

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PLANO DA OBRA

Divide-se em quatro partes o projecto de codigo. Tracta-se na primeira — *da capacidade civil*, — na segunda — *da aquisição dos direitos*, — na terceira — *do direito de propriedade*, — e na quarta — *da offensa dos direitos e sua reparação*.

Não daremos as razões, que determinaram, e justificam esta distribuição de materias. Deixaremos fallar por nós o sabio auctor do projecto de codigo na sua primeira apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho:

«Qual é o nosso fim? Dissemos. Expor o direito civil na sua ordem mais simples e natural. Ora essa ordem não pode ser fundada senão na mesma natureza do direito. E que é o direito civil? Sem duvida o complexo das regras ou disposições legais, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si. Ora quaes são os elementos juridicos essenciaes nestas relações? o sujeito dos direitos, ou seja o crédor, — o sujeito da obrigação, ou seja o devedor, — e o objecto d'esses mesmos direitos e obrigações.

Poderíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não certamente, ou se considere esse objecto, como cousas, ou como serviços: não as cousas, porque seria impossivel reunil-as, classificar-as, e comprehendel-as todas na massa existente e possivel, — não os serviços pela sua propria natureza variavel e indefinida; — e não as cousas e serviços finalmente, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, — e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis.

Poderíamos nós fundar o nosso systema debaixo do ponto de vista das obrigações? Também não. A obrigação é um elemento

secundario, uma idéa relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito. E posto que o direito indique tambem necessariamente a idéa de uma obrigação geral ou particular, — é certo que o direito pode nascer, subsistir, e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece á obrigação em relação ao direito. O direito exprime um principio absoluto e independente, — a obrigação um principio subordinado e dependente. Não ignoramos que alguns escriptores modernos, taes como Droz, Oudot, e Thiercelin, renovando as idéas originalmente aventadas na Alemanha nos fins do seculo passado por Heydenreich, pretendem fundar o direito na obrigação; mas uns confundiram a moral com o direito, e outros, como Thiercelin, referiram-se simplesmente aos direitos primitivos ou absolutos, e não aos relativos; e entrando na exposição de uns e outros direitos, reconheceram a impossibilidade de os expôr debaixo do ponto de vista da obrigação.

Restava-nos pois o sujeito do direito, e foi esse o ponto de vista que adoptámos na formação do nosso plano.

Mas como no sujeito do direito ha necessariamente duas idéas predominantes e distinctas; — o poder ou seja a autonomia, a faculdade eminente, — o a acção, ou faculdade practica, — cumpria definir a primeira, antes de tractar da segunda, — ou por outras palavras — era necessario *começar pelo principio* — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, no reconhecimento dos meios por que pode adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os pode fruir, conservar e defender.

Achamos pois, que todo o direito (no sentido determinador, ou regulador) necessariamente devia referir-se a quatro pontos

capitales, que podiam servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta jurídica, a saber: 1.<sup>o</sup> natureza do ente jurídico — (capacidade); 2.<sup>o</sup> seus meios de vida — (aquisição); 3.<sup>o</sup> fruição d'esses meios — (propriedade); 4.<sup>o</sup> conservação — (violação, defesa dos direitos).

Os jurisconsultos, que têm dado alguma attenção ás theorias methodicas, reconheceram facilmente que o nosso plano é inteiramente novo; logico, simples, natural e completo, pois não pode haver especie alguma de direitos, que não entre necessariamente em alguma das casas indicadas. Para ser entendido basta pronunciar-o, — e para enunciar-o bastam quatro palavras.»

Em breves palavras justifica o illustrado redactor do projecto o methodo, que adoptou, e que foi até approvado pelo governo, como base da verdadeira distribuição das doutrinas.

A questão de methodo é de alta importancia em todos os trabalhos scientificos, e especialmente nos livros das leis, que devem ser claras e accessiveis ao espirito de todos os que têm interesse em as conhecer, e obrigação de as executar.

Se as condições internas da lei são o respeito pelos principios do justo, e a conformidade com as necessidades, que ellas tendem a satisfazer, externamente não podem dispensar inteira clareza na redacção, e uma distribuição logica e methodica, que auxilie e complete a clareza das suas provisões.

Ter-se-ha porém conseguido organizar algum codigo, alguma collecção de leis com um methodo tão verdadeiro, que todas as doutrinas quadrem ás divisões respectivas, e só a ellas, e que se evitem deslocacões e repetições de materias?

Por muito tempo o methodo geralmente usado era o do direito romano: tractar o direito pelo systema de *pessoas*, *cousas*, e *acções*. Porém este methodo não era philosophico.

Em primeiro logar as acções, longe de serem um elemento do direito, são um meio de realisar o direito já existenté. Por outro lado todo o direito positivo implica necessariamente a reunião simultanea dos tres elementos — *pessoas* — *cousas* e *actos juridicos*.

Não ha direito sem sujeito, ou *pessoa*, a quem pertença; sem objecto, ou *coisa*, sobre que elle recaia, ou em que se exercite; e

sem *acto juridico*, que lhe dê nascimento, ou occasião de elle apparecer.

Por tanto não se podia logicamente estudar em separado elementos, de cuja reunião dependia essencialmente o pensamento, que tinhamos a considerar.

Apesar d'isto teve sempre muita voga este methodo por ser claro, e simples e ter sido abraçado por muitos escriptores, e adoptado em muitos codigos.

A nós affigura-se-nos impossivel o alcançar, no estado presente da sciencia juridica, um methodo completo e racional.

É muito complexa a natureza do direito, e não está ainda bem determinada e definida, para servir de ponto de partida, e de base segura a uma justa distribuição do materias.

Em these não discutimos a bondade e preferencia dos methodos nos livros das leis. Aceitamos practicamente, como melhor, aquelle que mais facilitar a clareza na legislação, e evitar mais repetições e deslocacões de materias. Estas vantagens porém, que podem experimentar-se e apalpar-se, não podem theoricamente demonstrar-se com relação á sciencia da methodologia.

Não discutimos pois o plano do codigo em geral. Reservâmo-nos para notar nos pontos especiaes a fidelidade, com que elle foi respeitado. Tambem não fazemos agora uma exposição geral das materias, em que o projecto fez grandes alteracões na legislação existente, das que introduziu de novo, e das que eliminou.

Esta synthese ficará para depois da analyse de todo o codigo. Será então mais proveitosa, e mais facilmente comprehendida.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

As palavras *capacidade civil*, — de que usa o codigo na epigraphe da parte primeira, não significam o que os antigos entendiam por direito das pessoas.

A *capacidade juridica* envolve todos os direitos e obrigações das pessoas nas suas reciprocas e diversas relações sociaes. A *capacidade civil* é uma especie da capacidade juridica, e abrange simplesmente os direitos relativos ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como méros particulares.

Um codigo civil não podia considerar, e regular a capacidade juridica em geral, sem ultrapassar os limites do seu objecto. Todos os direitos, que não respeitarem ás relações particulares dos cidadãos, deixam de ser regulados pela lei civil, e por isso o projecto não tracta senão da capacidade civil, porque não regula senão os actos resultantes d'esta capacidade.

Na primeira parte não se tracta dos actos, consequencia da capacidade civil, mas da capacidade civil em si, como principio geral, independentemente da acção eventual, e variada em que ella pode manifestar-se.

N'outros termos. Na parte primeira não se tracta dos contractos em geral, nem do matrimonio, nem dos outros actos, resultantes da capacidade civil. Pelo contrario, regula-se a capacidade do homem em geral para practicar esses actos segundo a sua posição e circumstancias.

A parte primeira não encerra as providões relativas á facção testamentaria, ou á celebração dos contractos; mas regula a capacidade em geral do homem, segundo é nacional ou estrangeiro, ausente ou presente, pessoa physica, ou moral, pae ou filho, tutor ou tutelado, menor ou emancipado, etc.

Na parte primeira regulam-se os direitos da capacidade das pessoas segundo as diversas posições, que ellas podem occupar, ou em que podem encontrar-se, mas simplesmente debaixo do ponto de vista dos seus interesses particulares. O objecto pois da parte primeira é a capacidade civil, como *poder*, e não a capacidade civil como *acção*.

Se o auctor do projecto guardou sempre fidelidade a esta distincção, não é assumpto para discutir agora. Expomos apenas as razões e fundamentos da divisão e classificação das materias.

As palavras — *capacidade civil* — pois significam que o objecto da primeira parte do codigo é definir e regular os direitos de que o homem é capaz em geral relativamente aos seus interesses particulares segundo a sua posição especial. A fôrma e direito regulador dos actos particulares, em que essa capacidade pode manifestar-se, não entram no objecto d'esta primeira.

### LIVRO UNICO

#### TITULO 1.º

#### *Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral*

#### ARTIGO 1.º

*Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade.*

Vê-se claramente na disposição do artigo o pensamento de definir a capacidade juridica em geral. A capacidade juridica é uma condição geral e absoluta; a capacidade civil é unicamente relativa aos direitos reciprocos entre os cidadãos, como méros particulares.

O codigo, tractando da especie, quiz definir o genero: tractando da capacidade civil, quiz definir a capacidade juridica.

Mas que necessidade haveria de estabelecer o principio juridico, consignado no artigo 1.º do codigo, que é um livro de lei, não um livro de doutrina? Soubemos na

commissão de legislação, que a respeitavel comissão revisora do projecto de código resolvera consignar no código, além das provisões legaes preceptivas, prohibitivas, e permissivas, certa somma de principios geraes, que servissem sempre de guia ao interprete, e ao executor da lei, e que concorressem para a jurisprudencia.

Cremos, que o mesmo pensamento inspirou o illustrado auctor do projecto, consignando na sua obra este principio, e tantos outros nas mesmas circumstancias.

E como este ponto tem sido muito questionado, e um dos lados por onde o código tem sido mais impugnado, para não diminuirmos um ápice á força das razões, com que o sr. visconde de Seabra justifica o seu systema, transcreveremos textualmente os seus argumentos, que se encontram numa das suas apostillas em resposta ás observações do sr. Alberto de Moraes de Carvalho.

«Ha no código alguns artigos que, á primeira vista, parecem meramente doutrinaes — e que não importam provisão alguma, imperativa, prohibitiva, ou permissiva; taes são, por exemplo, os primeiros artigos do titulo primeiro.

Porem um código, como nós o entendemos, não significa uma simples collecção de leis ou de provisões legaes, amontoadas a esmo, mas sim a legislação compilada e reduzida a tal systema, que o seu todo e cada uma das suas partes se succedam, e se liguem de fórma, que o espirito possa encontrar na filiação e serie das ideias um meio facil de comprehender e conservar na memoria a mesma legislação. A distribuição, o methodo, não é pois, nem pode ser, arbitrario. Se a percepção das ideias depende da sua distincção — a memoria é impossivel, ou pelo menos difficil, sem a sua associação.

