá com a protecção; e finalmente que elle por um casamento subsequente póde legitimar a prole antes havida. Poderá disputar-se com fundamento se essa prole é successivel com exclusão dos herdeiros a quem a lei injusta manda que passem, em virtude da condemnação, immediatamente os bens; mas, como tal disposição penal, odiosa e restrictiva dos direitos do cidadão, não póde admittir interpretação ampliativa; é claro que, pelo menos, os filhos alcançam a qualidade de legitimados. Pela nova disposição do artigo do Projecto até esses mesquinhos restos desaparecem, porque elle firma o principio generico *perde todos os direitos civis*.

Para mais fazer sobresair e avultar a injustiça contida na disposição, que une a morte civil com a condemnação á morte natural, figuremos uma hypothese: imaginemos que o condemnado é casado, não tendo filhos de seu matrimonio; mas no espaço da condemnação á execução sua mulher fica gravida, e depois, em epocha legal, dá á luz um filho a que se não póde negar a qualidade de legitimo, por ser nascido de justas nupcias; será elle herdeiro de seu pac? Não: a lei lh'o veda; os bens já ella havia adjudicado aos parentes, talvez bem remotos, ou bem ingratos; talvez os proprios perseguidores do condemnado! Serão estes os principios da justiça? Serão estas as maximas da moral? Será esta a voz da natureza?

E como se poderá concordar a doutrina do artigo com os preceitos da Carta Constitucional? No artigo 8.º menciona ella os casos unicos em que o cidadão portu-

guez perde os seus direitos, e entre aquelles não se enumera a condemnação á pena de morte; porém, se o condemnado a tal pena pelo artigo 52.º do Codigo Penal perde todos os direitos politicos; se pelo presente artigo do Projecto perde todos os direitos civis, quizeramos se nos explicasse o que significa a qualidade de cidadão em um individuo, que pela Carta o continua a ser, mas que pelos Codigos não tem um unico direito nem politico nem civil?

Como deverá classificar-se esta anomala entidade social? Os romanos foram ferteis em estabelecer ficções, todavia nunca foi tão longe o seu espirito inventivo; e na hypothese questionada eram mais logicos: o condemnado á morte ficava servo da pena: era considerado como escravo, como cousa, mas não como pessoa, e muito menos como cidadão; essa heterogenea combinação desdiz das descobertas do presente seculo.

Ainda mais: a mesma Carta, cujos preceitos constitucionaes são superiores ás Leis e aos Codigos, e que só podem ser alterados pelos tramites regulares, estabelece no artigo 145.º, § 21.º, o social principio: *É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude*; e não consente excepção alguma a este principio senão a exigida pelo bem publico, legalmente verificado, e havendo prévia indemnisação. D'esta fórma privar o condemnado á morte da sua propriedade, sem indemnisação alguma, e fazer entrar os herdeiros legitimos na herança de homem vivo, é um despotismo inqualificavel; é uma descarnada infracção da Carta; é um verdadeiro roubo legal; nem se estranhe a expressão, que é

analoga á de *assassinio juridico ou legal*, de que muitos escriptores se têm servido, quando a morte é decretada contra os dictames da justiça, embora com as apparencias da legalidade. A lei póde determinar a violencia, mas não póde alterar-lhe a essencia; quando a sua disposição não tem a sua base na moral e na justiça, se é observada, não é pela força da lei, é sim pela lei da força.

Não ignorámos que o mesmo Codigo Civil de França no artigo 23.º tambem estabeleceu o principio: *La condamnation à la mort naturelle importera la mort civile*; mas, segundo o artigo 26.º, essa morte civil só começava do dia da execução; e, isso não obstante, essa disposição deu logar a que Rossi, um dos mais insignes criminalistas do seculo presente, aquelle que melhor comprehendeu a philosophia do systema repressivo, no seu *Traité de Droit Penal* exclamasse: *Qui pourrait croire que le titre premier du Code Civil Français a été promulgué au commencement du dix-neuvième siècle; quinze ans après 1789!*

A França porém, que não deseja occupar o ultimo logar na cruzada da civilisação, no artigo 1.º da Lei de 31 de maio de 1854 já decretou *La mort civile est abolie*; e pelo artigo 1.º do decreto imperial de 10 de março de 1855 mandou executar aquella disposição em todas as suas colonias.

Nem é só a França que adoptou este principio de eterna justiça; já antes d'ella muitas outras nações o haviam feito: se consultámos a legislação da Noruega, de que nos dá noticia Mr. Anthoine de Saint Joseph,

no artigo 14.º. encontrámos a seguinte disposição: *La condamnation à des peines afflictives ou infamantes, n'entraîne ni la privation des droits civils, ni la perte de la propriété des biens du condamné.* Se examinámos a de Dinamarca, lá achámos no livro 1.º, capitulo 2.º, artigo 13.º: *La mort civile n'existe pas en Danemark.* Se compulsámos o Código de Hollanda, artigo 4.º, ahí lemos: *Aucune peine n'emportera la mort civile et ne peut entraîner la perte des droits civils. La jouissance de tous les droits civils ne cessera que par la mort naturelle.* Se recorremos ao da Toscana, vemos no artigo 13.º: *Aucune condamnation judiciaire n'entraîne la mort civile.* A Belgica, no artigo 13.º da sua constituição, aboliu a morte civil, e prohibiu o seu restabelecimento.

Eis-aqui estabelecida n'estes Codigos a verdadeira e justa doutrina que desejámos ver substituída á do artigo.

# APPENDICE II

---

## EXCERPTOS

DA

RESPOSTA Á PRIMEIRA APOSTILLA

DO EX.<sup>MO</sup> SR.

ANTONIO LUIZ DE SEABRA

POR

ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO

---

1858

O douto apostillador confessa que mal póde decifrar o mysterio das nossas palavras quando dissemos que cumpria dar maior amplitão do que o Projecto dá á legitimação *per subsequens matrimonium*, e ao perfilhamento dos illegitimos, porque não podemos desconhecer o principio do interesse da sociedade na formação e multiplicação das familias, incumbindo á lei não desatar ou afrouxar esses laços que a natureza fórma, porém robustece-os e santifica-os aos olhos da religião e da moral: mas é notavel que depois de uma tal confissão se julgue habilitado a rasgar o mysterio a seu talante, para nos attribuir asserções que são filhas da sua phan-

tasia, e para fazer espirituosas considerações com a moralidade, [que é mais acatada no nosso que no seu systema.

Se em vez de ler e analysar sómente o prefacio das nossas observações, se houvera dado ao trabalho de as meditar todas, ahí acharia a clara decifração do que nunca foi mysterio; ahí encontraria bem explicitas as nossas opiniões, e não teria necessidade de crear gigantes para se dar ao imaginario prazer de combatellos.

No artigo 117.º do projecto concede-se a legitimação *per subsequens matrimonium* sómente aos filhos naturaes; nós queremos, segundo demonstrámos na respectiva observação, que ella abranja os filhos espurios; eis-aqui a amplidão que desejámos se dê a esta legitimação; eis-aqui a explicação do mysterio, que nunca o podia ser senão para quem quizesse inventa-lo.

No artigo 121.º do projecto só se concede a perfilhação a favor dos filhos naturaes, unicos que podem ser legitimados *per subsequens matrimonium*: no artigo 124.º exige-se que o perfilhante isolado *fosse habil para legitimar o filho por subsequente matrimonio* (n'isto é que ha um grande mysterio, porque ninguem poderá explicar como se ha de fazer esta habilitação, não havendo, segundo o artigo 123.º. faculdade de declarar a pessoa de quem se houve o filho). Nós, pelo contrario, de accordo com o Codigo de Hespanha, artigo 123.º, contentâmo-nos com que *o perfilhante fosse livre para contrahir matrimonio ao tempo que podia coincidir com a concepção*, presumindo-se para isso que o filho é na-

tural, aindaque o não seja, o que se acha explicito na observação ao artigo 124.º Eis-aqui a maior amplidão que nós queremos se dê á perfilhação, desapparecendo portanto essa invenção de imaginario mysterio.

Depois d'isto entremos summariamente na apreciação da moralidade. Será moral que os paes adulteros ou incestuosos, cessando o impedimento, possam legal e christãmente contrahir nupcias, e que a pena do crime recáia sobre o fructo innocente do peccaminoso coito? Será moral aniquilar o incentivo para o matrimonio (e consequentemente multiplicação das familias), que muitas vezes só é resolvido pela idéa de legitimar a prole e remover-lhe a nodoa de espuria? Respondeu-se já aos outros muitos argumentos constantes da nossa observação ao artigo 117.º, sobre este objecto?

