

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

APRECIÇÃO

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

IMPRENSA 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 ba-queou.

Alteraram a legislação respectiva a hypothecas, destruindo os principios da clandestinidade e da generalidade, e entronisando 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 novoCodigo, 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 preceitos 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.^{mo} 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; ahi 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 tinhamos 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 tinhamos 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 doCodigo 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, pronunciámos 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 fórmula; 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 razão 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 ¹; 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 public, ou aux bonnes mœurs.

O Projecto de Codigo 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 acceitavel a doutrina, não podemos deixar de notar a grande disparidade com a do nosso Codigo.

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

¹ Vide 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 fôro 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 artigo¹; o illustre auctor do Codigo sustentou a sua obra na Primeira Apostilla á qual respondemos².

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-

¹ Vide Appendice 1.º, observação ao artigo 117.º

² 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 dê 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 Código. 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 addicionaremos 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 excluïam 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

Italia¹. artigo 197.º; mas o nosso Código ampliou o reconhecimento por testamento, e ordenou que em todo o caso os effeitos da legitimação principiassem 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 admitte 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-

¹ 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 póde entrar como perfillhado, 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, póde aguardar a morte do ultimo dos paes, mas póde 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 logoque 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 perfillhados, 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 danmado 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 inclusivè de linha transversal.*

Temos pois estabelecido um principio com duas ~~uni-~~
~~cas~~ 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 forma, 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? Pensámos 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 *commun 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 Annotações 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 ali 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 contêm 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, inutilizando-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 póde essa declaração ser falsa? Não póde conter vistas especulativas? Não está sujeita á impugnação? Haverá alguma differença na prohibição da lei?

O principio, estabelecido no artigo 10.º do Codigo, 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 auctorisada pelo artigo 123.º; portanto é nulla a revelação, não é nulla a perfilhação.

Quando a inhibição 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 antenuptiaes: 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 estabeleçêra 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 razões 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 solenne 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 jurisconsultos, 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 nosso Codigo? **Quem** é habil para contrahir matrimonio? Parece obvia a resposta: são habeis todos aquelles **a quem**

a lei não inhihe de celebrar esse contrato; assim, se a inhição comprehendesse unicamente aquelles a quem se prohibe a perfilhação, seria mais defensavel e logica a disposição do artigo 125.º; mas como essa inhição 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 inhições de casamento communs a ambas as especies d'elle; no artigo 1070.º, quanto ao casamento catholico, fez uma referencia geral á lei canonica, sancceionando 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 inhição 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 inhiidos 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