É portanto indispensavel, quando se pretende formar um systema, remontar a principios certos, que em si contenham como em germe, na ultima synthese, o todo racional que esse mesmo systema se propõe explicar e desenvolver. As leis do methodo são geraes a toda a obra do espirito ou legal. Ora o direito civil, se na parte comprehendida no que se chama direito sancionador, pode envolver muitas disposições arbitrarías, não é assim no que toca ao direito determinador. Nesta parte o direito não é, nem pode ser, arbitrario, — ou então não

seria direito, — repousa sobre principios certos e inalteraveis, — e constitue uma verdadeira sciencia.

Se isto é exacto, como acreditamos, mal poderíamos traçar um plano racional sem indicar esses principios, que deveriam servir-nos como de fio de Ariadne no labyrintho das provisões legaes.

Isto bastaria para justificar as disposições que, em geral, se impugnam; mas ha ainda outras razões não menos ponderosas.

Primeiramente não é cousa indifferente aos interesses practicos da vida a consagração do principio — que o direito não é meramente obra da lei, — antes pelo contrario, se ha algum principio, que deva ser continuamente, e por todos os modos possiveis, proclamado a sancionado, esse principio é este sem duvida. Desde o momento em que o legislador se persuadir, que é a sua vontade que constitue o direito, — ou os subditos assim o acreditarem, — aniquilada está a dignidade moral do homem, — a sociedade não será mais que um rebanho de escravos á disposição de um despota, — que este seja singular, ou colectivo, pouco importa. O character essencial do direito, o que constitue a sua sanctidade, não está na vontade caprichosa de quem manda — está nos fins racionais do ser humano, nos principios da equidade e do justo. A lei que offende estes principios — não é verdadeiramente lei, — é um mero acto de violencia, que se sustenta pela força, mas que não constitue direito.

É preciso que o legislador não perca de vista este principio, para que saiba conter-se nos limites da sua missão; e é preciso que o subdito o entenda para que saiba sustentá-lo e defendê-lo.

É por isso que, enumerando no art. 4.<sup>o</sup> os direitos de que o homem é susceptivel, e que tenham de ser desenvolvidos no código, — dissemos no art. 5.<sup>o</sup> — *A lei civil reconhece e regula todos estes direitos e obrigações, etc.*

Será esta declaração inutil porque se não formula directamente n'uma expressão imperativa, prohibitiva ou permissiva? Creio que ninguem rasoavelmente o poderá sustentar.

*Continua.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 34

A isto accresce que quando a lei assenta uma regra geral, elevando-se a uma certa abstracção, implica sempre algum direito ou obrigação, posto que formalmente não mande nem prohiba. Um exemplo nos fará melhor entender.

Sómente o homem dissemos (no art. 1.º) *é susceptivel de direitos e obrigações*: — onde está aqui a prohibição ou a permissão? Não se descobre, por certo, á primeira vista. Parece que ha na lei apenas a declaração de uma verdade, de um principio puramente abstracto; e comtudo pode resolver-se num decreto imperativo de um verdadeiro interesse practico. Supponhamos que entrava em dúbida se os animaes eram ou não susceptiveis de direitos e obrigações. — Attribuindo-os unicamente ao homem, é claro que a lei os denega aos animaes, — e por consequencia prohibe qualquer acção juridica contra elles, o que não quer dizer todavia, que o homem não deve, em certos casos, responder pelo facto dos animaes, mas por uma razão inteiramente diversa.

E, para que se não tenha por impossivel a hypothese, bastará notar, que os processos contra animaes foram frequentes nos seculos XV, XVI e XVII — que ainda apparecem no seculo XVIII e mesmo no seculo XIX.

Varios auctores fazem menção d'estes processos, — taes como de Thou, Guy Pape, Jean Daret, Julio Claró, Bouchel, Boerio etc. O celebre Chassaneux deveu mesmo o começo da sua grande reputação á defesa dos ratos do Autois, de que fôra judicialmente nomeado curador. Gaspar Baylli, advogado no senado de Saboya, escreveu, no meado do seculo XVIII, um livro *ex professo*

sobre esta materia: — veja-se o seu *traité des monitoires*, Lyon, 1668, in 4.º. — Sendo juiz de fôra em Alfandega da Fé, deparámos com um processo d'este genero, — intentado por um dos nossos antecessores contra um boi, que havia quebrado um braço a um homem, se bem nos recordamos, do logar dos Cereijaes.

Estas ideias tinham fundamento em alguns textos do levitico, — e principalmente na celebre definição que deu Ulpiano do *Direito Natural*, na lei 1.ª e 4.ª Dig. de just. et jur. — *quod natura omnia animalia docuit, — quod omnium animantium commune est, et cujus animalia, fera, etiam perita censentur*: e mesmo em nossos tempos não falta quem lhe ligue uma certa importancia. —»

Ficam pois expostas as razões, verdadeiras e authenticas, que fundamentaram a disposição do artigo primeiro. A primeira é uma razão geral — a necessidade de consignar no livro das leis certos principios juridicos; a segunda é a necessidade de cortar a dúbida, se porventura a houvesse, se os animaes tinham tambem direitos, e de mostrar que o direito é attributo exclusivo do homem.

Começaremos pela analyse da primeira razão. Nós somos francamente contra o principio de que o livro de doutrina seja o livro da lei e o livro da lei o livro da doutrina. Porém, antes de deduzirmos as nossas razões, queremos contrapor auctoridades a auctoridades, pois que tão respeitavel é o nome do illustre auctor do codigo, e dos cavalheiros que compunham a commissão revisora, e que acceitaram o mesmo pensamento.

Transcreveremos da apostilla do douto juriconsulto o sr. Moraes Carvalho o que a este respeito disse Vicente José Ferreira Cardoso, e o jornal a *Nação*.

Ferreira Cardoso, cujo nome conhecem

e veneram todos os que em Portugal têm alguma familiaridade com os estudos de jurisprudencia, no seu livro — *que é o código civil*, — referindo-se a Jeremias Bentham, diz — *Por isso se vem a conhecer, que não escapou á perspicacia do juriscôulto inglez, que era alheio de um código tudo o que não fosse lei, e que não fosse formula legislativa.*

Diz mais n'outra parte — *No código de leis, escripto sobre o Sinai, em que nem tocou o filho de Deos, vindo ao mundo com todo o poder de seu Eterno Pai, é aonde unicamente se encontram em modelo essas ideias de perfeição e de ordem, relativas aos códigos, que de todas as analogas obras dos homens sómente se podem deduzir por meio da contemplação dos seus defeitos.*

*Quem dictava as leis do alto d'aquelle monte, enchia as funções de legislador, e não as de doutor. O seu código em vez de ensinar, decreta. Nada define; nada contém, que toque no entendimento.*

Em menos palavras ninguém exporia melhor o pensamento do celebre Napoleão primeiro — *um código não é livro de doutrina, assim como um livro de doutrina não é código.*

Na occasião em que apparecia á luz a primeira parte do projecto de código civil, escrevia no jornal a *Nação* um dos mais notaveis ornamentos do fôro da capital o seguinte — «Para que serve por tanto num código escrever a definição de direito? Se é a definição em todo o rigor da sciencia dá logar a controversias, e como expressão doutrinal o código não a accêita. Se é uma definição material rebaixa a sciencia que a não pode então perfilhar, e em vez de luzeiro que esclareça, transmuda-se em facho de discórdia, e em elemento de interminaveis discussões.

Deixemos as razões philosophicas das coisas para a sua elaboração, quando elle (o código) vier a lume, promulgado e sancionado como convem, appareça despido de todas as galas escolares, abandonem-se os adornos d'uma metaphysica, que se torna por vezes abstrusa, depure-se da quinta essencia das definições e dos prolegomenos de estylo e costume nas minutas que o confeccionaram. Sejam as disposições bem claras, e não nos digam, por meio do texto, qual foi o motivo d'ellas. Num paiz em que o espirito da lei tem uma elasticidade fabu-

losa, escrever disposições doutrinaes num código é dar pasto á hermeneutica juridica para crear centenaes de interpretações a cada artigo. Reprovâmos portanto a inserção da doutrina que se acha collocada no 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> artigo do projecto de código civil, repetimos, não porque seja errada, mas porque alli se torna nociva, prejudicial e desnecessaria. —»

Em nosso entender não pode, sem perigo, incluir-se num código, além das provisões legais, senão as definições e razões de ordem, indispensaveis para a intelligencia do texto da lei. Tudo o mais pertence á doutrina. Não comprehendemos a necessidade de consignar num código principios, cuja interpretação pode levar-nos á destruição da mesma lei.

Que a lei não é um producto da vontade humana, mas a expressão d'um principio juridico, formulado em harmonia com as necessidades sociaes, ensina-se em direito natural. Em direito civil, pelo contrario, estabelece-se o preceito de que o executor da lei não pode litar argumento da tyrannia ou injustiça d'esta para deixar de a cumprir e respeitar.

As regras geraes numa collecção de leis são perigosissimas, diziam já os juriscôultos romanos; e a uma voz o sustentam todos os que ajuntam ao estudo theorico do direito o conhecimento practico da sua execução.

O nosso respeitavel mestre, e outr'ora distincto ornamento da faculdade de direito e do fôro portuguez, o sr. Joaquim José Paes da Silva, um dos membros da commissão primitivamente nomeada para a revisão do projecto de código, diz assim nas suas observações sobre o projecto: — «Primeiro que tudo, tenho que notar, que o projecto está muito doutrinal, tanto em definições e classificações, como em principios geraes, em que assentam as materias.

O código francez traz definições em muitos pontos, porem foi mais reservado em doutrinas propriamente dictas. Outros códigos trazem algumas definições. No meio d'isto parece-me, que as definições e doutrinas podem dar occasião a grandes abusos para a interpretação e applicação das leis; e foi neste sentido, que disse Javoleno na lei 202 Dig. de reg. jur., que eram perigosas as definições e ideias geraes, pois que tinha em vista evitar o abuso, que se podia fazer

de se applicarem as regras fóra dos casos para que haviam sido feitas.»—

Sobre este ponto não fazemos mais considerações.

Reservamo-nos para demonstrar, a proposito de cada artigo doutrinal, que a sua materia é desnecessaria, ou prejudicial.

*Continua.*

# JORNAL DE EXPERIENCIA

. Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 51

Cingindo-nos strictamente á analyse do artigo primeiro, é nossa opinião que a sua doutrina é desnecessaria. O artigo primeiro ó'ginoffensivo: não faz bem, nem mal. Por isso mesmo não deveria figurar no codigo, mas tambem não mercede a pena quebrar lanças pela sua eliminação.

Primeiro que tudo o artigo não encerra uma verdade juridica: resolve a duvida, que não existia, nem carecia de resolução, se os animaes figuram no quadro das relações juridicas. É ponto incontroverso que os animaes não comprehendem as idéas de justiça, nem podem gosar de direitos, nem ser sujeitos a obrigações. E se os philosophos se entretêm com a questão da protecção, que merecem os animaes, á qual não pode ser indifferente a legislação civil, na practica nunca se confundiu a questão da protecção com a questão do direito.

Todos os entes, incluindo a propria terra, devem ser considerados segundo o lugar, que cada um occupa na escala da criação; e os animaes, como figuram na posição mais elevada, abaixo do reino hominal, maior consideração merecem que os outros seres da terra.