Será moral que o homem, sem impedimento individual para contrahir matrimonio, seja inhibido de perfilhar um filho que houve de pessoa com quem não podia casar-se sem dispensa do impedimento, mas que ou já não existe, ou cujo nome cumpre seja ignorado, não havendo n'isso offensa de herdeiros necessarios? Será moral com semelhante inhibição dar direito aos parentes para impugnar a perfilhação isolada, devassando segredos, pondo á luz do dia humanas fraquezas ou escandalos sociaes, desacreditando os vivos ou infamando a memoria dos mortos?

Será moral que, ao passo que se veda o perfilhamento dos espurios, se conceda a estes intentar acções alimenticias contra os paes, sem a minima distincção, podendo em consequencia vir a ser accionado o homem e a mu-



ther casada e os proprios sacerdotes, perturbando-se a paz das familias e desacreditando-se os ministros da religião? Será moral inhibir um individuo do reconhecimento de um filho espurio, quando, não havendo prejuizo de terceiro, sobre a paternidade não tem a menor duvida; e ao contrario quando a tem, ou talvez a certeza de que não é seu filho, ser forçado com falsas provas a prestar-lhe alimentos?

Ponham-se em paralelo as disposições do projecto com as nossas doutrinas, e não receiámos a confrontação pelo lado da moralidade; nem para envagelisar os principios d'ella podêmos reconhecer a auctoridade de quem hoje condemna com acrimonia o que antes havia defendido com convicção.

O illustre apostillador, assumindo ares de paladino da moralidade, diz em tom dogmatico: *Somos severos na logica da moral, porque sabemos que o espirito é indivisivel, e entre a verdade e o erro, entre principios e suas consequencias, não ha transacção.* A manifestação d'esta asserção só bem quadrava a quem, trilhando sempre firme a vereda da severidade, nunca tivesse deslisado da logica dos principios da moral, principios que não são elasticos. e por isso não admittem transacção; mas não a quem na materia sujeita tem sustentado principios contrarios, porque é impossivel que a verdade e a moralidade estejam na contradicção. *Attenda-se ao que vamos expor e que mais nos confirma na sentença de Menandro, acima transcripta.*

O douto codificador em seu projecto só consente a legitimação *per subsequens matrimonium* dos filbos na-

turaes, excluindo os espurios, disposição que nós combatemos na observação ao artigo 117.º, sendo essa a razão porque dissemos que desejavamos se desse maior amplidão a essa legitimação; tal enunciado feriu nimiamente a sensível severidade do eximio apostillador, que agora mesmo repete: *Não vemos que esta ampla legitimação de adulterinos, incestuosos e sacrilegos possa servir senão para destruir e aniquilar o que chamâmos familia, que só pôde fundar-se na santidade do sacramento. Desde o momento em que a lei proclamar o principio de que todos os filhos da devassidão, do crime, são legitimos, ou podem tornar-se taes, a sociedade não será mais que um vasto lupanar.* Com taes proposições, affirmadas e não demonstradas, persuadiu-se haver-nos profligado e fulminado.

Permitta-nos porém o sr. Seabra, auctor do projecto e da apostilla, que lhe opponhamos a auctoridade do sr. Seabra, auctor de um livro intitulado «A philosophia do direito»; ahi, a paginas 314, se lê o seguinte: *Do matrimonio não só resulta a legitimidade dos filhos nascidos depois da sua celebração, mas ainda a dos havidos anteriormente entre os mesmos conjuges. Ordenação, livro 2.º, titulo 35.º, § 12.º «Esta ampliação, observa Merlin, é fundada em razões sabias e justas. A sociedade e a ordem publica interessam em que as fraquezas da mulher possam ser reparadas pelo casamento», e nós acrescentaremos que a philosophia do direito não pôde deixar de applaudir uma disposição que tende a reabilitar os direitos da natureza. Convimos de bom grado em que os grandes fins da especie huma-*

*na mal poderiam ser preenchidos, se a lei não procurasse tornar solida e estavel a união dos sexos; convi-mos que nenhum outro meio para o conseguir lhe restava senão este de considerar diversamente os filhos de uma e de outra união; mas seria iniquo e absurdo tornar os filhos responsaveis pelo erro dos paes, offerecendo-se estes a repara-lo e a satisfazer o ultimo fim da lei — a estabilidade e certeza da união conjugal. Estas mes-mas considerações nos levam a condemnar toda e qual-quer excepção ou distincção de filhos na legitimação por subsequente matrimonio, sem que nos faça embaraço a disposição da Ordenação, livro 2.º, titulo 35.º, nas palavras — com tanto que esse filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimo-nio —; por isso que, se o direito de que falla a Orde-nação é canonico, este não pôde ser hoje invocado no fôro civil, e se é romano só deve seguir-se emquanto conforme com os principios da boa rasão e direito na-tural, mórmente n'este ponto, inteiramente ligado a costumes e instituições privativas d'aquelle povo.*

Vêde e admiraes esta estranha versatilidade!!! Guia-do pelos principios da philosophia do direito, condemna toda e qualquer excepção ou distincção de filhos na le-gitimação por subsequente matrimonio, poisque elles não devem ser responsaveis pelos erros dos paes, e for-mulando as disposições do projecto pelos mesmos prin-cipios da philosophia do direito, estabelece uma doutri-na diametralmente opposta!!! Haveria alguma transac-ção entre os principios e as suas consequencias? Have-la-ia entre a verdade e o erro? Como é possível que

factos hontem julgados justos e moraes ante o tribunal da philosophia, sejam hoje estigmatizados como perversos dos bons costumes? Onde está a firmeza d'esse principio, d'esse pharol, que o illustre codificador adoptou para seu guia, se elle conduz a oppostas metas? Será a moralidade deusa bifronte, ou são os seus paladinos que de iconolastas se convertem em idolatras?

Do que havemos discursado, e ainda mais do que havemos plagiado do sr. Seabra, deve o douto apostillador inferir que não temos a retirar censura, mas sim a esperar que s. ex.<sup>a</sup>, vendo rasgado o véu diaphano que lhe vedou penetrar o sentido das nossas palavras, seja para conosco não menos acrimonioso e austero, porque isso depende do temperamento e outras circumstancias; mas mais justo, porque isso depende do dever e da razão; e ao mesmo passo nos explique como póde haver transacção entre principios oppostos, e deduzir-se d'essa heterogenea amalgama a demonstração da severidade na logica da moral! Como é possivel que a sociedade, seguindo a philosophia por s. ex.<sup>a</sup> proclamada, se venha a converter em vasto lupanar! Desejâmos ser instruidos e convencidos, e seremos promptos em confessar então o nosso erro. Confessa-lo-hemos conscios da nossa inferioridade; confessa-lo-íamos ainda que podessemos subir ás alturas da philosophia do direito, para que nunca se nos applicasse a sentença de Bernardes: *Aos sabios do mundo parece erradamente que o ter o coração inchado de soberba é ter a cabeça cheia de verdades.*

# APPENDICE III

---

## EXCERPTOS

DA

RESPOSTA À SEGUNDA APOSTILLA

DO EX.<sup>MO</sup> SR.

**ANTONIO LUIZ DE SEABRA**

POR

ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO

---

**1859**

### ARTIGO 41.º

Se a contravenção ás leis imperativas ou prohibitivas importa nullidade, ainda que não seja expressamente fulminada, é uma questão (diz o illustre apostillador) das que mais têm atormentado os jurisconsultos; e para sustentar a affirmativa, que nós combatemos, estabelece o principio de que a lei, ou decreto ou prohiba, importa sempre a sujeição e obediencia, aliás não seria lei, ou seria apenas permissiva; que em consequencia a lei não póde legitimar os actos praticados em sua contravenção, e serão radicalmente nullos, salvo se a mesma lei decretar que de algum modo possam subsistir ou sanar-se. Se este principio fosse admissivel estava cortado o nó

da divergencia, e só seria para lastimar que objecto de tão facil solução tivesse atormentado os juriconsultos, e ainda mais a cegueira de todas as legislações do mundo. que têm seguido diverso rumo.

Combinâmos em que a lei, ou preceptiva ou prohibitiva, deva ser sempre obedecida, e para isso é que ao edicto costuma unir-se a sancção; mas quando esta não imponha a nullidade, será consequencia que os actos feitos em sua contravenção sejam nullos? Não vemos que ella se contenha nos principios, pois para se fazer effectiva a obediencia existem outros meios.

Entrando no campo da exemplificação, fizemos referencia ao artigo 228.º do Codigo Civil de França, que prohibe ás viúvas contrahir segundas nupcias antes de passarem dez mezes, a contar da morte do marido, e perguntavamos se seria nullo o casamento feito com transgressão d'essa disposição? O nobre apostillador responde: *Seria se a lei não fizesse excepção, como faz, tanto no Projecto como nos codigos estrangeiros.* Pedimos venia para dizer que isto é uma evasiva que offende a exactidão.

