

## SCIENCIAS MORAES E SOCIAES

## ESTUDOS DE DIREITO CIVIL

O artigo XVI do Código Civil Portuguez

## I

Com o volver dos annos modificam-se as instituições, transformam-se as idéas, criam-se relações novas, surgem novas necessidades sociaes. Estas evoluções são fatalmente acompanhadas pelo direito positivo.

D'ahi a primeira inconveniencia das codificações, em abono da eschola historica de direito; d'ahi a necessidade constante de que o direito escripto se alargue nas manifestações practicas, e de que os encarregados da execução das leis não percam de vista o direito subsidiario.

Se a lei exprime e denuncia uma necessidade, se as necessidades surgem diversas, e até oppostas, cada dia e cada hora, racionalmente se conclue que a variabilidade, factor circumstancias não se compadece com a permanencia de um código. E em todos os tempos entenderam isso os mestres da jurisprudencia. A *Lei das XII tábuas* erigida a regra jurídica dos primeiros juriconsultos, mas andaram os tempos, e o que nun Roma; olhava como excepção, no outro convertia-se em regra: as *respostas dos prudentes* e o direito pretorio desacataram a respeitabilidade do direito escripto, e puzeram a voz dos oráculos na bocca dos juriconsultos do imperio. Porém o novo direito romano, o direito *commum* tinha tambem de perder um dia a sua universalidade. E perdeu-a: o código wisigothico, as *Partidas*, as *Extravagantes*, e, entre nós, as *Ordenações* e os *Foraes*, aprofundaram o golpe na legislação do imperio, embora o direito romano lhes permanecesse subsidiario.

Não podia parar-se: a revolução acesa em França rasgou um horizonte novo e largo ás legislações dos povos modernos. Para as novas instituições, cimentadas na razão e na liberdade, requeriam-se novas regras que requezassem o espirito da revolução.

O *Código civil francez* foi traducção, embora imperfeita, das idéas novas. Portalis e Maleville inauguraram as codificações liberas da Europa, entre as quaes é de justiça dar cabida ao *Código civil portuguez*.

Código racional, redigido, na quasi totalidade dos seus artigos, consoante as idéas e as circumstancias do tempo, desprendendo-se até, algumas vezes, dos acanhados moldes do código fundamental, o *Código civil portuguez* não podia comtudo isentar-se do facto pecu-

VOL. XV.

liar a todas as codificações. Na impossibilidade de prevenir todas as hypotheses que exhibe no artigo 16.º e pela legislação civil, — «Se as questões soa disposição seguinte: ções não puderem ser bre direitos e obrigações da lei, nem pelo sresolvidas, nem pelo casos analogos, prevemu espirito, nem pelo serão decididas pelos pridos em outras leis, tural, conforme as circuncipios de direito nantancias do caso.» —

## II

Para interpretarmos stuirmos o pensamento uma lei, ou reconom lançar mão dos ele do legislador, podeção, preconizados por mentos de interpreta-dos na doutrina do aSavigny, e consigna-civil: o grammatical, otigo 16.º do *Código* rico e o philosophico. systematico, o histo-

Para analysarmos o t-riamo-nos do elemento *facto da lei*, basta servirno-nos do elemento grammatical. Por esta expressão não se intenda que devemos tomar em linha de conta todos os sentidos que uma palavra porventura offereça: o que devemos é confrontal-a com as outras da respectiva oração, confrontar esta com as que a lei abrange, etc.

A interpretação litteral é da maxima importancia no estudo da legislação; mas para que ella surta o desejado effeito, para que syn nos leve ao descobrimento da unidade tica, çica, tem de salvar os escolhos da casuística, e exaggerações de juristas incautos e

28.

## III

O espirito da applicação de todos pode revelar-se nos pela tação, mas especialmente elementos de interpre-

Em toda a lei pree do historico. geral. Como que attromina uma unidade commum, todas as disidas por uma força devem grupar-se em toosições d'um código capital, de que são evcno d'um pensamento

Ao desenvolvimentoução. de applicar o elemend esta unidade temos acontece por vezes queo systematico. Mas tematico e o grammaticentre o elemento symia que os desliga e sepl ha notavel antinolaçamos mão do histora. Nesta hypothese, O elemento historicoco.