Mas poderão elles figurar num processo, como partes em juizo? Nunca. Os prejuizos causados pelos animaes devem ser indemnizados pelos seus donos.

Não respondem porem os donos pelo *facto* dos animaes, mas pelo seu proprio *facto*, pela sua culpa, não evitando a occasião de os animaes causarem damno.

Esta é a doutrina constantemente seguida nos tribunaes, e na legislação desde o direito romano até nossos dias. Com a mesma razão, com que no meado do seculo XIX se

consigna num codigo a disposição de que os animaes não são susceptíveis de direitos, se poderia estabelecer o principio de que todo o homem é racional, assim como no art. 362 do projecto se consigna a doutrina de que — *o pensamento do homem é inviolavel!*

Não ha no nosso entender razão alguma para sustentar a conservação do artigo primeiro com o fundamento de resolver a subtilissima e metaphysica questão — *se os animaes têm ou não têm direitos.*

O que teria ainda desculpa era resolver a questão, que alguém considera tal, — se os homens destituídos do uso da razão, ou pelo nascimento, ou por causa superveniente, gosam ou não de personalidade juridica.

Mas, pelo contrario, o artigo, longe de resolver esta questão, deixa-a de pé, e a redacção presta-se ás mais variadas interpretações.

Quem diz que só o homem é *susceptivel* de direitos — não diz — que todos os homens têm direitos — mas simplesmente afirma que só individuos da especie humana podem gosar de direitos.

Na nossa opinião nem uma nem outra questão carecia de ser resolvida na epocha de civilisação, em que estamos; e se a solução da hypothese tinha cabimento em alguma parte, não era de certo na lei civil.

Se os animaes têm ou não têm direitos é ponto averiguado e fóra de controversia; e se os homens privados do uso da razão gosam ou não de personalidade juridica é materia pertencente aos dominios da sciencia philosophica do direito.

Por tanto o artigo, além de escusado, acha-se formulado com tal redacção, que pode dar lugar a differentes interpretações.

O artigo pois devia ser eliminado, porque, além de dispensavel a sua doutrina, é menos conveniente a formula e a redacção.

Em primeiro lugar, a quem está acostu-



mado a professar a doutrina de que todo o homem, só porque é homem, tem direitos absolutos, e a *possibilidade jurídica* de adquirir os hypotheticos, faz-lhe má impressão a leitura do primeiro periodo do artigo — Só o homem é *susceptível* de direitos e obrigações. — O homem, antes e além de ser *susceptível* de direitos, tem direitos em virtude da sua natureza propria, pelo simples facto de ser homem. Nem elle seria capaz de adquirir direitos, se não tivesse em si mesmo, por virtude da sua constituição, os elementos e a base indispensavel d'essa aquisição.

O segundo periodo — *Nisto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade* — parece-nos igualmente menos verdadeiro na redacção, para não dizermos tambem na materia.

Primeiramente não é rigorosamente exacto que *capacidade jurídica* e *personalidade* significam uma e a mesma coisa.

A personalidade designa não só a *capacidade*, senão tambem a *existencia* de direitos. O homem gosa, como pessoa, e pelo simples facto de ser homem, dos direitos absolutos, que são innatos, e tem, além d'isso, a capacidade ou possibilidade jurídica de adquirir os hypotheticos.

Nem na linguagem philosophica, nem na linguagem juridica se pode confundir o termo *personalidade* com as palavras *capacidade jurídica*.

Por outro lado a personalidade não resulta de só o homem ter direitos, mas de elle ter direitos. A base fundamental da personalidade não é a idéa exclusiva, de que se tracta no primeiro periodo do artigo, mas sim o facto da existencia dos direitos. O homem é pessoa, porque *tem* direitos, e não porque *só* elle tem direitos.

Desde que no primeiro periodo se escreveu — *Só o homem é susceptível de direitos*, — deveria no segundo dizer-se — *Por isso só elle tem capacidade jurídica, ou personalidade*.

O rigor da grammatica e a verdade do pensamento reclamavam indispensavelmente que a redacção fosse concebida nestes termos, pouco mais ou menos.

Notou-se ainda com relação a este artigo a substituição do vocabulo *pessoa* pela palavra *homem*, visto ser aquella a expressão consignada na linguagem juridica.

O illustrado auctor do projecto respondeu a esta observação nos seguintes termos — «A emenda proposta importa, nada menos, que um *progresso retrogrado* de mais de vinte seculos (segundo a expressão de Marcadé) na ordem das idéas juridicas: propõe-se o restabelecimento de uma antiqua lha (*velharia* no moderno estylo parlamentar) condemnada desde muito pela philosophia do direito, e repellida de todas as codificações modernas. Entre os romanos a palavra *pessoa* tinha uma significação privativa e importante, porque nem todos os homens eram *pessoas*; mas hoje, que essa distincção absurda tem desaparecido da jurisprudencia de todos os povos, sem excepção d'aquelles que admittem ainda a escravatura, a que fim restabelecer semelhante terminologia? É verdade que alguns codigos modernos, entre elle o francez, têm adoptado a divisão de *pessoas, cousas e acções*; mas nenhum d'elles se lembrou de tomar a palavra *pessoa* no sentido privativo do direito romano.

Nestas legislações a palavra *pessoa* significa o *homem*, o *individuo* nas suas diferentes relações juridicas, que podem variar segundo as circumstancias, mas sem que deixe jámais de ser o que é.

Somos de parecer (diz Demolombe) que hoje é melhor, mais simples e mais exacto não distinguir doutrinalmente o *homem*, o *individuo*, da *pessoa*. Esta distincção abstracta e metaphysica só pode servir, num codigo civil, de manancial de obscuridades e de embaraço.

Não conhecemos no nosso direito essas mudanças e *diminuições de cabeça*, que entre os romanos effectivamente operavam a certos respeitoos uma especie de transformação e metamorphose do mesmo individuo em outra pessoa juridica.

De mais, se adoptassemos a emenda proposta, teriamos de redigir o nosso artigo nos termos seguintes; — *sómente as pessoas são susceptíveis de direitos e obrigações*. Ora, como *pessoa* é synonymo de *estado*, ou de certa relação juridica, teriamos em resultado a luminosa idéa de que — *só a pessoa é susceptível de ser pessoa* — um ridiculo paralogismo. Não é isto o que nos ensinava a philosophia do direito.

O que nos propozemos foi definir em que consistia a capacidade jurídica; e como esta

capacidade não é attributo de especie alguma de homens em particular, não podíamos deixar de empregar a palavra «homem».

*Continua.*

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 67

Fica pois desenvolvida pelo auctor do projecto a razão por que no artigo primeiro se empregou a palavra *homem* em vez da palavra *pessoa*.

Hoje dizemos que todos os homens são pessoas. A expressão *pessoa* serve para designar o homem, quando o queremos considerar pelo lado da individualidade jurídica; e como está hoje reconhecido que todos os homens gozam de individualidade jurídica, é evidente que todos os homens (qualquer que seja o sexo, idade, estado physico ou moral) são pessoas.

Na linguagem das leis, e no projecto mesmo se usa frequentemente da palavra *pessoa*, porque é esta a denominação usada para significar o homem em relação aos seus direitos e deveres.

Ora, querendo o auctor do projecto estabelecer o principio de que todos os individuos da especie humana eram susceptíveis de direitos, não podia empregar a palavra *pessoa*, que já por si designa sujeito de direitos, aliás cahiria no paralogismo, como muito bem diz, de consignar o principio de que — *todos os sujeitos de direito eram susceptíveis de direitos*.

#### ARTIGO 2.º

*Entende-se por direito, neste sentido, a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos, e por obrigação a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos.*

O artigo 2.º, que fica transcripto, contém a definição de direito e obrigação no seu sentido mais amplo, na acceção philosophica.

Esta definição tem o seu lugar proprio nos livros de philosophia do direito, e mal

se comprehende que encontrasse cabida num codigo civil. Que razão haveria para introduzir no projecto a doutrina do art. 2.º?

Vejamos o que diz a respeito da necessidade das definições nos livros das leis o sr. visconde de Seabra — «Não ha jurisconsulto que ignore a regra de Javoleno — *omnis definitio in jure periculosa*, — e posto que Javoleno não fallasse propriamente do que nós chamamos *definições*, — mas designasse por aquella palavra — *regras e sentenças*, — o como nota Cujacio (ad Papinean), — é certo que as definições são tambem uma especie de regra ou sentença, e como taes se podem dizer comprehendidas no mesmo pensamento. — E por que são perigosas as definições? *quia difficilimum est*, (diz o mesmo Cujacio), *et saepe impossibile, regulam juris ita accurate confici, ut omnes et solos casus, quibus aptanda est, completatur; modica enim circumstantiae varietas totum plerumque jus cummutat, et in omnes juris nostri regulas debemus accipere, ut non perpetuo, sed plerumque oblineant*. —

Mas por que a regra ou definição perfeita é difficil, deverá concluir-se que não possa formalisar-se em muitos casos convenientemente, ou que devesse antes entregar-se à investigação do que significam as palavras do legislador ás controversias dos interpretes? Não somos d'esta opinião. Por defeituosa que seja uma definição, será sempre melhor que nenhuma definição. O que importa é que na sua redacção se ponha a maior attenção e escrupulo. É por certo impossivel, dizem os AA. do — *mémoire explicatif des principes qui ont servi de base dans la confection du project de code civil des Pays-Bas* — tornar intelligiveis para todo o mundo os diversos effeitos dos testamentos, dos codicillos e dos contractos, se o legislador não explicar claramente o que entende em particular por testamento, codicillo, ou por cada contracto, e o que elle

quer que o juiz entenda por estas palavras. — Quanto ás definições, accrescenta mr. Blondeau, ha grande differença entre aquellas que se applicam a direitos, que o legislador confere directamente, e aquellas que se applicam a resultados da vontade particular.

As primeiras são incontestavelmente necessarias. É indispensavel, por exemplo, que quando o legislador concede ao menor hypotheca sobre os bens do seu tutor, e chama esta hypotheca *geral*, explique o sentido d'estas palavras. As definições não são então senão o complemento das disposições, que criam o direito definido.

E quando, pois, tivermos de examinar as definições incluídas no código, é que poderemos ver se essas definições são ou não condemnaveis. A proscripção absoluta importa um erro manifesto. —»

Concordamos completamente com a theoria estabelecida pelo sr. Seabra ácerca da inserção de definições nos livros das leis. Entendemos tambem que a proscripção absoluta importa um erro manifesto; e que se devem acceitar todas as definições que servem de complemento ás disposições, que criam direito definido.

Porem as definições, incluídas no art. 2.º, a que disposições servem de complemento? Convém definir o que seja testamento, codicillo, contracto, e hypotheca geral, para tornar accessiveis á intelligencia de todos os diversos effeitos d'estes actos juridicos; mas quaes são os resultados praticos das definições consignadas no art. 2.º?

Ninguém de certo o poderá dizer. Que palavras ou que pensamento vem definido neste artigo?

Felizmente que o artigo 2.º pertence tambem á classe das disposições inoffensivas. Ou sejam verdadeiras ou falsas as definições incluídas no artigo, as consequencias na execução do direito civil hão-de ser exactamente as mesmas.