O Projecto do Codigo do sr. Seabra, estabelecendo igual disposição, teve a cautela de determinar no artigo 1117.º, que a contravenção não importaria algum outro effeito mais que as penas comminadas aos contraventores; d'esta fórma ficava liquido que o casamento não era nullo. Mas o nosso argumento não era deduzido da disposição do projecto, que n'esta parte ainda não tinha sido publicado; o nosso argumento foi tirado do Codigo de França, onde se estabelece a prohibição das segun-

das nupcias dentro dos dez mezes, e não se encontra providencia sobre os effeitos da contravenção, sendo mister que os commentadores digam uns, como Merlin <sup>1</sup>, impugnando Toullier, que o titulo 4.º do Codigo Civil Francez trata das acções de nullidade de casamento, e não comprehende o artigo 228.º, o que equivale a dizer que não ha nullidade pela infracção das leis prohibitivas, sem ser claramente fulminada; outros, como Mourlon e Rogron <sup>2</sup>, que essa disposição não contém um obstáculo prohibitivo, e que o casamento fica válido, com o fundamento de que *nulle part nullité n'est prononcée*; segundo o principio do sr. Seabra, estatuido no artigo 11.º, de que tratámos, o casamento pelo Codigo Francez seria nullo, por ser opposto a uma lei prohibitiva, e o nosso argumento permanece em toda a sua força, reconhecendo-se a inexactidão da generalidade com que o sr. Seabra se refere aos codigos estrangeiros.

Argumentámos mais com o artigo 123.º do Projecto, que prohibe ao que faz em separado o reconhecimento de um filho natural, declarar a pessoa de quem o houve, e perguntámos se a declaração feita em transgressão da lei importaria nullidade, o que nos parecia ser repellido pela rasão e pelo bom senso. O illustre apostillador responde: que a rasão e o bom senso exigem que o que se faz contra a lei não seja reconhecido por ella; que os paes que a transgredirem só de si se podem

<sup>1</sup> Recueil des Questions de Droit au mot nullité, n.º 7.

<sup>2</sup> Mourlon, examen. du Cod. Nap., titulo 6.º, capitulo 8.º; Rogron les Cod. Fr. Expliq, commentario ao artigo 228.º

queixar, que o parcho e escrivão não escreveriam essa declaração se lhe não fosse feita pelo perfilhante.

Vejamos a força d'estas rasões.

A lei exige nos tabelliães habilitações para bem desempenharem as suas obrigações, e não exige essas habilitações nos contrahentes que estipulam os contratos, o que seria tornar o povo todo jurisperito. O perfilhante apresenta-se ao tabellião e diz-lhe que quer reconhecer um filho, que lhe faça a escriptura; mas o tabellião pergunta-lhe o nome da mãe, e declara-o; de quem foi a transgressão, do estipulante ignorante, ou do empregado perito? E a vontade do pae não está sufficientemente manifestada? Com que rasão o erro do tabellião ha de ser castigado na pessoa do filho innocente?

Por isso, com reconhecida justiça, o Codigo de Hespanha, artigo 126.º, impõe multa ao parcho e escrivão que contravierem aquelle preceito, mas não annulla o perfilhamento. É singular o modo como o douto apostillador se insurge contra as multas, dizendo que isso é pôr em almoeda o cumprimento das leis; que a igualdade das leis desaparece logoque se permite aos ricos o que se nega aos pobres; e adduz o caso do Quirite, que com a bolsa na mão esbofeteou o povo romano, para convencer o legislador da sua inepcia. Tudo isto parece poesia! O entusiasmo do estro muitas vezes produz seus devaneios.

Se a multa é uma pena que merece as exprobrações de s. ex.<sup>a</sup>, substitua-a por outra, mas não queira que os resultados da ignorancia do empregado, que deve saber do seu officio, recáia sobre o innocente; todavia se aqui



fosse logar competente, mostraríamos ao sr. Seabra que as multas entraram na legislação penal de todos os povos da antiguidade; que entram em quasi todos os codigos modernos, como no de França, de Hespanha, dos Paizes Baixos, das Duas Sicilias, de Austria, da Baviera, da Prussia, do Brazil e de Portugal; mostraríamos com que condições ellas podem ser admittidas, e como se podem obviar os seus inconvenientes; mas pensámos que isto seria uma digressão alheia do nosso proposito, e nos limitámos a admirar a affouteza e denodo heroico com que o sr. Seabra fulmina certas proposições!

Sim, admirámo-nos de tanta irritação, e ainda mais de tanta inconsequencia! O sr. Seabra, para nos combater, esquece-se de si proprio, esquece-se das suas doutrinas, esquece-se dos seus actos, esquece-se do que tem escripto. No Decreto de 7 de agosto de 1852, em que s. ex.<sup>a</sup> figurou como ministro da justiça, no artigo 12.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4.<sup>o</sup>, e no artigo 28.<sup>o</sup>, lá se acham impostas multas ás inobservancias da lei; e sem saírmos fóra do seu Projecto deCodigo, vejam-se os artigos 218.<sup>o</sup>, 577.<sup>o</sup>, 729.<sup>o</sup>, 2090.<sup>o</sup> e 2118.<sup>o</sup>, e ahí se encontrarão disposições com a designação de multa pela sua infracção. Pretenderia s. ex.<sup>a</sup> pôr o desprezo da lei em almoeda? Queria metter a bolsa na mão do rico para, a seu arbitrio, escarnecer do seuCodigo e convencer de inepecia o seu auctor? Desanima o combate com um contradictor que, sem o minimo escrupulo, empunha a bigumea arma da contradicção, e com ella, tentando ferir o seu adversario, se suicida, deixando a este um vencimento inglorio.

Sustenta o illustre apostillador que todas as deliberações do conselho de familia, em que entre como vogal um que tiver sido removido de uma tutela, devem considerar-se como nullas, segundo a doutrina do artigo; e que a responsabilidade recairá sobre quem lhe der causa. Isto prova o quanto, antes de serem adoptadas, devem ser meditadas e ruminadas as innovações.

Se o juiz e o tutor ignorarem que o parente, chamado para fazer parte do conselho, já foi removido de uma tutela; se elle, sendo intimado para comparecer, aceitar, ignorando a incapacidade que a lei lhe fulmina, quem será o responsavel? Se dos actos d'esse conselho, e dos contratos em virtude d'elles celebrados, resultarem grandes interesses para os menores, que conveniencia haverá em os annullar? Pois não basta, como remedio, a restituição concedida aos mesmos quando lesados?

E se o voto d'esse vogal fosse vencido nas deliberações, ou nada influisse n'ellas, por serem baseadas no voto de todos os outros ou da maioria, qual seria o fundamento da nullidade? E com que rasão os que contrataram em boa fé com um tutor, sabendo que elle estava judicialmente auctorizado, e os que contrataram em praça publica sobre os bens dos menores em virtude das deliberações do conselho de familia, hão de ficar sujeitos aos effeitos da nullidade? Esta sem rasão não tem rasão, e se a tem, é tão metaphysica, que não podemos penetra-la.

Receia o illustre apostillador que a nossa doutrina sirva de auctorisar o desprezo e relaxamento da lei, que não será mais que letra morta; para firmar esta propo-

sição cumpria-lhe demonstrar que as leis não podiam ter outra sancção que não fosse a pena de nullidade; e que maravilhosas conclusões se não derivariam de semelhante principio! Houve esbulho, annulle-se o esbulho, porque a lei o veda; houve turbação, annulle-se a turbação; nos assentos do registo civil não deve haver entre um e outro mais do que o intervallo de uma linha coberta com um traço de penna (Projecto de Codigo, artigo 2821.º); o parocho, em lugar de uma, deixou duas linhas de intervallo, em lugar de cobrir com traço de penna usou de tiralinhas, annullem-se todos os assentos de baptismo, casamento e obito.

Argumentemos com cordialidade; deixemos o paralogismo e o sophisma, e convenhamos em que a lei, sem estabelecer como regra que a sua transgressão importa nullidade, tem immensos meios de se fazer respeitar; não sabemos de codigo ou de legislação alguma que tenha adoptado a regra estabelecida n'este artigo, e nem por isso as leis têm sido letra morta, nem se tem auctorizado o seu desprezo e relaxamento.

O nobre apostillador, para defender a sua doutrina, não deixou de recorrer á nossa legislação antiga e moderna, e posto se trata *de jure constituendo*, não fugimos a acompanhá-lo n'essa digressão, mostrando que em parte foi deficiente, e n'outra paralogistico.