ção da lei respectiva demanda a compara- que se referem ao mem as leis anteriores

Na historia predomino objecto. uma instituição ou assantm estas duas leis: se uma instituição assenta em bases racionaes, o tempo desenvolve-a e aperfeçoa-a; se ella contraria a natureza, os direitos do homem,

N.º 12 \*

a razão ou a liberdade, e se só a justificam as circumstancias de tempo em que se levantou, o tempo conduz-a, de modificação em modificação, á aniquilação completa.

Haja vista, para exemplo, a historia da familia e a historia da escravatura. A familia, como filha da associação, não podia deixar de desenvolver-se com o tempo. O reconhecimento da personalidade individual, da liberdade e de todos os direitos absolutos do homem, reconhecimento derivado dos alvores da civilisação, havia de modificar o poder paternal, tirar das mãos do pae o latego do *senhor*, conceder garantias á mulher, e tornar o filho, como homem, susceptível de amplos direitos.

Muito pelo contrario a escravatura, desconhecendo a egualdade entre os homens, injuriando os principios eternos do amor e da justiça, havia de soffrer os golpes do tempo, e cair para sempre deante da luz da civilisação.

O estudo das leis da historia e dos factos que d'ellas derivam importa verdadeira vantagem na interpretação da lei. O elemento historico não se cifra sómente em ver a fonte d'uma ou de outra disposição legislativa: é mister ver as circumstancias que promoveram o nascimento do facto; a organização da sociedade coeva; e seguir o facto nas suas transformações, e causas d'ellas, através das edades. Póde bem ser que uma instituição, justificavel, se não necessaria, em certos e determinados tempos e logares, tenha de ceder o passo ás exigencias d'uma sociedade nova, e ás leis da philosophia.

#### IV

Vejamos agora o que entender-se deva por «casos analogos, prevenidos em outras leis,» de que fala o referido artigo do Codigo civil.

Para responder a alguns que, por essas leis entendem as civis anteriores ao *Codigo*; e a outros que trazem á balha o direito romano, bastará citar o artigo 5 da carta de lei de 1 de julho de 1867:

«Desde que principiar a ter vigor o Codigo civil, ficará revogada toda a legislação anterior, que recair nas materias que o mesmo Codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.»

Entende alguém que aquellas expressões «quer seja geral, quer seja especial,» abrangem só a legislação civil. Não póde ser: revogada a geral, considerar-se-ia revogada a especial. Para sabermos que legislação especial é esta, estudemos o artigo 3.º do Codigo civil:

«Se os direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil

dos cidadãos, denominam se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no Codigo civil, *excepto na parte que é regulada por lei especial.*»

Ora, esta lei especial refere-se ao direito commercial, o que manifestamente se conclue da leitura do *Projecto* do Codigo civil.

Conseqüentemente o Codigo Civil revogou toda a legislação anterior, civil e commercial, que recair possa nas materias do mesmo Codigo.

E não só negamos ao Direito Romano auctoridade legal em vista do Codigo, mas até não podemos admittir que as *outras leis* de que fala o artigo 16.º sejam leis civis. Escoramos este asserto no artigo 6.º da citada carta de lei:

«Toda a modificação no direito, que de futuro se fizer sobre materia contida no codigo civil, será considerada como fazendo parte d'elle, e inserida no logar proprio.»

D'este artigo, cujas razões o sr. Barjona de Freitas exhibe no seu *Relatorio*, deduzimos que tambem as leis civis posteriores ao Codigo não lhe servem de subsidio, pois que ficam fazendo parte do mesmo codigo.

Em nosso entender, é, sobre este ponto, inadmissivel a doutrina dos *eximios* juriscultos Dias Ferreira, Scabra e Gil; e commungamos a idéa de que por *outras leis* se devem entender todos os ramos de direito, á excepção do civil, mas especialmente o direito commercial.

É claro que, para avançarmos esta proposição, temos de rejeitar as theorias de Delamarre que sustenta a independencia do direito civil e do direito commercial<sup>1</sup>, e seguir a doutrina de Massé<sup>2</sup>.

Ninguem contesta que o direito commercial, em presença da mobilisação crescente da riqueza, segundo as palavras de Massé, e em presença da diffusão dos valores industriaes, tende a deixar de ser o direito exclusivo dos commerciantes, para tornar-se o direito de todo o mundo.

Por isso não se estranha que muitos tratadistas de direito commercial estudem as relações do direito civil com as pessoas commerciantes, com as coisas que são objecto de commercio, e com as obrigações commerciaes.