Sigamos a analyse do artigo.

As palavras — *neste sentido* — acham-se deslocadas, ou são impertinentes. Onde se definiu o direito, onde se determinaram as suas differentes accepções, para se dizer — Entende-se por direito *neste sentido*?

No artigo antecedente não se marcou a idéa, que se ligou á palavra — *direito*. — O illustrado auctor do projecto diz numa das suas apostillas que as palavras — *neste*

*sentido* — significam — *no sentido do artigo antecedente*.

Porem ficamos no mesmo estado com relação á verdade da redacção, porque no artigo primeiro não se definiu o direito, nem se determinou o seu sentido. Pelo contrario neste artigo é que se encontra a definição de direito.

Por tanto as palavras — *neste sentido* —, além de importarem uma redução viciosa, são completamente inuteis. Preenche-se perfeitamente sem ellas o pensamento do artigo.

A palavra — *moral* — que se emprega para designar a faculdade juridica, toma-se na sua accepção mais ampla, em contraposição á *physica*. *Faculdade moral* é o poder reconhecido pelas leis da razão.

As palavras — *ou de deixar de praticar* — são redundantes. Nas expressões — *faculdade de praticar* — está implicitamente a idéa significanda pelas palavras — *deixar de praticar*. —

Os romanos diziam *jus facultas moralis agendi* — comprehendendo na faculdade de obrar o poder de não obrar, e o poder de obrigar outrem a que obrasse ou deixasse de obrar.

As palavras — *faculdade de obrar* — têm uma accepção muito ampla. Desde que ha a faculdade, ou a permissão, ao individuo é livre o *practicar*, ou *deixar de praticar*.

Em seguida á palavra — *obrigação* devia vir o adjectivo — *juridica*, alias não se faz a devida distincção entre o direito e a moral.

Pelo lado dos direitos a distincção é completa, porque na moral só ha deveres.

Todos os pontos de contacto entre as duas sciencias, quanto ao objecto, estão nos deveres; e a definição está concebida em termos que semelhante distincção é impossivel.

Tambem não concordamos com a definição de obrigação na accepção philosophica, e abstracta, que reconhece a existencia do obrigações positivas juridicamente.

Em face da natureza o direito representa a possibilidade, e a obrigação a necessidade de respeitar a acção, filha d'essa possibilidade. Só pelos contractos é que se formulam obrigações positivas. Não concordamos pois com a redacção do artigo, e muito menos com a utilidade d'elle.

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 82

#### ARTIGO 3.º

*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.*

Como nem todos os direitos, que encerra a capacidade juridica, definida no artigo primeiro, são regulados pela lei civil, mas só os direitos civis propriamente ditos, por isso este artigo é destinado a determinar o objecto do direito civil, e a definir e precisar o ramo de direito, comprehendido no codigo civil.

O sr. Seabra justifica a inserção d'esta doutrina no codigo nos seguintes termos:

«Se os direitos e obrigações militam entre o estado e os cidadãos, sobre cousas de interesse geral, daremos a essa capacidade juridica o nome especial de *capacidade politica*. Se estes direitos e obrigações dizem sómente respeito aos cidadãos como meros particulares entre si, daremos a essa capacidade juridica o nome especial de *capacidade civil*.

Esta distincção, aliás fundada na mesma natureza das cousas, não veio aqui por mero luxo e ostentação de sciencia. Era uma necessidade do nosso proposito. Nós fomos unicamente encarregados de redigir o co-

digo civil: cumpria pois determinar, primeiro que tudo, quaes as materias que se comprehendiam nessa vaga denominação.

E como poderíamos nós determiná-las sem remontar ao unico principio, que podia servir-nos de guia — a propria natureza dos direitos, — sem os definir claramente, sem os classificar com exactidão? —»

D'aquí se vê bem claramente que a inserção da doutrina do artigo 3.º no codigo leve por fim marcar o objecto do direito civil, e as raíças que o estremam do direito politico.

Procurou-se para determinar esta distincção o objecto do direito, consignando-se o principio de que *as relações reciprocas entre os cidadãos, como meros particulares, e as relações entre os cidadãos e o estado sobre questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes são o objecto do direito civil*.

O direito civil pois abrange dois capitulos geraes, ambos vastos e importantes: 1.º as relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares; 2.º as relações entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade, ou de direitos puramente individuaes.

Na impossibilidade de determinar precisamente o objecto do direito particular, dizem alguns escriptores: — *Todas as relações juridicas, que regulam a parte, que os cidadãos podem tomar no governo do estado, constituem os direitos politicos; todas as outras relações juridicas, quer entre os particulares, quer entre estes e o estado, constituem os direitos civis.* —

A verdade é que não se tem podido chegar a uma distincção rigorosa entre o direito publico e particular. Nem admira, porque a base da distincção não é philosophica.

É difficil abstrahir da intervenção exterior do estado nos direitos individuaes, assim como é custoso perder de vista as relações

particulares nas questões acerca dos direitos políticos.

Mas, além de ser viciosa aos olhos da philosophia esta differença, a tal ou qual distincção que a philosophia reconhece, nem sempre é respeitada na legislação positiva.

Não é raro o ver sujeito á competencia dos tribunaes ordinarios o exame de questões, que interessam á ordem publica, e ver resolvidos administrativamente assumptos que, pela natureza das coisas, deveriam cair na esphera dos juizos civis.

Além d'isso dizer que são objecto do direito civil as questões sobre *direitos individuais é reddere idem per idem*.

Estabelecer a doutrina de que são objecto do direito civil as questões de *propriedade* é alterar a significação rigorosa, que tem esta palavra na linguagem scientifica.

Por tanto a conclusão logica de quanto temos exposto é a desnecessidade da doutrina do artigo, que estamos analysando.

Similhante distincção é escusada, e talvez impossivel no estado presente da sciencia. Para que ha de pois o legislador metter-se a definir um objecto, que nem pode, nem carece de ser definido?

A determinação do objecto de direito civil está nas disposições do codigo. É direito civil quanto está legislado no codigo.

Com quanto o artigo em si seja tambem inoffensivo, é sempre inconveniente estabelecer doutrinas, que, além de escusadas, carecem de boa razão scientifica.

O proprio artigo é documento vivo da difficuldade da doutrina, porque de quantos artigos se encontram no codigo nenhuma está redigido mais forçadamente.

Podia bem dispensar-se o principio alli consignado.

#### ARTIGO 4.º

*Estes direitos e obrigações derivam: 1.º da propria natureza do homem; 2.º de facto e vontade propria, independentemente de cooperação de outrem; 3.º de facto e vontade propria e de outrem conjunctamente; 4.º de facto e vontade de outrem; 5.º de mera disposição da lei.*

N'este artigo especificam-se as origens proximas da aquisição dos diversos direitos.

Todo o direito deve ter a sua base proxima ou remota na *natureza humana*, e ser reconhecido pela *lei civil*.

No entretanto podem ser diversas e dif-

ferentes as causas proximas de aquisição.

A doutrina d'este artigo era tambem escusada, porque não pertence ao direito civil. Tambem não pertence ao direito natural puro; entra nos dominios do direito natural applicado.

No entretanto a doutrina, com quanto escusada, parece-nos exacta.

Ha direitos, que derivam immediata e exclusivamente da natureza propria do homem; taes são os direitos originarios, que a lei civil reconhece e protege, como fonte e origem de todos os outros. Vêm mencionados esses direitos no artigo 359, onde se contam, como taes, o direito de existencia, o de liberdade, o de associação, o de appropriação, e o de defesa.

Derivam de facto e vontade propria, independentemente da cooperação d'outrem, os direitos, filhos da occupação de coisas *nullius*, como o achado d'um diamante, etc.

Resultam de facto e vontade propria e de outrem conjunctamente os direitos filhos dos contractos, os que resultam da compra e venda, da doação, etc.

Derivam de mero facto e vontade de outrem os direitos de reparação dos damnos, causados pelas lesões. Quem nos roubou a nossa propriedade, deu-nos pelo seu proprio facto o direito de pedir a indemnisação de perdas e interesses.

Ha outros que provêm simplesmente da disposição da lei, como acontece por exemplo na *accessão*, e nalguns casos com o *usufructo*.

O art. 2200 do projecto de codigo civil diz assim — O usufructo pode ser constituido por acto entre vivos, por ultima vontade, ou por *disposição da lei*. —

Estas regras geraes têm influencia nos actos particulares, relativos aos direitos civis.

Assim ha direitos, que se não adquirem senão pela *practica* d'um facto, ao passo que os provenientes da disposição da lei são independentes na sua aquisição da practica de factos, e se para alguma coisa ella é precisa é para os renunciar.

Neste artigo bastava fallar nos — *direitos* — que trazem consigo sempre a idéa de obrigação. Era escusado dizer — *estes direitos e obrigações* — Já no artigo antecedente, em sete linhas, se tinha empregado cinco vezes a palavra — *direito*.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 98

#### ARTIGO 5.º

*A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações; mantém e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas; declara os casos em que o cidadão pôde ser inhibido do exercicio dos seus direitos, e determina o modo como deve ser supprida a incapacidade d'elle.*

Este artigo designa os objectos da lei civil em geral. A lei civil reconhece todos os direitos, garante o seu exercicio, e a execução das obrigações correlativas. Determina o estado de incapacidade do cidadão, e a maneira de supprir essa incapacidade.

A palavra — *especifica* — com a significação, que provavelmente se lhe deve attribuir neste lugar, é inteiramente nova na nossa jurisprudencia.

Esta palavra é que necessitava de ser explicada.

Se a palavra — *especifica* — fosse aqui tomada na sua accepção natural, exprimiria ella uma idéa impossível de realisar. A lei civil não pôde mencionar os direitos em todas as suas *especialidades*.

Designa os direitos mais geraes, sem se involver na designação de todos os direitos *especiaes*, que naquelles se encerram, e que variam com os diversos objectos do direito, que são infinitos e incompreensíveis.

No projecto primitivo, apresentado pelo sr. Seabra, dizia-se — A lei civil reconhece e regula.

Parecia-nos mais logica esta redacção; e na palavra — regula — estava comprehendida a *especificação*.

Talvez a palavra — *especifica* — seja sy-

nonimo de *expressa*, e que a commissão revisora quizesse dizer — A lei civil reconhece, e *expressa* ou *formúla* estes direitos e obrigações.

Inclinamo-nos para a idéa de que a commissão revisora empregou a palavra — *especifica* — para significar que a lei expressa ou formúla os direitos e as obrigações; porque na edição de 1864, que serviu de base á edição de 1865, que é o projecto apresentado ás côrtes, se dizia — A lei civil reconhece e *expressa* todos estes direitos e obrigações.

A redacção do artigo poderia ser mais economica. As palavras — A lei civil reconhece todos estes direitos e obrigações — comprehendem todas as idéas consignadas no artigo; mas o que evidentemente se comprehende na significação da palavra — *reconhece* — são as idéas significadas pelas palavras — *especifica* todos os direitos e obrigações, mantém e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas.