*Lei de processo criminal.*— Cita-se a Ordenação, livro 5.º, titulo 12.º, que consente que, em caso de appellação, possam os juizes supprir a falta de solemnidades, sendo os casos provados, e parecendo que convem a bem da justiça castigarem-se os culpados; mas alem

d'ella existe o Regimento de 12 de setembro de 1652, § 6.º, e 13 de outubro de 1751, § 25.º, que estabeleceram que a nullidade dos autos se possa supprir nas Relações, se assim o pedir o bem da justiça. Existe o artigo 841.º da Novissima Reforma Judicial, que limita a nullidade aos casos em que a lei expressamente a decretar; em que sendo supprível não for supprida; em que dando-se infracção de lei, houver protesto, e em que faltar alguma formalidade substancial, sem a qual se não preencha o fim da lei. Existe a Lei de 7 de agosto de 1852 (revogada), que citámos por ser obra do Sr. Seabra, na qual se designam os unicos casos em que tem logar a nullidade nos processos crimes. Já se vê pois que s. ex.<sup>a</sup> não é de opinião de applicar a taes leis o seu principio.

*Lei de processo civil.* Regida esta materia pela Ordenação, livro 3.º, titulo 63.º, reconheceu o illustre apostillador que ella permite o julgamento pela verdade sabida e provada, aindaque o processo seja mal ordenado, e que estabelece algumas nullidades insanaveis; este mesmo principio foi adoptado na Novissima Reforma Judicial, artigo 841.º; e não deixa de ser terminante sobre a questão a disposição da Lei de 19 de dezembro de 1843, artigo 1.º, § 1.º, onde diz: *É nullo o processo em que houver preterição de algum acto essencial, ou de formula para elle estabelecida por lei com pena de nullidade.* Tudo isto nos convence que o principio do sr. Seabra, de que é nullo tudo quanto se obra contra a determinação da lei, nem na legislação antiga, nem na moderna, jámais foi applicado ás irre-

gularidades do processo. Mais abaixo veremos como s. ex.<sup>a</sup> se vê forçado a modificar a generalidade do seu principio, confessando que não tem applicação ás leis do processo civil.

*Leis civis, imperativas, e prohibitivas.* Da Ordenação, livro 1.<sup>o</sup>, titulo 5.<sup>o</sup>, § 4.<sup>o</sup>, nas palavras: *e os desembargos e sentenças em que se não guardem as Ordenações serão nenhuns*, e da Ordenação; livro 3.<sup>o</sup>, titulo 75.<sup>o</sup> pr. nas palavras: *é nulla a sentença dada contra direito expresso*, quer o illustre apostillador deduzir a nullidade proveniente da infracção, tanto das leis prohibitivas, como das preceptivas; porque, onde a lei não distingue, tambem não devemos distinguir; e a lei que é obrigatoria para os juizes, não póde deixar de o ser para todo o cidadão. Parece incrível que s. ex.<sup>a</sup> não visse a verdadeira distincção, onde ella é tão palpavel, e se olvidasse de outras leis attinentes ao mesmo objecto.

A Ordenação, livro 3.<sup>o</sup>, titulo 75.<sup>o</sup>, pr., declarando nulla a sentença dada contra direito expresso, fixou a sua intelligencia por meio da exemplificação, dizendo: *assim como se o juiz julgasse directamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento: é necessario pois que haja uma formal opposição da sentença com a lei, e essa não existe quando o juiz decidir; v. g. que, supposto ter entrado um vogal incapaz nas deliberações do conselho de familia, não tendo n'ellas influido o seu voto, ellas são validas e firmes; que, supposto houvesse omissão de obrigar o curador a prestar fiança, sendo esta uma garantia da responsabilidade, os actos da curadoria são validos. Pelo contrario,*

se elle decidisse que o inhabil podia ser vogal, ou que a fiança não devia ser prestada pelo curador, então é que as sentenças eram contrarias a direito, e como taes nullas. Eis-ahi a distincção que o nobre apostillador não descobriu.

Se houvera recordação do Alvará de 3 de novembro de 1768, ahi se encontraria o preceito de só se attendem para o caso de revista as nullidades litteralmente expressas nos preambulos da Ordenação, livro 3.º, titulo 75.º, pr., e titulo 95.º, com o qual desaparece o argumento tirado da Ordenação, livro 1.º, titulo 5.º, § 4.º; e o mesmo se deduz na Lei de 19 de dezembro de 1843, artigo 1.º, e até do Decreto do sr. Seabra de 7 de agosto de 1852.

E que disparidade não existe entre o magistrado executor das leis e as partes ignorantes do direito! Por isso a Ordenação, livro 1.º, titulo 5.º, § 4.º positiva e distinctamente fallava de desembargos e sentenças, em que se não guardarem as ordenações; e não dos contratos e actos dos particulares, em que regulam outros principios.

Emfim, sobre este objecto não appellaremos para quantos jurisconsultos têm exercido o fóro; mas appellaremos, com confiança, para o sr. Seabra, que nos diga; se, como magistrado, sempre entendeu e applicou as leis segundo o principio que estabelece no artigo 11.º do seu projecto; e nem carecemos da resposta, elle mesmo diz na apostilla a paginas 79, que quer *justificar a novidade, que a sua theoria apresenta.*

Feito este succinto e incompleto esboço do nosso di-

reito positivo e constituido, vejamos os fundamentos com que se tenta justificar essa novidade projectada. Recorrendo o illustre apostillador á auctoridade, teve de primeiro se occupar em refutar a de Aguesseau, e Toullier, a que nós tínhamos recorrido, e depois passou a enumerar outros insignes escriptores, mas que infelizmente todos lhe são adversos; e por isso vê-se na necessidade de os refutar, ao mesmo passo que quer basear-se nas suas doutrinas.

Se um dos principios seguidos por Perrin é: *sendo as nullidades uma pena, devem ser consideradas de direito stricto, e os juizes não podem irrogar senão as que se acham impostas por lei*; se outro consiste em que: *em caso de duvida deve o juiz preferir a opinião favoravel á manutenção do acto*, poderá haver auctoridade mais avessa á innovação, que se tenta fazer na jurisprudencia?

Merlin, que foi o que mais profundamente tem tratado esta materia, e tambem o que mais tem sustentado o principio da nullidade resultante da infracção das leis, tanto prohibitivas, como preceptivas, não ousou ir tão longe como o illustre codificador; antes faz completa distincção <sup>1</sup> entre as cousas que são substanciaes aos actos, e aquellas que são accidentaes: não desconhecemos que ha difficuldade em formar uma exacta classificação do que é ou não substancial; mas não se queira cortar esta difficuldade com a espada de Alexandre, estabelecendo uma regra absoluta, d'onde devem ema-

<sup>1</sup> Merlin, Repert., verbo Nullité, § 1.º, n.º 6.º

nar incalculaveis prejuizos á sociedade, pondo em contingencia a validade de quasi todos os contratos e actos da vida civil, porque raro é aquelle em que se não possa descobrir alguma irregularidade.

O sr. Seabra, não tendo lei, nem escriptor, que lhe sustente a generalidade do seu principio, e não querendo deixar de o tutelar, attentos os deveres da paternidade, soccorreu-se á distincção de actos praticados pelas partes, nas suas relações juridicas, dependentes de facto seu, e actos encarregados pelas leis a officiaes publicos, e já convem em que se não deve applicar a nullidade aos factos formulados por official publico, *senão em caso de extrema necessidade, ou na presença de um grande interesse publico*; e, confessando a paginas 87 que o seu projecto contém differentes formularios, convem em que ao artigo se addicione um paragrapho, em que se declare: *que as disposições que prescrevem a forma dos actos juridicos, que devam ser exarados por officiaes publicos, sómente importarão nullidade, sendo esta expressamente irrogada*. Bem se vê que já temos desmoronado uma grande parte do edificio da innovação, e lisonjea-nos vêr que as nossas humildes observações já têm dado origem a tantas rectificações. Applaudimo-nos do effeito, sem nos considerar com jus a encomios: se ferimos o nosso adversario é porque tem calcanhar de Achilles; se aluimos alguns dos seus monumentos, é porque tem pés de barro, qual estatua de Nabuchodonosor.



## ARTIGO 361.º

Humano capiti cervicem pictor equinam  
 Jungere si velit, et varias inducere plumas  
 Undique collatis membris, ut turpiter atrum  
 Desinat in piscem mulier formosa superne,  
 Spectatum admissi risum teneatis, amici?

HORAT.