Applicando ao nosso caso o que deixamos dicto, vemol-o confirmado pelo proprio auctor do nosso codigo commercial. Na dedicatoria da sua obra a D. Pedro IV dizia Ferreira Borges:

«Em o 2.º livro tractei com mais amplitão, do que em nenhum outro codigo commercial se acha tratado, das *obrigações e contractos* commerciaes, e modos por que se extinguem e dissolvem. Fiz assim inui acintemente para

<sup>1</sup> *Traité théorique et pratique de droit commercial.*

<sup>2</sup> *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.* (M. G. MASSÉ).

supprir de algum modo as faltas do nosso código civil actual. Como o direito commercial é direito de exceção, tornava-se necessario pôr a regra, e d'ahi a exceção para evitar o absurdo de legislar exceção a regra imaginada ou incerta, ou emfim não existente; e para deixar ao mesmo tempo já prompto para o compilador do código civil o fio, por onde o nosso código deve necessariamente, *em harmonia com aquelle*, atar-se, unir-se, e amalgamar-se um só e inteiro corpo de legislação.

«..... Não deixei de mencionar expressamente os casos em que se carecia de legislação penal, para que nenhuma hypothese escapasse, e os códigos de futuro jogassem de harmonia.»

## V

Em lugar do direito natural, indicado como subsidio do código civil, o *Projecto* do mesmo código indicava a equidade, — indicação inconvenientissima, porque, collocada entre a moral e o direito, olvidava os dictames do justo, que devem sempre presidir á applicação da lei, se é que a equidade pode ter uma definição exacta.

Para Aristoteles a equidade era uma mitigação da lei escripta por causa das circumstancias occorrentes. Para Grocio uma virtude correctiva d'aquillo, sobre que a lei nada dispoz, por causa da generalidade das suas palavras. Para Wolfio, uma virtude que nos inclina a dar a outro aquillo que só imperfeitamente é devido.

Correia Telles<sup>1</sup>, citando essas definições, e não se atrevendo a censural-as á vista da sentença do Digesto — *Omnis definitio in jure civili periculosa*, — entende por equidade o mesmo que direito natural.

Sem nos determinarmos a avançar se a equidade favorece mais ou menos que o direito natural o arbitrio dos juizes e dos interpretes da lei, inclinamo-nos a que o notavel jurisconsulto não possuia a verdadeira noção de direito natural.

Não se imagine que vamos impugnar aqui tantissimo systema sobre o principio absoluto, regulador das acções humanas, e determinar o verdadeiro principio metaphysico de direito natural. Campo tão vasto, não o tactearemos hoje, á mingua do tempo, de forças, e talvez de ensejo. O que afoitamente podemos assentar é que, a despeito da variedade das formulas com que os philosophos têm querido traduzir o principio do direito, existe na consciencia de todos os homens o sentimento innato do justo, e a intuição dos principios absolutos da philosophia do direito.

Conhecedor d'esses principios, o interprete da lei tem de elevar-se á idéa typica do facto

social, e condemnar ou respeitar, á luz eterna dos principios da philosophia, esta ou aquella interpretação dos phenomenos juridicos.

## VI

«Conforme as circumstancias do caso,» — conclue o artigo 16.º do Código Civil.

Nestas palavras vemos significada a bondade absoluta e a bondade relativa, que devem ser a alma de toda a lei positiva.

Neste ponto é mister a alliança dos principios affirmativos da eschola philosophica do direito com os da eschola historica do direito. Esta, ensinando que o direito, manifestado pelos costumes de cada povo, só pela historia é conhecida; aquella, avançando que as instituições se não justificam pelas circumstancias do tempo em que appareceram, mas que devem sempre aferir-se pelo direito philosophico; nem uma nem outra satisfaz isoladamente ás condições do direito positivo.

Requer-se pois a alliança do elemento historico com o elemento philosophico. Requer-se o estudo das manifestações juridicas através dos tempos, e conjunctamente o estudo dos principios immortaes do direito, e da racionalidade da sua applicação.

Só assim a legislação, inspirada pela idéa do justo, e accommodada ás necessidades de cada epocha, levará a sua influencia ao desenvolvimento progressivo da humanidade.

C. DE F.

<sup>1</sup> *Commentario critico á lei da boa razão.*