Que designam estas palavras, que não esteja dicto já na palavra — *reconhece*?

A ultima redacção do artigo não encerra um pensamento, totalmente verdadeiro.

Além dos *casos* em que o cidadão pôde ser inhibido do exercicio dos seus direitos, como no caso de prodigalidade, demencia ou furor, etc, ha um *estado* da vida em que o homem é inhibido do exercicio dos seus direitos, como acontece na menoridade.

Provavelmente este estado, na intenção do illustrado redactor do codigo e da commissão revisora, acha-se comprehendido nos *casos*, de que falla o artigo; mas a redacção repugna a isso, já pelo emprego da palavra — *casos* — já servindo-se da expressão — *pode*.

Felizmente este artigo é tambem dos inoffensivos: não faz bem nem mal a inserção da sua doutrina no codigo.

Nós não o acceitavamos, nem mesmo como artigo doutrinal, porque se limita a

enunciar uma generalidade tão vaga, que nada aproveita nem esclarece.

Se houve a idéa de consignar neste artigo quaes eram os principaes objectos da lei civil, e as suas grandes divisões, podia o assumpto ser mais convenientemente tractado mesmo sem haver maior largueza na redacção.

Aproveitaremos esta occasião para locar um assumpto importantissimo, que foi objecto de grande questão entre o auctor do projecto de codigo e a commissão revisora. triumphando a final a opinião d'esta, como se vê da redacção do artigo comparado com o que se achava no projecto primitivo, e n'outras partes do codigo.

Referimo-nos á celebre questão — se as acções devem figurar no codigo civil, como fazendo parte do direito civil, ou se tem o seu lugar proprio no codigo de processo.

No projecto apresentado primitivamente pelo sr. Seabra, que serviu de base ao actual, vinha o artigo 5.<sup>o</sup> formulado nos seguintes termos — A lei civil reconhece e regula todos estes direitos e obrigações; declara os casos em que o cidadão os póde perder, ou ser inhibido temporariamente do seu exercicio, e determina o modo por que deve ser supprida essa incapacidade; garante a fruição dos direitos, e *ordena os meios necessarios para a sua defesa e restituição, quando forem violados.*

Estas ultimas palavras, que deixamos sublinhadas, significam claramente que o auctor do codigo ia para a opinião de que as acções fazem parte do direito civil; e a leitura do livro 2.<sup>o</sup> da parte quarta das edições de 1858 e 1859, dá-nos uma idéa completa do pensamento do sr. Seabra a este respeito.

O sr. Moraes Carvalho arguiu-o de tractar das acções, com o fundamento de que deviam pertencer ao codigo do processo; e elle respondeu — «As acções, diz o douto censor, pertencem ao codigo de processo. Não ha duvida, se entendermos por acções os meios practicos, ou o formulario, que deve pôr em acção os principios estabelecidos no codigo civil, a fim de que se consiga a restituição dos direitos offendidos; mas, se remonlarmos aos principios determinadores d'esses meios ou garantias, não é menos certo, que esses principios, o direito de acção, pertencem propriamente ao codigo civil. Por outras palavras, o direito de de-

mandar em juizo o que é nosso, ou nos é devido, pode ser considerado debaixo de dois aspectos diversos, conhecidos entre os jurisconsultos modernos sob a denominação de principios determinadores e sancionadores.

Os principios determinadores pertencem ao codigo civil; os principios sancionadores pertencem ao codigo do processo. É assim, que, censurando o silencio do codigo civil francez sobre a materia das acções, acrescenta o distincto jurisconsulto supra citado (na sua analyse do tractado das acções de Poncet) — pensariam os redactores do codigo civil que a materia das acções pertencia ao codigo de processo?

Seria um grave erro, como demonstraremos... O codigo de processo (Procedure) não é mais, que a collecção de formulas, que devem ser observadas no exercicio dos direitos; e as acções são propriamente direito.

São comprehendidos effectivamente debaixo da denominação de acções *lato sensu* todos os direitos que nascem quando outros direitos são violados; por isso mesmo que, quando uma pessoa experimenta algum obstaculo no exercicio de um direito ordinario, é concedendo-lhe um outro direito, que o legislador vem em seu auxilio.

O que provavelmente tem induzido alguns jurisconsultos a confundir as acções com o processo, é que este apresenta ordinariamente a idéa de um obstaculo, de uma resistencia, de uma contestação, em uma palavra, de um processo; e as acções supõem precisamente esta mesma resistencia, este obstaculo ao exercicio dos direitos ordinarios.

Mas, por outro lado, a palavra *processo* no seu verdadeiro sentido, abraça todas as formulas, que devem ser observadas no exercicio dos direitos em geral; e as acções não são os unicos direitos para que se têm prescripto formulas, e isto mesmo se comprova pela distincção de processos judiciaes e extrajudiciaes.

Por outro lado, o mesmo direito de *perseguir*, suppondo que se tem querido restringir assim o emprego da palavra *acção*, tanto se não póde confundir com o modo de perseguir, como se não póde confundir o direito de casamento com as formulas reguladoras do mesmo casamento.

Ora, é neste sentido, que intendemos



tractar no nosso código das acções, e neste sentido devem ser entendidas as palavras— *e ordena os meios necessarios para a sua defesa e restituição* — e é, quando chegarmos ao exame da ultima parte do código, que poderá ver-se, se nos conservamos ou não dentro dos limites do direito civil determinador. Nem este systema é inteiramente novo; o mesmo Justiniano o adoptou nas *Institutas*, e se propunham seguil-o os redactores do projecto de código civil dos Paizes Baixos.

Differentes tribunaes francezes egualmente o indicaram como necessario nas suas observações ao projecto do código Napoleão.

*Continúa.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 115

Nós não seguimos, nem a opinião da illustre comissão revisora, que eliminou completamente do codigo a materia das acções, nem tambem a do insigne auctor do projecto em quanto ao modo por que a tractou.

Nós reputamos a *acção* um verdadeiro direito de pedir em juizo a execução d'outro direito, de que aquelle é consequencia; mas direito diverso do processo da execução do mesmo direito. Uma coisa é a materia do livro de Corrêa Telles, intitulado—*Doutrina das acções*; outra cousa é a doutrina da obra do mesmo auctor, intitulada—*Manual do processo civil*.

Não é o mesmo discutir os requisitos da acção da reivindicação, as pessoas a quem compete e os casos em que se dá, ou tractar das formulas do processo, que ella reveste na sua execução. Não pertence ao mesmo capitulo do direito a doutrina de que esta acção só se concede a quem tem o dominio, e a doutrina de que esta acção é ordinaria, e se executa por meio de libello, contrariedade, replica, e treplica.

Sob o primeiro ponto de vista as acções pertencem ao direito civil; debaixo do segundo aspecto tem o seu lugar na repartição do processo.

As obras do sr. Paschoal José de Mello, e a admiravel obra de Waldech, livro por onde se ensina o direito romano na universidade, são prova evidente d'esta distincção.

Enós tractariamos das acções pelo mesmo methodo, por que d'elles tracta Waldech; i. é, expondo a theoria da acção em seguida ao ponto de direito, a que ella era applicavel. Em seguida á materia das servidões, por exemplo, exporíamos a doutrina das acções respectivas.

Por este meio economisa-se muito tempo, e utiliza-se muita não só ao fóro, senão tambem ao ensino.

A nossa curta experiencia do magisterio, corroborada com a experiencia do apprendizado, mostrou-nos que o estudo das acções separado das doutrinas do direito civil, a que ellas resreilavam, obrigava a uma repetição de materias que ás vezes, além de inutil, até confundia.

É facil de ver que a exposição das acções, relativas ás servidões, não sendo feita logo em seguida a esta materia, obriga a tocar de novo e a recordar quasi toda a doutrina ácêrca das servidões.

Esta é a nossa ideia ácêrca do methodo de tractar das acções; idéa que não poderia já vingar nas alturas, em que está o codigo, porque seria necessario alterar todo o systema e methodologia, que presidiu á confecção d'uma obra tão importante.

#### ARTIGO 6.º

*A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei e tem-se por nascido para os effeitos declarados no presente codigo.*

Este artigo encerra doutrina importantissima, e tem o seu assento proprio neste capitulo, em que se tracta da capacidade juridica.

Marca a epocha precisa, em que o homem adquire, e a lei lhe reconhece a capacidade juridica. O projecto de codigo adoptou neste ponto a doutrina do direito romano, já reconhecida e sancionada pelos nossos costumes, e adoptada pela maior parte dos nossos reñicolas.

O facto do nascimento com vida e com figura humana determina e precisa a epocha da acquisição da capacidade juridica.

Basta o nascimento com vida, independentemente da capacidade de viver, para se adquirir a capacidade juridica. O codigo

não exige que o homem nasça capaz de viver; contenta-se com o individuo nascer vivo.

Para adquirir a capacidade juridica basta que o individuo nasça com signaes de vida; não é preciso que nasça apto para viver, i. é, para continuar a sua existencia depois de vir á luz do dia.

O individuo nascido com 5 mezes de existencia, mas vivo, e ainda com impossibilidade de continuar a viver, adquiriu por esse mesmo facto a capacidade juridica, recebendo e transmittindo direitos, como verdadeira personalidade juridica.

Alguns codigos exigem a duração da vida por 24, ou 48 horas, por um praso mais ou menos longo depois do nascimento; outros exigem além d'isso que o individuo nasça com uma organização capaz para continuar a viver. O projecto do codigo dispensa todas estas circumstancias; faz depender a aquisição da capacidade juridica unica e exclusivamente do nascimento com vida, e com figura humana.

Logo veremos as razões philosophicas, que abonam, e condemnam o systema do codigo. Agora limitamo-nos a indagar o pensamento doutrinal e legal em toda a sua extensão.

Verdade é que a redacção do artigo não apresenta similhante pensamento; diz apenas — A capacidade juridica adquire-se pelo *nascimento*. — Menciona pois simplesmente a circumstancia do *nascimento*, sem fallar da *vida* e da *figura humana*.

No entretanto é mister completar, e entender este artigo pelo 110, que diz assim: — Só é tido por filho, para os effeitos legais, aquelle de quem se prove que nasceu com *vida* e com *figura humana*.

É notavel que em cada artigo, em que se tracta da capacidade juridica se diga coisa differente. No art. 6.º, que analysamos, diz-se que a capacidade juridica se adquire pelo *nascimento*; no art. 110, como vimos, diz-se que só é filho o que *nasceu com vida e figura humana*; — e no art. 1479 diz-se — Os nascituros podem adquirir por doação, com tanto que estejam concebidos ao tempo da mesma doação, e *nasçam com vida*.

Por esta forma num artigo exige o codigo apenas uma circumstancia, n'outro duas, e n'outro tres; no art. 6.º falla do *nascimento*, no art. 1479 do *nascimento com vida*, no art. 110 do *nascimento com vida*, e com *figura humana*!

O sr. Seabra exigia no art. 6.º do projecto primitivo o nascimento *com vida*.

Achava-se assim formulado o artigo correspondente — A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas logo que o individuo é procreado fica debaixo da protecção da lei, e adquire, *nascendo com vida*, os direitos que lhe houverem recaído durante a gestação, nos termos declarados no presente codigo.