Do apologo de Esopo, ridicularisando o escriptor Cyclico, tirou Horacio a lembrança do *parturient montes, nascetur ridiculus mus*; e ahi, côm igual designio, foi o illustre apostillador buscar a epigraphe, que poz no alto das suas reflexões, sobre as observações que fizemos a este artigo: ao mesmo Horacio, que parece ter querido imitar o retrato, que Virgilio fez do monstro Scilla, fomos buscar a epigraphe acima transcripta, e faremos sobresaír a allegoria, mostrando que a morte civil, tal qual se apresenta no projecto, aperfeiçoada pelo sr. Seabra, converte o condemnado em um verdadeiro monstro horaciano. Um ente, que consubstancia o ser e o não ser; que é morto, mas que vive; ou antes, que é o elo de continuidade entre a vida e a morte, assim como o zoophito o é entre o vegetal e o animal; um homem que é cidadão mas que não tem direitos politicos nem civis; que simultaneamente tem e não tem capacidade juridica; que ao mesmo tempo é digno e indigno, como se a dignidade fosse materia divisivel: não póde deixar de ser uma raridade monstruosa, cuja concepção promoveria o riso, se este podesse ter cabida em objectos tão ponderosos.

Maravilhou ao nosso adversario o dizermos, que a morte civil era uma morte artificial, que consubstanciava a liberdade com a escravidão, a vida com a morte,

e que era a inhumação do homem vivo; e é exactamente isso, quando ella envolve a perda de todos os direitos civis, como, alem de mr. Cauvet, e Lepellitier de la Sarthe, o diz Mourlon<sup>1</sup>, cujas são estas palavras: *La mort civile est une fiction en vertu de la quelle un homme vivant est réputé mort*, e assás eloquentes são as de mr. Sedillez, quando no debate, que se suscitou pela discussão do Projecto do Codigo Civil Francez, elle disse que, com tal principio se chegava ao absurdo e á injustiça, e accrescentou: *que la mort civile était une spectre fantastique qu'n'était bon qu'à tourmenter les législateurs, et à deshonorer la législation.*

O illustre apostillador reconhece esta verdade, transcrevendo a opinião de Demolombe; mas quer defender-se dizendo, que isso só é applicavel ao caso em que se considera morto um homem cheio de vida, e que continua a viver; mas que não é essa a morte civil que o seu Projecto admite, pois só priva dos direitos civis o condemnado á pena ultima em juizo controverso, e que se acha subindo os degraus do patibulo. Um dilemma destroe o paralogismo: se entre a condemnação e a execução não ha espaço, a morte civil, applicada ao morto, é um pleonasmu risivel; se medeia espaço, as nossas objecções são procedentes: a sustentação d'estas pela ordem, em que as collocou a apostilla, melhor demonstrará aquelle asserto.

Primeira objecção. *Nem ao menos se concede o dispor da terça a bem da salvação da alma.* Responde o illus-

<sup>1</sup> Mourlon, Examen. du Cod. Nap., livro 1.º, titulo 1.º, § 1.º

tre apostillador, que esta exigencia se acha satisfeita no artigo 1895.º do projecto, e com maior favor para o condemnado, que não é adstricto a certa e determinada applicação. Quando tocámos n'esta materia não podiamos adivinhar que á regra generica estabelecida no artigo 361.º, se havia de fazer posteriormente uma excepção (então inedita), e que se havia de ir collocar tão distante do dito artigo que contém a regra; e nem se diga que lá era o seu logar proprio para ficar debaixo da secção, que tratava *dos que podem testar e adquirir por testamento*, porque na mesma rasão se achava o artigo 365.º, permittindo ao inhibido dispor por esse modo, e ficou destacado d'aquella secção.

A excepção não nos satisfaz, porque o nobre apostillador bem sabe que nós não admittimos o principio; e a ampliação, que agora lhe estabeleceu, ha de servir de corpo de delicto para logo fazer avultar as suas inconsequencias.

Segunda objecção. *É iniquo e barbaro condemnar um homem a duas penas, a duas mortes: a civil, e a natural.* Não; diz o illustre apostillador, a lei, que julga o homem indigno da vida, não póde suppo-lo digno de nenhum outro direito civil; o mais importa o menos. *Mors ultima linea rerum est.* E quem concede á lei a faculdade de tirar a vida ao homem? Se nós negassemos o direito de impor a pena de morte, caducava a força da resposta; mas, abstrahindo de tratar aqui essa questão, perguntaremos como é que o principio de *a morte acabar tudo* póde justificar os effeitos da morte civil? É um enigma difficil de comprehender! Se

os effeitos da morte civil ficam annullados pela morte natural, a morte civil é, como dissemos, uma excrescencia sem significação; se se concede a hypothese contraria, temos vigorando a applicação de duas penas, e ambas ellas bem pouco defensaveis.

Terceira objecção. *Se houvesse um filho havido de justas nupcias, concebido no intervallo da condemnação á execução, elle não seria herdeiro do pae.* O sr. Seabra nega a possibilidade da hypothese, porque o condemnado está entregue á vigilancia da justiça, e sequestrado inteiramente da sociedade; que mesmo não se pôde humanamente conceber que em taes circumstancias haja outras lembranças que não sejam as religiosas. Da condemnação á execução pôde mediar longo praso; ha o recurso extraordinario ao poder moderador; este decide em conselho; a decisão é precedida do exame do processo; e temos visto constantemente sentenciados á morte estarem longos annos nas cadeias. Ora, durante esse tempo, o homem estará inhibido de fallar, e tratar com sua mulher? Haverá alguma lei, que lh'o vede? Estará absorvido sempre em contemplações religiosas? Não se tem visto muitos condemnados, já no oratorio, sem crer em Deus e nos mysterios da religião? A legislação franceza, postoque injusta, era consequente; dissolvia o matrimonio quanto aos effeitos civis; e assim, não podia haver filhos legitimos posteriores á condemnação; o systema do sr. Seabra tem aquelle inconveniente, e a resposta não pôde consistir em confundir a difficuldade, ainda quando existisse, com a impossibilidade; acrescendo que o condemnado pôde fugir da

prisão, e ter filhos legitimos, emquanto não é de novo preso e executado.

Objecção terceira (aliás quarta). *É contraria esta doutrina á Carta Constitucional, que não enumera a condemnação a pena de morte entre os casos que importam a perda dos direitos de cidadão*<sup>1</sup>. O illustre apostillador, respondendo, começa por estas palavras: *É incrível a leviandade com que o douto censor se precipita nos seus juizos e asserções; ora nós vamos mostrar ao douto censor como se acha na Carta o que elle ali não pôde encontrar*. Quando lemos este trecho, lembráram-nos os versos de Bocage na fabula do corvo e do pavão:

Mas que muito, se ha gente e gente grave,  
Que em seus olhos não vé nem uma trave?

A palavra *banido*, diz o sr. Seabra, de que se usa no artigo 8.º da Constituição, não quer dizer *expulso do paiz*; essa significação foi-lhe dada no Codigo Penal Francez, e entre nós foi usada na Lei de 19 de dezembro de 1834, artigo 2.º, mas esta lei é posterior á Carta, e quando esta foi promulgada já nós tínhamos uma linguagem juridica e nacional, consignada na Ordenação, livro 5.º, titulo 126.º, § 7.º, que se inscreve *dos banidos*, e nos termos d'ella, banidos, segundo o extracto do Repertorio, são *os absentes malfeitores condemnados pelos juizes da môr alçada*. Com tal definição julga combater-nos. Vamos pois agora dar as provas da nossa leviandade.

<sup>1</sup> Esta objecção é formulada pelo sr. Seabra; veja-se o que nós dissemos na observação respectiva.

O sr. Seabra abriu o Repertorio das Ordenações; leu ahi o summario: *Banidos são os ausentes malfeitores*, e cheio de enthusiasmo exclamou *inveni!* Bello achado! Com elle esmago o meu adversario; e mostro qual é a verdadeira linguagem juridica e nacional da palavra *banido!*...

Se aquellas palavras do Repertorio, que foram assim collocadas para apparecerem debaixo da inscripção *banidos*, forem transpostas d'esta fórma: *os ausentes malfeitores são banidos*, que dirá o sr. Seabra? Se o summario se presta a duas intelligencias, a obrigação era consultar a fonte, examinar a Ordenação, e ver o que d'ella se deprehendia. Eis-aqui as suas palavras no § 7.º: *Sendo condemnados os absentes pelos juizes de mór alçada, elles os pronunciarão por banidos*; e d'ellas não se deduz nem directa, nem indirectamente, que banidos sejam os ausentes malfeitores; mas sim que os ausentes malfeitores são banidos: o banimento é effeito da sentença, não é effeito da ausencia.

Se a letra clara da Ordenação não bastava a dar ao sr. Seabra uma idéa exacta do que era *banido*, devia consultar, não os Repertorios, que são meros indices alpheticos, mas os dictionarios juridicos, e no de Pereira e Sousa, escripto antes da Constituição, encontraria o seguinte: *Banido se diz o que é condemnado a sair de um paiz com prohibição de tornar a elle*. D'aqui se infere que a linguagem juridica e nacional anterior á Carta era mui diversa da que o illustre apostillador phantasiou.

Mas seja qual for a intelligencia (prosegue s. ex.<sup>a</sup>)

que se queira dar á Carta, é sempre certo que, quando trata do banimento, não cogitou senão dos direitos políticos, e não dos civis, combatendo o dr. Rocha, que sustenta o contrario; e quer fazer sobresaír o absurdo que se seguiria, de applicar a perda dos direitos civis ao que se naturalisasse, ou aceitasse emprego em paiz estrangeiro. Não entraremos n'essa questão, que para aqui considerâmos inutil; mas reflectiremos que, se póde haver condemnados á morte sem serem banidos; se os condemnados á morte eram considerados servos da pena, como se confessa na apostilla; tambem não podemos comprehender como o que se naturalise ou aceite emprego em paiz estrangeiro, perca pela Carta, segundo a opinião do sr. Scabra, os direitos politicos, e não os perca o condemnado a degredo e prisão perpetua, nem o condemnado á morte, quando não for banido, pois nenhum d'estes casos lá é mencionado.

Cidadão (diz s. ex.<sup>a</sup>) segundo a Carta, é equivalente de portuguez; importa a qualidade politica. Porém como destruiria isso o argumento que fizemos nas nossas observações? O condemnado á morte (que não é banido) continua a ser cidadão portuguez, conforme o artigo 8.<sup>o</sup> da mesma Carta; segundo o artigo 52.<sup>o</sup> do Codigo Penal, elle perde todos os direitos politicos; pelo artigo 361.<sup>o</sup> do Projecto perde todos os direitos civis; e assim teremos que o individuo, que pela Carta continua a ser cidadão, não tem direito algum nem politico nem civil. Será isto verdade? Poderá contestar-se esta deducção logica? Serão isto castellinhos de cartas, como se expressa o amavel apostillador? De taes concepções

não nasce o ratinho, mas vae-se desenvolvendo o monstro.

Objecção quarta (aliás quinta). *Offensa do direito de propriedade*. Esta objecção foi deduzida do § 21.º do artigo 145.º da Carta Constitucional, que estabelece o principio da garantia da propriedade em toda a sua plenitude; mas o douto apostillador, apartando-se da materia, que trata em outro logar (do que abaixo nos occuparemos) só cura aqui da questão, se o condemnado á morte deve ser privado da facção testamentaria activa, e os seus bens adjudicados aos herdeiros legitimos, ficando nullo o testamento feito. Reconhece que muitos escriptores têm seguido, que o condemnado não deve ser inhibido da disposição de seus bens; porém sustenta a opinião contraria.

Em seu abono adduz as rasões que se produziram contra essa introducção, quando em França se discutiu em 1854 a lei, que aboliu a morte civil; e, reconhecendo que ella nem se póde justificar pelo principio da intimidacção, nem pela esperanza da emenda, soccorre-se á auctoridade de mr. Riché, relator da commissão, e de mr. Ronher, commissario do governo, os quaes sustentam: *que esta incapacidade é dictada por um pensamento moral e elevado, e entra na classe das indignidades; que foi suggerida como homenagem á moral, á dignidade da lei, e ao mesmo tempo como um estigma que devia ser impresso na frente do criminoso*. Estigma, que não opera nem a emenda do delinquente, nem a intimidacção aos outros, é uma concepção que parece ideal; e se o não é, não se lhe poderá descobrir a utilidade.



Deixemos porém isto, e vamos ao amago do argumento: a interdicção é uma indignidade, aconselhada pela moral: *Como poderá* (exclama o illustre apostillador) *permitter-se a um homem que a justiça vota ao cada-falso, a um homem que condemna á grilheta, ao carcere perpetuo, que possa exclamar: dico testator et erit lex?*

Se assim é, tem s. ex.<sup>a</sup> de fazer emendas no seu Projecto; n'elle apenas comprehende, na inibição de testar, o condemnado á morte; aqui diz que é indigno de ser testador tambem o condemnado á grilheta, e ao carcere perpetuo; e se da indignidade provém a inibição, como é que estes não são excluidos de testar? Quererá s. ex.<sup>a</sup> consentir na offensa da moral e da dignidade da lei? Que coherencia de principios! Que elasticidade de moral! Ou renegar a doutrina, ou emendar o Projecto, eis o duro dilemma a que está reduzido o nobre apostillador.

Será indigno quem é condemnado á morte? Fatal philosophia, que faz depender só dos juizos e paixões humanas a apreciação da moral! Por um tal principio foi indigno um Gomes Freire; foi indigno um Gravito; foram indignos todos os que no cada-falso verteram o seu sangue pela liberdade; foram indignos todos os martyres da religião. A moral aconselhava que nenhum d'elles podesse fazer testamento, e até esta indignidade comprehenderia o proprio Redemptor, que tambem foi condemnado á morte!!! Deixemo-nos de indignidades, consideradas como estigma; os ferretes da ignominia foram invento de epochas, que já passaram: o seculo

presente, nas nações illustradas, proscreeveu o odioso cortejo de penas infamantes.

*Indigno*, segundo os principios da nossa antiga legislação, era aquelle que a lei declarava tal <sup>1</sup>; a indignidade era o resultado da pena infamante, como se deduz do Assento de 17 de novembro de 1791; hoje que essas penas estão abolidas, não é possível sustentar, n'este sentido, o principio da indignidade. O illustre apostillador, prestando preito a esta verdade, no seu projecto não falla em indignos, e colloca os proprios condemnados á morte na classe dos inhibidos (artigo 1895.); mas, vendo que os nossos argumentos o desalojavam d'esse reducto, foi intrincheirar-se nas ruinas do odioso castello, que a philosophia e a civilisação já tinham derrocado.

O profundo philosopho Ahrens (pedimos venia ao sr. Seabra para citar algum philosopho) diz <sup>2</sup>: que os direitos naturaes de personalidade se referem, ou ás qualidades ou ás faculdades; os primeiros, como a *dignidade*, a *honra*, são não só absolutos, mas tambem *illimitados*; os segundos, que se referem ás faculdades ou acções, são sujeitos á restricção da vida social. Se a *dignidade* é um direito illimitado, o sr. Seabra, estabelecendo o principio da indignidade, mostra-se menos philosopho que quem o combate; e sem o pensar, vae

<sup>1</sup> Ordenação, livro 2.º, titulo 26.º, § 49.º; Port., de Donat., livro 3.º, capitulo 31.º, Almeida e Sousa, Tr. Emphyt., § 272.º; Mell. Fr., livro 4.º, titulo 2.º, § 13.º

<sup>2</sup> Ahrens, Cours. de Droit Naturel, 1.ª Part. generale, chap. 3.º, § 4.º

arrastado pela torrente do *progresso retrogrado*; phrase inventada por s. ex.<sup>a</sup>, e que, attentas as suas doutrinas, serve de personifica-lo.

O condemnado á morte não póde testar, porque é indigno! Esta indignidade é-lhe fulminada pela moral! Seria uma immoralidade conferir-se ao condemnado um poder semelhante!!! E é o illustre Codificador que no seculo presente sustenta taes principios?! Pois bem: mostre-nos então a sua coherencia, e responda-nos ás perguntas que vamos formular-lhe. A indignidade será algum corpo sujeito á lei da divisibilidade? A moralidade será alguma materia regulada pela lei da elasticidade? A rasão estará na simultaneidade do ser e do não ser? Sustenta o illustre Apostillador, que o condemnado á morte é incapaz de testar; que a moral lhe inflinge esse estigma; que o homem votado ao cadafalso não póde ser testador e clamar *dico testator*, e conceder-lhe dispor da terça, não só em bem da alma (o que poderia ter escusa nos principios da religião), mas a seu alvedrio; e jacta-se ainda d'esta ampliação? Concede s. ex.<sup>a</sup> a divisão da indignidade, de fórma que o mesmo individuo seja digno e indigno ao mesmo tempo? Acha immoral que o homem possa dispor de dois terços de seus bens, mas acha moral conceder-lhe o dispor do outro terço, e a respeito d'elle, poder exclamar: *dico testator et erit lex*?! Responda. mostre a coherencia de taes principios! E se os seus conceptos não são monstruosidades, iguaes ás inventadas por Virgilio e Horacio, esmague o insignificante parto da montanha; mas não esqueça que tambem existem apologos e

fabulas, que symbolisam e estigmatizam a inchação, e a vaidade.

Não deixou nem devia deixar de responder o illustre Apostillador ás observações ao artigo 365.º, em que se trata da mesma questão; e nós o seguiremos passo a passo nas suas considerações.