O sr. Moraes Carvalho, na sua primeira apostilla, notou que no art. 110 (109 do projecto primitivo) se exigisse o nascimento com vida, e *com figura humana*, e que esta segunda circumstancia se não exigisse no art. 6.º

Dizia o sr. Moraes Carvalho muito judiciosamente:— Concordamos em que o pensamento não pode ser outro; mas é indispensavel em um codigo toda a clareza, e que haja uma perfeita harmonia nas suas disposições, para o que muito concorre evitar as duplicações, especialmente com variantes.

O sr. Seabra respondeu-lhe que os dois artigos realmente se completavam; mas que, para evitar duvidas, convinha em que se harmonisasse o art. 6.º com o art. 110.

No entretanto, depois da revisão da illustre commissão, longe de apparecerem harmonisados os dois artigos, apparecem ainda mais desharmonisados!

No artigo 6.º do projecto primitivo ainda se fallava do nascimento *com vida*; depois de revisto supprimiu-se ainda esta ultima circumstancia, em lugar de se lhe accrescentar a terceira, de que falla o art. 110; e deixou-se além d'isso a destoar com um e outro o artigo 1479!

A palavra *nascimento*, de que se usa no artigo 6.º, não pode trazer annexas, como associadas e unidas, a duas outras circumstancias, porque nos outros artigos do codigo vêm ellas todas sempre especificadas.

Que o nascimento com vida e figura humana é essencial para a aquisição do direito de succeder, mostra-se ainda do art. 1777, que diz assim:— Só podem adquirir por testamento as creaturas existentes, entre as quaes é contado o embrião.

§ unico. Reputa-se existente o embrião que *nasce com vida e figura humana* dentro de tresentos dias, contados desde a morte do testador.

Na commissão de legislação propozemos

nós que em seguida ás palavras — *a capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento* — se accrescentassem est'outras — *com vida e figura humana*; e uma parte da commissão ia para este additamento.

No entretanto a maioria resolveu que se não fizesse alteração no artigo, que estava completado pelo artigo 110; com quanto fosse unanime no pensamento de que a capacidade jurídica só se adquire pelo nascimento com vida e com figura humana.

*Continúa.*

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 131

Pela doutrina do codigo pois o nascimento *com vida*, e figura humana, ainda que o nascido morra logo, dá a capacidade juridica. Não é preciso que o infante viva mais ou menos tempo, como exigem alguns codigos, nem que nasça viavel, como querem outros.

Quaes serão porem as razões de preferencia do systema do codigo sobre aquelles dois systemas, que têm por si muito boas e auctorizadas opiniões?

Vejamos o que o sr. Seabra esereveu a este respeito numa das suas apostillas — «o systema dos codigos, que exigem um certo tempo de vida, depois do nascimento, ... aproxima-se do nosso, com a differença, que exige que o infante não só nasça vivo, mas que dure certo tempo.

Por este modo propunha-se o legislador... pôr termo ás immensas questões, que se suscitaram ácerca dos recém-nascidos, que morriam, para se determinar se eram ou não abortivos: e com effeito ha ahi melhoramento, mas fica ainda, em nossa opinião, muito áquem do que era necessario.

Não seguimos esta doutrina.

1.º porque a capacidade do individuo, como creatura humana, não pode medir-se pelas oscillações d'uma pendula, por alguns momentos mais ou menos de duração; 2.º pela quasi impossibilidade da prova d'esta duração de momento a momento na maior parte dos casos.

Mas qual é o fundamento d'esta doutrina? que quer dizer este requisito de certas horas?

Esta doutrina parte evidentemente do pressupposto que o infante que não vive 24 horas não é *viavel* — é incapaz de viver, não tem na sua organização as condições necessa-

rias á vida. — Ora esta supposição é horivelmente arbitraria: isto mesmo se eonvence da variedade de opiniões que se encontram neste ponto.

A lei de *Toro* crê que o infante que não vive 24 horas não é *viavel* — o projecto hespanhol dobra a parada. Mr. Boulay, na discussão do eodigo francez, propunha o praso de dez dias. — Não, responde mr. Regnault de Angely — devem ser quinze.

Estas supposições, aeode o consul Cambacères, sobre a duração que póde ter um infante não *viavel* — não são admissiveis — não é possivel nesta parte assignar regras certas á natureza. — A isto aerescentava o sabio Foueroy: não é possivel reconhecer por signaes certos a idade do recém-nascido.

Não temos senão indicios equivocos e fallazes. A questão dos nascimentos tardios tem dado logar a opiniões e julgamentos os mais disparatados, em diversos tempos e lugares.

Demais, não se póde duvidar que um sem numero de creaturas fallecem apenas nascidas, ou sem chegarem a ver a luz, tendo-se todavia demorado no seio da mãe o tempo ordinario da gestação.

O systema da *viabilidade*, seguido por Lobão e Rocha, pareceu-nos egualmente inadmissivel. Responderá por nós o judicioso Savigny no seu traetado de direito romano.

Esta doutrina (diz elle, tom. 2.º append.) nem mesmo é susceptivel de uma applicação real e verdadeira. Não é *viavel*, dizem, o que nasce antes que decorram 182 dias, desde a concepção. Mas como se póde conhecer o dia da concepção? Ora, é precisamente porque é impossivel conhecer o dia da concepção, que os romanos tomaram por ponto de partida do seu caleulo o dia conhecido e certo do nascimento.

Para sahir do eirculo em que se encer-

raram não tinham os partidarios da doutrina, que combato, senão um meio: chamar os medicos, para que elles declarem, segundo o estado de imperfeição da criança, se tem, ou não, permanecido mais de 182 dias no seio da mãe, e se conhece se não é *viavel*.

Procedendo d'esta maneira, o numero dos dias é inteiramente inutil; não serve senão para disfarçar a arbitrariedade; e seria muito mais natural deixar tudo directamente á opinião dos medicos, que dião, segundo as apparencias externas, se a criança é ou não capaz de viver. A fixação de um certo numero de dias é mesmo inconciliavel com as consultas da sciencia, e não pôde ter entrado na intenção dos auctores da regra. E na verdade, que medico tomaria sobre si affirmar que a criança, que se lhe apresenta, se tem demorado precisamente 181 dias no seio da mãe, e não 182 ou 183?

Nestes termos, é evidente o perigo dos juizos individuaes, a que se abre a porta sem nenhuma necessidade, perigo que, de baixo de outro aspecto, o direito romano soube evitar, pela presumpção da paternidade.

E não se me objecte, que se no meu systema é preciso provar a vida, tambem se pôde provar a *viabilidade*.

A differença entre os casos é manifesta. A vida da creança é um facto, cuja percepção cáe em grande parte sob os sentidos, e por consequencia pôde ser, como qualquer outro facto, provado por testemunhas, sem nenhum perigo.

A apreciação da *viabilidade* pertence á sciencia, e sobre este ponto os medicos estão longe de accordo. Acrescentarei, que na exposição das suas theorias supõem sempre que a criança fallece.

Se pois, em seguida ao nascimento, se formar um relatorio exacto do estado da criança e for endereçado a uma faculdade de medieina, e muitos mezes depois a faculdade declarar a não *viabilidade* da creança, e sua incapacidade juridica, e esta creança chegar todavia a uma idade avançada, haverá algum partidario d'esta doutrina, que ouse declarar sem direitos, como incapaz de viver, o mesmo homem que, vivendo, está provando essa capacidade?

Eis aqui outros inconvenientes (acrescenta o mesmo auctor): supponhamos que uma criança vem á luz em tempo, que dá

signaes incontestaveis de vida, e morre immediatamente.

Abre-se-lhe o corpo, e reconhece-se que um vicio organico tornava impossivel a prolongação da vida. A sua não *viabilidade* é muito mais certa que a dos nascidos antes de tempo, e todavia não se contesta ordinariamente a sua capacidade juridica. Aplicar a este caso as consequencias logicas do principio, e pronunciar a incapacidade, seria ainda aggravar o perigo da arbitrariedade, e a incerteza do direito.

Além dos perigos, que nascem inevitavelmente da falta de dados positivos em materia de semelhante natureza — não faz menos peso em nosso animo a difficuldade de encontrar em toda a parte, e a todo o instante, professores ao menos com os conhecimentos possiveis. — Ajunctamos a isto os perigos da má fé, do suborno — as conteslações inevitaveis, que hão de necessariamente levantar-se, e concluiremos, sem hesitar, que a doutrina da *viabilidade* é tão arbitraria no seu principio, como funesta nas suas consequencias.

O unico argumento racional, que se apresenta contra a nossa doutrina, é o seguinte:

A creatura que não é *viavel* (diz Oeltze no seu livro *de partu vivo, et non vitali*, Jena 1769, § 15) não é digna de ter direitos, porque não pôde ser util aos homens. Esta razão é tão inconcludente, que nem mereceu as honras de uma resposta ao supra citado Savigny: e com effeito, privar o infante da capacidade juridica, inherente á natureza humana, pela unica razão de não poder ser util aos homens pela sua duração, não só é collocar o fim da justiça ou do direito onde elle não existe, mas ainda infligir um castigo ao innocente, sem que se demonstre que d'essa disposição resulta algum proveito aos outros homens. Demais é preciso não perder de vista que a creatura se identifica, por assim dizer, com seus pais desde o momento da procreação; e da privação arbitraria da capacidade juridica do infante podem resultar tambem graves inconvenientes para seus pais.»

Aqui estão as razões, com que o sr. Seabra defende o seu systema, ou antes os argumentos, com que elle combate as theorias contrarias.

Verdadeiramente o sr. Seabra preocupou-se mais com a idéa de impugnar os systemas contrarios ao seu, do que com o pen-

samento de defender este, apesar de que a impugnação da doutrina contraria encerra ás vezes a defesa da nossa.

Argumentos ha porem mais fortes do que o citado pelo sr. Seabra para combater o seu systema, e nós vamos apresental-os, com quanto o abracêmos, porque desejamos que a verdade appareça em toda a sua luz, e que se comparem os defeitos dos diversos systemas, para se poder escolher o melhor ou antes o mais isento de vícios.

*Continúa.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 147

Contra o systema seguido pelo sr. Seabra escreveu o illustre jurisconsulto, o sr. Moraes Carvalho, o seguinte:

«Diz o illustre apostillador (o sr. Seabra), para dar a primazia ao principio, que adoptou — que não pôde annuir ao systema de estabelecer um prazo depois do nascimento, porque a capacidade do individuo, como creatura humana, não pôde medir-se pela oscillação de uma pendula; mas o seu systema produz os mesmos effeitos; o feto, que morre um instante antes de saír á luz, não adquire os direitos, que um instante mais de duração lhe houvera conferido; porém, este não é o unico, nem o maior inconveniente.

A medicina legal, quando tracta da viabilidade e maturidade dos fetos, ensina que o feto que não viver cinco mezes nasce morto; que o que nasce dos seis começados até aos sete, de ordinario nasce morto; mas que pôde nascer vivo; e o que nascer depois de completos os sete, é perfeito e habil para viver.