Primeiro argumento: *Se é a sentença condemnatoria que opéra a nullidade do testamento do condemnado á morte, seria logico (postoque injusto) annullar o testamento posterior, mas não o anterior: se é o facto criminoso, não se póde justificar a annullação de testamento feito antes de perpetrado o crime.* A isto responde o illustre Apostillador, que nós confundimos factos com direitos; que nas disposições de ultima vontade o direito considera duas epochas; primeira, aquella em que se faz o testamento; segunda, aquella em que se abre a herança; que em relação ao herdeiro, ou legatario, não ha direito adquirido senão pela realisação da segunda epocha, até á qual o testamento póde ser revogado; que esses são os principios de direito, e que nós suppomos que o herdeiro tem adquirido direitos antes da morte do testador; que o criminoso pelo delicto cáe debaixo da acção da lei, e póde castiga-lo devidamente na sua personalidade, que comprehende a capacidade juridica; que a faculdade de testar importa a faculdade de revogar o testamento até á morte; e, ou a lei havia de privar o criminoso d'esta faculdade, ou deixar-lh'a, privando-o d'ella, era forçoso annullar o testamento anterior; porque de outra fórma não seria o testador que dispunha, mas a lei, impedindo-o de o re-

vogar, etc. Analysaremos estas rasões que apparentam, mas não têm fundamento algum.

Começaremos por dizer, que é inventiva do illustre apostillador a supposição que nos attribue; pois não sustentámos, nem carecemos sustentar, que o herdeiro ou legatario tem direitos adquiridos antes da morte do testador; e n'esta parte estamos accordes em principios; em que não estamos é nas consequencias que d'elles se tiram, e n'elles se não contém.

O illustre apostillador encarou o negocio pelo lado dos direitos do herdeiro ou legatario; mas devia não perder de vista que tambem ha direitos de testador; a lei que concede a facção testamentaria activa, confere uma faculdade que, depois de exercida, se resolve em direito; e este não póde ser offendido por uma lei posterior: o testamento, á sombra da lei que confere a faculdade de o fazer, é um acto consummado; e se alguém o póde destruir, sem que o homem o revogue, é a lei que usurpa o logar do testador, unico a quem pertencia o direito de o revogar; já se vê pois que do testamento feito não resulta para o herdeiro ou legatario direito algum, e sim uma simples expectativa; porém quanto ao testador ha o direito consummado em virtude da faculdade levada a effeito. Mas n'esse caso (diz o illustre apostillador), era mister dar-lhe tambem a faculdade de o revogar; nós que sustentámos, não só que o testamento é valido, mas que não deve haver inibição de testar, estamos em terreno plano e sem difficuldades: o sr. Seabra, que sustenta o contrario, por todos os lados encontra embaraços: querendo dar um passo, mais

se embrenha no labyrintho, sem que encontre fio salvador.

E porque o condemnado não ha de poder testar e revogar o testamento?! A lei, segundo a offensa commettida (diz a apostilla) deve castiga-lo devidamente na sua personalidade, que comprehende a capacidade juridica. Deve castiga-lo! Já s. ex.<sup>a</sup> se esqueceu da auctoridade de mr. Riché, e mr. Ronher, com a qual sustentou que não era pelo pensamento da intimidacão, nem da exemplaridade, e sim por um principio de moral que o condemnado devia ser inhibido da faculdade de testar? Em que assentâmos? Essa inhibição é, ou não é uma pena?

O illustre apostillador ainda foi mais longe, e disse: *deixando ao criminoso a faculdade de testar, era consequencia deixar-lhe tambem a administração de seus bens.* A defeza de uma ruim causa faz cair, ainda aos mais engenhosos dialecticos, em paradoxos e contradicções. O menor que já tiver completado quatorze annos póde testar (projecto de Codigo, artigo 1895.<sup>o</sup>): esse menor não póde administrar seus bens emquanto não for emancipado (artigo 282.<sup>o</sup>). O prodigo não administra seus bens (artigo 350.<sup>o</sup>), mas o prodigo póde testar (artigo 357.<sup>o</sup>). Segue-se portanto que póde haver faculdade de dispor, sem haver a administração dos bens. É o sr. Seabra que responde a si proprio.

E os herdeiros testamentarios e legatarios do condemnado á morte estarão no caso dos que não podem ter mais do que uma expectativa? Não terão direitos adquiridos? É esta uma questão que cumpre aprofundar.

A pena de morte (dizia mr. Tronchet no Conselho d'Estado) traz consigo a morte civil, pois o que n'ella incorre morre incapaz dos diversos effeitos civis, como é a faculdade de testar. O sr. Seabra, seguindo a mesma doutrina, diz a pagina 91: *Aqui não se trata de expropriação, trata-se de prover sobre os bens de um homem, que é morto sem testamento; pois morto é considerado desde que a lei o condemna irrevogavelmente; e a pagina 99 diz: é uma consequencia (a inibição de testar) logica da condemnação a pena ultima, passada em julgado: este homem está legalmente morto, e não pôde portanto ser juridicamente considerado como vivo nos actos juridicos; e consignou esta doutrina no seu artigo 361.*, determinando que o condemnado á morte perde todos os seus direitos civis desde o dia em que a sentença tiver passado em julgado. É portanto n'este momento fatal que o homem morre civilmente; um momento antes tinha todos os direitos civis, um momento depois não tem nenhuns. D'esta fórma, se o considerarmos um momento antes, elle, conservando a sua capacidade civil, e todos os seus direitos, podia validamente dispor de seus bens; se o considerarmos um momento depois, já é morto; como morto não pôde revogar o testamento; os bens já passaram aos herdeiros escriptos; os direitos d'estes foram firmados no momento da morte; e só uma lei despotica e arbitraria lh'os pôde arrancar.

Mr. Mourlon<sup>1</sup>, referindo-se á opinião de mr. Tronchet, diz: que essa foi a idéa do legislador; porém que evi-

<sup>1</sup> Mourlon, livro 1.º, titulo 1.º, secção 2.º, § 3.º, n.º 4.º

dentemente, esta applicação não é juridica; a idéa que lhe serve de base é absolutamente falsa. Sim (diz elle), o testamento não é valido senão quando o testador morre capaz, porém será verdade que o testador, que morre civilmente, morre incapaz? Eis-ahi está o erro! E com effeito, aquelle que morre civilmente é *perfeitamente* capaz no momento em que a morte civil o fere, como o morto naturalmente no momento em que exhala o ultimo suspiro. Sem duvida o morto civilmente torna-se incapaz immediatamente, depois que a morte civil o feriu; mas não succede o mesmo á pessoa que morre naturalmente? Não é ella tambem ferida, para o futuro, de uma incapacidade absoluta? Em outros termos; a morte civil não póde ser severa senão contra os que têm capacidade juridica; portanto aquelle que morre civilmente, tem capacidade no momento em que a morte civil o fere; e assim o testamento que elle tem feito anteriormente deveria valer, se não fosse considerado senão segundo as regras, que devem regular a capacidade exigida para sua validade: e passando a mencionar que o fundamento da disposição prohibitiva e annullatoria tem a sua base, não na incapacidade, mas na indignidade (principio que já combatemos), acrescenta estas palavras: *Quel que soit le motif qu'on donne à l'appui de la nullité du testament que le mort civilement avait fait en temps de capacité, la rigueur de la loi à cet égard ne sera jamais pleinement justifiée. Cette nullité contre qui sévit-elle en effet? Contre le testateur sans doute: l'idée que ses biens ne passeront pas à ceux qui l'ont aimé, aidé pendant sa vie, auxquels il avait voulu*



*temoigner son affection et sa reconnaissance, deviendra pour lui la source d'une torture moral! Mais qui en souffre le plus? ne sont-ce pas les légataires? Or, qu'ont ils fait, pour leur enlever le legs qui leur a été adressé, et qui n'était peut-etre que la réparation d'une injustice dont le testateur s'était, pendant sa vie, rendu coupable envers eux, ou la recompense d'un service? Ne voit on pas qu'en punissant le testateur, la loi fait tomber sa rigueur plus encore sur des innocents que sur le coupable lui meme?*

Em presença d'estas considerações ajuizem os espiritos esclarecidos e desprevenidos, se é justa e racional a disposição, ou se ella fere os direitos do testador; e até mesmo os dos herdeiros escriptos: se n'este caso não é a lei que usurpa os direitos d'aquelle, revogando o testamento, que só elle podia revogar.