Segundo a doutrina do sr. Seabra, que só exige a vida ao tempo do nascimento, o feto de cinco ou seis mezes, que vier vivo, embora não possa viver, adquire direitos, e transmittê-os; no entretanto, que o de nove mezes, que morreu na occasião de um parto laborioso, nem adquire, nem transmittê direitos.

A pendula do relógio que marca as horas da vida foi favoravel ao que existiu menos tempo. Se se quer preseindir do principio — *Qui in utero est pro nato habetur* — e sustentar a ficção dos romanos — *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur* — então parecia consequen-

cia vir ao outro principio — *Il faut aussi qu'il soit né à terme, un avorton, quand même il aurait quelque instant de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder.* — Ficção por ficção; tão racional é uma como a outra.

O maior inconveniente do systema seguido pelo sr. Seabra é a difficuldade das provas. — *Incumbit onus probandi ei qui dicit.* A existencia do individuo deve ser provada por aquelle que quer succeder nos seus direitos, eod. eiv. fr. art. 135. Ordinariamente os partos apenas são presenciados, além dos domesticos, pela parteira; e deverá dar-se credito ao testemunho d'aquelles e d'esta? Sendo assim, não haverá filho nascido morto, que se não diga ter nascido com vida, a fim de que a mãe seja a herdeira; e se taes provas não forem cridas, difficilmente a mãe poderá provar que o filho nasceu vivo, se morreu logo depois do nascimento.

Acresee que ha immensos casos de morte apparente, assim como ha muitos indícios que parecem de vida em feto morto.

O infante que nasce morto pôde abrir a bocca, elevar os olhos, estender os braços, as pernas, etc., e ser já cadaver: estes movimentos podem ser o effeito do ar atmosferico, que tende a penetrar nos pulmões, que obra pela primeira e ultima vez sobre a fibra muscular; assim o sustentam varios escriptores.

D'esta forma, se os proprios professores se podem illudir sobre os signaes da vida ou da morte, o que não diremos dos casos em que apenas intervêm parteiras, quasi sempre ou pouco amestradas, ou ignorantes em tal objecto? O que é indubitavel é que, sendo oppostos os interesses da mãe e dos herdeiros do pae, raro será o caso, neste systema, em que o recém-nascido nasça morto, ou morra logo depois de nascido, que não suscite renhidas questões, prolongados proces-



sos, despesas e odios; e as leis devem, quanto lhes seja possível, evitar estes flagellos sociaes.

Se havemos notado os inconvenientes d'esta doutrina, não dissimulamos que não são menores os que acompanham o systema da viabilidade, estabelecido no código francez e outros, e seguido pelos nossos escriptores Lobão e Rocha; e de bom grado nos associamos ás doutrinas de Savigny, bellamente desenvolvidas pelo sr. Seabra.

Bastaria ver as variadas definições de *viabilidade*, dadas por Fodéré, mr. Capuron, mr. Marc, Orfila, Sedillot, Ollivier, Velpeau e Devergie, para reconhecer a difficuldade de adoptar esse systema. Bastaria ver as complicadas questões, que surgem da indagação das condições de maturidade, e dos vícios de conformação, que excluem a viabilidade, relacionados por Devergie, para abandonar esse principio, que em ultima analyse era o arbitrio entregue, umas vezes á sciencia impotente, outras á ignorancia ousada, e outras á elasticidade de consciencia.

Mas qual é a nossa opinião? pergunta o illustre apostillador: nós vamos satisfazê-lo. Quizeramos, se fosse seguro, que o acto da concepção fosse o que fixasse a capacidade juridica e civil, tornando o embrião habilitado para adquirir todos os direitos, porque consideramos que nesse momento fica depositado no seio da mãe esse rudimento primitivo, esse germen, que depois se vai desenvolvendo, e apresentando os dois elementos — o da individualidade, e o da razão, — em que os philosophos modernos collocam a base da personalidade; porque entendemos que o filho, ahí depositado, já existe, e é tão filho nas entranhas maternas, como depois de dado á luz: todavia não podemos desobecer que o acto de concepção é coberto d'um véo mysterioso e impenetravel, que não deixa fixar o momento, em que ella se verifica, sendo todos os dados, deduzidos de outros factos, falliveis e extremamente arbitrarios; e por outro lado, vemos que surgiria a difficuldade de saber, em muitos casos, se o filho, nascido morto, havia fallecido antes ou depois do pae; nestas circumstancias, havendo a necessidade indeclinavel de ser tomado pela lei civil um arbitrio, escolheriamos aquelle em que divisâmos menores inconvenientes, e consideramos tal o que fixa um praso (v. g. de 24 horas) de

existencia depois do nascimento, como condição para se realisarem os direitos emanados da capacidade adquirida no acto da concepção; porque assim desaparece a difficuldade das provas, que existe tanto no systema da simples vitalidade, como no systema da viabilidade, ficando os direitos definidos por meio de uma presumpção juridica, que, se algumas vezes é fallivel, tem o merito de evitar immensos litigios.»

A verdade é que todos os systemas neste ponto, como em toda e qualquer materia, têm muitos inconvenientes. O mais a que podemos aspirar é a escolher o que menos inconvenientes tiver.

É sujeito a muitas difficuldades o systema da *viabilidade*, o da *vitalidade*, e o da *duração* d'um certo praso depois do nascimento.

Nós seguimos o systema do código, reconhecendo no entretanto as suas difficuldade. Não podemos dissimular o peso do argumento de que o feto nascido aos seis mezes com vida e morrendo logo, não deve ter mais direitos do que aquelle, que completou todo o periodo da gestação, e falleceu no meio d'um parto laborioso.

Realmente nascer na impossibilidade de viver, para durar minutos, ou momentos, equivale, quasi a nascer morto, com a circumstancia ainda que o nascido morto poderia ter preenchido com vida todo o tempo da gestação.

Estas difficuldades para nós são ponderosas, e não descobrimos meio de as remover

No entretanto o que nos faz decidir por este systema de preferencia aos outros é unica e simplesmente a maior facilidade da prova.

Para julgar se o individuo nasceu morto ou vivo, é incontestavelmente necessaria menos capacidade, do que para decidir se elle nasceu viavel ou não.

Para verificar se o individuo nasceu viavel, só os peritos, os conhecedores das sciencias medicas são competentes; e estes mesmos hão de ver-se muitas vezes embaraçados para resolver as diversas hypothesises e algumas vezes até sem meios de emittir opinião decisiva.

Pelo contrario o nascer vivo ou morto é um facto, que cabe debaixo do alcance dos sentidos, e que por todos os homens pôde ser verificado e provado.

É verdade que muitos casos ha de morte

apparente, assim como indícios que parecem de vida em feto morto. O infante que nasce morto pôde abrir a bôcca, elevar os olhos, estender os braços, as pernas, etc., e ser já cadaver: estes movimentos podem ser effeito do ar atmospherico, que tende a penetrar nos pulmões, e que obra pela primeira e ultima vez sobre a fibra muscular.

Todavia, a despeito d'estes casos exceptionaes em que a prova sem o auxilio da arte se torna difficillima, senão impossivel, é incomparavelmente menos arriscada e duvidosa em geral a prova do nascimento com vida, do que a prova do nascimento com viabilidade.

Para verificar a viabilidade não ha competencia, senão nas pessoas technicas; e ás vezes nem estas poderão emitir um juizo plausivel. Para julgar do nascimento com vida, na generalidade dos casos, todos são competentes.

Aqui está a nossa razão de preferir o systema do projecto á doutrina da viabilidade.

Não accetamos a theoria dos que exigem um praso mais ou menos longo de duração depois do nascimento, v. gr., 24 horas, 48 horas, para a acquisição da capacidade juridica.

Esta duração pôde considerar-se, ou como meio de provar a viabilidade, ou como testemunho do nascimento com vida. Para o systema da viabilidade nada aproveita, por quanto se pode viver dias, e mezes, e talvez annos, sem uma organização capaz para a vida.

Como testemunho do nascimento com vida poderia ainda admittir-se, se não fosse a difficuldade da prova.

Pôde suppor-se que na generalidade dos casos os assistentes ao parto, e os domesticos se previnam logo para verem se o infante dura ou não o tempo marcado na lei?

A maior parte das pessoas nem teriam a lembrança, nem os meios de marcar o tempo nos partos prematuros, e mesmo nos outros. A nós afigura-se-nos ainda mais difficil a prova da duração de momento a momento, do que a prova do nascimento com viabilidade.

No meio de tantas difficuldades parece-nos mais conveniente preferir o systema do projecto do eodigo, e além d'isso é a doutrina já reconhecida nos nossos costumes, e legalizada pela uniforme praxe do fôro. Adquire-se pois a capacidade juridica pelo

nascimento com vida e figura humana. É a doutrina do projecto do eodigo. O que é pena é que o pensamento, em que todos concordam, se não ache redigido com a devida clareza.

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 163

A ultima parte do artigo 6.º acha-se, como vimos, redigida nos seguintes termos — Mas o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os effeitos declarados no presente codigo.

A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento, mas os codigos e as leis de todas as nações dispensam a protecção juridica já aos nascituros.

A personalidade denota a existencia de direitos, e aquella qualidade não provém do nascimento. No ventre da mãe já o feto é pessoa, e como tal reconhecido nas leis de todos os povos. Em tudo quanto respeita aos seus interesses, é tido como nascido; e os abortos artificiaes são inermidos e punidos nas leis de todas as nações. Por isso nós, em lugar de dizermos — *adquire-se*, — diriamos com mais propriedade — *realisa-se* a capacidade juridica pelo nascimento.

Antes do nascimento já o individuo tem direitos; mas como não se lhe reconhecem senão debaixo da condição de — *nascer vivo* — bem poderíamos dizer, que o nascimento apenas *realisa* a aquisição dos direitos.

Mas, dir-se-ha, se nós reconhecemos personalidade no individuo antes do nascimento, para que havemos deixar dependente d'este acontecimento a aquisição da capacidade juridica?

Poderá ser motivo para negarmos ao nascituro a capacidade juridica o não estar completamente desenvolvido, e formado, quando nas primeiras edades tambem o não está, e gosa completamente da personalidade juridica?

Não haverá uma tal ou qual contradicção

em reconhecer no feto a personalidade, e deixar dependente do nascimento a realisação da capacidade juridica, e a aquisição dos direitos, que lhe houverem recaído durante a gestação?

A verdade é que a tendeneia do legislador foi sempre para proteger o feto ainda no ventre da mãe. Porém qual havia de ser a epocha precisa em que o nascituro se havia de reputar organizado, e com figura humana, para ter a personalidade? Aqui estava a primeira difficuldade.

Nos partos ordinarios ainda seria possivel fixar para a generalidade dos casos uma regra. Porém nos partos prematuros era impossivel estabelecer regras para determinar a epocha precisa da concepção.

Outra difficuldade havia ainda maior, e na maxima parte dos casos insuperavel, era decidir, no caso d'o feto nascer morto, se elle era vivo ou não na epocha em que lhe foi deferido o direito.