Segundo argumento. *É uma contradicção annullar o testamento anterior, e deixar validos os contratos feitos, principalmente depois da perpetração do crime.* O nobre apostillador presumiu que d'esta fórmula nós queriamos que se annullassem esses contratos, o que era uma injustiça; porque elles conferem direitos irrevogavelmente adquiridos: pelo contrario, seriamos os primeiros a clamar contra a tyrannia de uma similhante lei. O que nós quizemos foi fazer avultar o absurdo do principio da incapacidade; porque não se póde conceber, que o mesmo individuo tenha capacidade para doar, para contratar. e para administrar os seus bens, e não a tenha para testar; que tenha capacidade para o mais, e não a tenha para o menos. Eis-aqui o que nós estigmatizámos

como palpavel contradicção; eis-aqui por que dissemos, que taes codificadores, para serem logicos, deviam annullar os contratos, assim como annullavam os testamentos; e pelo absurdo, a que os levava a sua logica, ser-lhes-ia facil inferir que os principios eram falsos.

Terceiro argumento. *A inhibição de testar só servirá para incitar o accusado a contratos fraudulentos, simulados, e lesivos.* Responde o nobre apostillador, que se assim succeder, esses contratos podem ser rescindidos: o sr. Seabra esquecer-se-ia do que escreveu no seu livro *a propriedade* sobre estes objectos? Esquecer-se-ia de que no seu projecto não admitte a revogação dos contratos pela lesão? E, prescindindo de taes considerações, será moral a lei que incita a fazer taes contratos? S. ex.<sup>a</sup> concede que é natural que o accusado, sabendo não poder dispor por testamento, trataria de dispor entre vivos, d'esses bens, por outro titulo; e acrescenta: *É de crer que assim succeda, mas isso mesmo responde ás declamações do illustre censor; por isso que na mão do condemnado está fazer vigorar a sua boa vontade testamentaria, dispondo em favor do instituido, v. g., por doação em tempo, em que se não acha interdicto.* Ainda duvidâmos que essas palavras fossem escriptas pelo punho do sr. Seabra.

Prescindiremos de mostrar que, em taes circumstancias, a inutilidade da lei está confessada; pois querendo fulminar o testador de incapacidade ou indignidade, lhe deixa os meios de a burlar e illudir; mas não podemos deixar de perguntar onde está a moralidade de tal disposição? Como pôde a lei animar a sua violação?

Como remediará ella os prejuizos no caso de perdão ou amnistia para o perdoado? Como se conceberá n'essa hypothese a justiça de privar o individuo do direito de revogar as suas disposições, quando apenas foram feitas para substituir as testamentarias, que a lei iniquamente lhe annullava? Como sustentar o paradoxo de que o homem está legalmente morto para que não valha o testamento, e está vivo para valerem as doações? Na carencia de rasões plausiveis, não seria de estranhar que apparecessem as engenhosas; mas nunca pensámos que se rebaixasse a dialectica até á offensa da moral.

Quarto argumento. *A prohibição de testar vae interessar os herdeiros legitimos na condemnação do accusado, e fazer com que descurem a sua defeza.*— Responde a isto o nobre apostillador: que o testador tem sobejo tempo, antes de condemnado por sentença passada em julgado, para reconhecer esta infamia de seus parentes, e n'esse caso é-lhe facil dispor a favor de outrem de seus bens entre vivos. E se a defeza tiver sido descurada, e por essa rasão tiver logar a pena de morte, que seria removida se aquella o não fôra, como obviar os effeitos? Quem restituirá a vida ao executado? Fraco lenitivo o de poder privar os herdeiros de seus bens, quando a cubiça d'elles lhes faz perder a vida! Accresce que a esta resposta são applicaveis as considerações de moralidade que fizemos á anterior.

Quinto argumento. *A prohibição importa offensa dos principios consignados na Carta, que não permittem que a pena passe alem da pessoa do delinquente, nem haja confiscação de bens.*— A resposta de que o testa-

mento não confere, *ipso facto*, direitos aos instituidos, já ficou rebatida nas considerações feitas sobre o primeiro argumento, ás quaes nos remettemos; e quanto á offensa da propriedade, diz o illustre apostillador que «se não é propriedade senão o que a lei considera como tal, é evidente que só póde ser garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade que a lei reconhece». Se este é o thermometro da garantia, caduca o systema do direito de propriedade estabelecido pelo Sr. Seabra na sua *Philosophia do Direito*, que é conforme com o de Ahrens; e prevalece o de Montesquieu e Bentham, affirmando que a propriedade nasce e morre com a lei.

Em face de taes doutrinas, perguntaremos se não é garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade, regulado pela lei turca ou argelina? Não vê o sr. Seabra que com taes principios, se a nova lei estabelecer o direito de primogenitura e o da masculinidade para todas as successões; se aniquilar o direito de testar, se declarar o fisco herdeiro de todos os criminosos, se restabelecer o feudalismo, póde da mesma fórma dizer-se que está garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade? Não se confunda o que é com o que deve ser (já dissemos e repetimos), nem o direito constituido com o constituendo. A lei civil, justa ou injusta, enquanto não é revogada, tem de ser respeitada; mas agora, que se trata de organizar um novo Codigo, cumpre regular pelas normas da justiça as suas disposições, para que a disposição da Carta, que garante o direito de propriedade, seja uma verdadeira garantia, e

não uma burla; seja uma realidade, e não uma mystificação.

Por ultimo o illustre apostillador soccorreu-se á lei franceza de 31 de maio de 1854, para mostrar que se ella aboliu a morte civil, *La mort civile est abolie*, conservou quasi todas as suas consequencias; mas d'ahi que se segue? Que a civilisação a forçou a reconhecer o principio; e foi para isso que nós a citámos, embora o despotismo illustrado que lá domina não permittisse acabar com todas as consequencias; o tempo fará o resto. Porém, por que não disse palavra o douto apostillador sobre as outras legislações, que nós tambem citámos? Que nos diz das Constituições e Codigos da Noruega, da Dinamarca, da Toscana, da Belgica e da Hollanda, que estabeleceram o principio de que nenhuma pena importaria a morte civil, nem a perda dos direitos civis? E confrontadas ellas de que lado estará a rasão, de que lado estará a philosophia?

Depois que o christianismo veio evangelisar o dogma da igualdade; depois que a sua influencia foi, pouco e pouco, despedaçando os ferros que opprimiam e roxeavam os pulsos do escravo, era consequencia obliterar dos Codigos as disposições attinentes a tornar os condemnados por crimes graves, servos da pena; todavia, com espanto e admiração, ainda n'este seculo ha defensores da morte civil, ou privação de todos os direitos civis, hem que reconheçam não ser esse preceito justificavel, nem pelo principio da intimidación, nem pelo da exemplaridade, e menos pelo da indemnisação; quer dizer, que não preenche um unico dos fins da penalida-

de; e não podendo sustentar-se n'esse plano inclinado e escorregadio, recorrem a um miseravel effugio, dizendo que a moral ultrajada reclama se marque o criminoso com o ferrete da indignidade, sem se recordarem que a honra vale mais que a vida, que os direitos respeitantes áquella são absolutos e illimitados, e que a civilisação já tem proclamado o principio da proscricção das penas ignominiosas e infamantes. Alguns, como o douto apostillador, perplexos e hesitantes entre os principios injustos e barbaros das eras passadas, e as maximas philosophicas e humanitarias dos tempos que correm, concebem uma consubstanciação de liberdade e servidão, de vida e morte, de capacidade e incapacidade, de dignidade e indignidade, que, em ultimo resultado, faz apparecer o *horrendum monstrum*; horrendo pela junção de membros varios e repellentes, horrendo pelas suas consequencias.

Legisladores portuguezes! insurgi-vos contra tal preceito; não mancheis com elle o novo Codigo, e tende sempre presentes as sublimes palavras de Mr. Sedillez, quando disse que a pena de morte civil não era mais que um espectro phantastico, bom sómente para atormentar os legisladores e deshorrar a legislação.

# INDICE

Prologo .....	3
Capitulo I Da nullidade dos actos praticados contra a determinação da lei.....	7
Capitulo II Da legitimação por subsequente matrimonio .....	11
Capitulo III Da perfilhação.....	19
Capitulo IV Da patria poder .....	36
Capitulo V Do casamento de menores.....	46
Capitulo VI Da emancipação .....	53
Capitulo VII Da maioridade.....	61
Capitulo VIII Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria.....	67
Capitulo IX Da prescripção .....	75
Capitulo X Do arrendamento .....	93
Capitulo XI Do emprazamento.....	109
Capitulo XII Da successão testamentaria .....	120
Capitulo XIII Das substituições .....	129
Capitulo XIV Da fôrma dos testamentos .....	148
Capitulo XV Da successão legitima.....	158
Capitulo XVI Da prova documental.....	164
Appendice I Excerptos das observações sobre a primeira parte do Projecto doCodigo Civil Portuguez.....	187
Appendice II Excerptos da Resposta á primeira Apostilla .....	215
Appendice III Excerptos da Resposta a segunda Apostilla.....	223