Por todas estas razões tomou-se por ponto de partida a epocha do nascimento; e no caso do nascimento com vida retrotrahe-se a aquisição da capacidade juridica até á epocha em que se presume ter havido a concepção.

\* Mas qual é o tempo que a lei fixa antes do nascimento para presumir a existencia do feto? É o que este artigo devia dizer, e que não diz. A ultima parte, que acima transcrevemos, é uma phrase vaga e indefinida, que nada significa.

Podemos no entretanto esclarecer e completar o pensamento do artigo com a doutrina do art. 1777, que tinha aqui o seu logar proprio, e que diz — Só podem adquirir por testamento as creaturas *existentes*, entre as quaes é contado o *embryo*.

§ unio. Reputa-se existente o *embryo* que nasce com vida e figura humana dentro de *trescentos dias*, contados desde a morte do testador.

Em face d'esle artigo parece-nos que todos os direitos deferidos ao individuo durante os tresentos dias anteriores ao seu nascimento, lhe ficam pertencendo pelo facto do nascimento com vida como se vivo fosse, durante a gestação.

Por tanto o pensamento do artigo 6.º, que deve combinar-se com os artl. 110, 1479, e 1777, é o seguinte: — A capacidade juridica realisa-se pelo nascimento com vida e figura humana; e o individuo, nascendo com vida, adquire todos os direitos, que lhe houverem recaído durante os tresentos dias, anteriores ao nascimento.

Eis aqui a sentença do artigo que, se este fora bem redigido, se comprehenderia immediatamente sem necessidade de longas investigações, e sem recorrer ao elemento logico e systematico da interpretação para perceber todo o pensamento do legislador.

É tambem para notar que no art. 1479 se falle de — *nascituros* — e no art. 1777 de — *embrião* — para significar o individuo gerado, mas ainda não nascido.

A palavra — *nascituros* — tem uma significação mais ampla do que o vocabulo — *embrião* — Refere-se a todos os individuos gerados, e não nascidos, qualquer que seja o estado da sua organização, e a epocha da gestação.

A palavra — *embrião* — porém é empregada propriamente para significar o estado do individuo, que não está ainda organizado, e reduzido a perfeita creatura humana.

A sciencia medica ensina que o estado de embrião termina aos tres mezes depois da concepção, e que depois toma o individuo o nome de feto.

Era muito conveniente não estar a empregar palavras no codigo sem determinar precisamente a sua respectiva significação, e eram escusados aquelles dois artigos, se por ventura no art. 6.º, onde tem o seu assento proprio a materia de capacidade juridica, se definisse claramente, em lugar de se empregar um circumloquio de palavras, que nada significam, qual é a epocha da gestação, para depois se determinar pelo tempo do nascimento, se o individuo já existia quando foram deferidos os direitos, e por tanto se os pôde adquirir.

No entretanto, com algum trabalho, e combinando este artigo com os artigos 110,

1479, e 1777, chega-se á conclusão, que acima deixámos formulada.

#### ARTIGO 7.º

*A lei civil é igual para todos, e não faz distincção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados.*

Este artigo não tem aqui o seu assento proprio. Está completamente deslocado. O seu lugar é na carta constitucional, e lá vem no art. 145 § 12, que diz — A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e reeompensará em proporção dos mercimentos de cada um.

Se hoje, no estado presente da nossa civilisação, fosse publicada a constituição fundamental, talvez já não tivesse razão de ser a inserção d'este artigo, mesmo n'um codigo politico. Porém o que não tem desculpa é repetir-se aqui doutrina, que já está collocada no seu lugar.

Se ha razão para inserir no codigo civil esta doutrina, tambem deveria ser parte obrigada do codigo penal, commercial, administrativo, penal, e de todas as collecções de leis que se publicassem em Portugal.

Felizmente, como o artigo é inoffensivo, não ha inconveniente em o conservar.

A lei é igual para todos os que estão nas mesmas circunstancias, e só para esses; e por isso ha ás vezes excepções ao principio absoluto da egualdade; excepções reclamadas pela justiça juridica, e pela natureza das coisas.

Estas excepções não significam um privilegio, ou um favor para pessoa, que está nas mesmas circunstancias, mas sim justiça para pessoa collocada em posição *differente*.

É principio sabido — que a verdadeira egualdade consiste em tractar desegualmente seres desiguaes. — Ás vezes pode não estar na natureza das pessoas, mas sim na diversidade de circunstancias, a egualdade a que a lei juridica deve attender.

Por isso não ha primor, nem inteira verdade juridica, nesta redacção.

Quem lêr o artigo ha de suppôr que o principio da egualdade é respeitado na generalidade dos casos, e violado excepcionalmente, quando assim não é.

As excepções, que se fazem, são no interesse do proprio principio de egualdade. Como a egualdade verdadeira está em tractar desegualmente posições desiguaes, é

indispensavel modificar os principios geraes  
segundo as circumstaneias, para respeitar  
sempre o principio absoluto da egualdade.

# JORNAL DE ESPERANÇA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA. Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 179

#### ARTIGO 8.º

*A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa, a qual é applicada retroactivamente, salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos.*

Ninguém contesta o principio da não retroactividade das leis. Todos os eodigos, e todos os escriptores sancionam e approvam o principio da não retroacção. A respeito do principio fundamental não ha duas opiniões. Porem tanto é o accordo sobre o principio, tanta é a divergencia sobre a applicação.

A primeira duvida, e de certo a mais fundamental, é sobre os limites e verdadeiro conteudo da retroacção.

Que quer dizer — a não retroactividade da lei? Significa de certo que a lei não regula o passado, e só obriga para o futuro. Mas que significam realmente as palavras — *a lei não regula o passado?*

Aqui começam todas as duvidas, e todas as divergencias. Que a lei nova não pôde regular os actos já consummados, e os negocios findos é fóra de toda a duvida. Porém ha de entender-se com tanto rigor o principio da não retroacção, que a lei nova não possa regular as consequencias e effeitos dos actos concluidos no tempo da lei anterior?

Eis uma grande duvida. Outra duvida é — qual é a extrema para demarcar o campo dos actos consummados, e não consummados?

Será um acto consummado o testamento logo que é feito antes mesmo da morte do testador?

Serão actos consummados sómente as sentenças, e as transacções, que tem a força de causa julgada?

Tem-se feito differença entre *direitos adquiridos*, e simples *expectativas*; e tem-se dicto — com os direitos adquiridos não pôde a lei entender, sem offender o principio da não retroactividade — mas a possibilidade ou esperanza de adquirir um direito, que é coisa muito differente d'um direito já adquirido, bem pôde a lei modifical-a, ou aniquilal-a sem offensa do prineipio da não retroacção. —

E todos os escriptores, especialmente os jurisconsultos francezes, têm-se empenhado em demarcar bem as raias, que estremam os direitos adquiridos das simples expectativas.

Mesmo as simples expectativas costumam ser até certo ponto respeitadas pelas novas leis segundo as circumstancias publicas, e os interesses ereados. Sirva de exemplo o que se practicou entre nós por occasião da extincção dos vinculos a respeito dos immediatos successores.

Não se pôde porém dar regras certas acerca da protecção que merecem as expectativas. Depende tudo da occasião, do favor eom que o publico recebe essas expectativas, e dos interesses, que ellas têm já creado.

No que se insiste, como essencial, é na differença entre os direitos adquiridos, e as simples expectativas; e diz-se — a lei pôde regular o passado, com tanto que só fira esperanças, e respeite sempre os direitos adquiridos. — *Direitos adquiridos*, dizem alguns, são os que estão já definidos por sentença, passada em julgada, ou por transacção, que tem a mesma força. *Direitos adquiridos*, dizem outros, é mais alguma coisa. Todos os actos concluidos, e eompletos, ainda que não estejam *executados* ao tempo da nova lei, estão fóra da alçada d'esta.

E que diz o projecto do código no artigo, que acima deixamos transcripto? Não diz nada. Diz que a lei interpretativa pôde ser applicada retroactivamente, quando não ferir direitos adquiridos; ora como o principio da não retroactividade só se fere quando se offendem direitos adquiridos, segue-se d'aqui que nos termos do artigo a lei interpretativa se applica retroactivamente sempre que não offende o principio da não retroactividade!

Todos concordam em que a lei não pôde ser retroactiva a ponto de ferir direitos adquiridos. Este principio é inconcusso: ninguém o contesta. O que todos procuram é marcar o terreno ou o eirelo dos direitos adquiridos.

Porém a disposição do projecto, que foi de certo feita para ser executada, encerrou-se numa generalidade vaga, que ninguém contesta, nem carece de resolução, e deixou intacta a difficuldade, que carecia de ser esclarecida para restringir o arbitrio do magistrado.

Este modo de redigir as leis é commodo para o legislador, assim elle não collocasse os magistrados em gravissimas difficuldades e não fosse altamente perigoso para a administração da justiça, e para a sociedade em geral.

Se o código queria limitar-se a enunciar um pensamento geral sem significação alguma, era melhor não ter inserido no projecto este artigo, que se achava já consignado no § 2.<sup>o</sup> do art. 145 da carta constitucional. Os magistrados executavam bem o código, ainda que lá não viesse consignada a doutrina de que a lei é igual para todos, e de que a lei não tem effeito retroactivo.

Hão de porém ter grande difficuldade em julgar (visto que o projecto a esse respeito guarda silencio), se só são direitos os definidos em sentença ou transacção, ou se é mais larga a área dos direitos adquiridos.

Na commissão de legislação apresentou-se uma proposta no sentido de se consignar claramente a idéa de que a lei nunca poderia offender transacções, ou sentenças, que houvessem transitado em julgado. Porém esta proposta, apesar de reunir alguns votos, não obteve veneimento.

Verdadeiramente o principio de que a lei não deve ter effeito retroactivo é mais proprio da constituição fundamental, do que

da legislação secundaria. É uma regra para o legislador observar; mas, se o legislador a preterir, o magistrado ha de em todo o caso respeitar a lei — *dura lex, sed lex*.

O principio consignado no art. 8.<sup>o</sup> do código civil não auctorisa o magistrado a esquecer a lei, que for retroactiva; é apenas uma regra de hermeneutica, a que os exeutores da lei, nos casos duvidosos, devem subordinar a sua decisão.

O sr. Seabra, no projecto primitivo, tambem não determinava a base e o caracteristico dos direitos adquiridos. Expressia-se nos seguintes termos — A lei civil, ainda que seja interpretativa, não pôde ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos legitimamente adquiridos.

No entretanto era mais logica e mais accommodada ao estado presente da sciencia a doutrina do projecto primitivo, do que a sentença do projecto definitivo. Houve tempo, em que se entendia, que a questão da retroactividade se referia unieamente ás leis interpretativas, quando assim não é. A carta constitucional diz em geral que a lei não pôde ter effeito retroactivo, e tanto as leis interpretativas como quaesquer outras tem applicação retroactiva, com tanto que se resalvem os direitos adquiridos.

Todas as leis fazem reflectir a sua acção no preterito, especialmente as leis sobre o processo, que é materia d'ordem publica; e as leis sobre direito propriamente dicto regulam todas as consequencias dos actos completos, e ainda não executados, e seguem na sua marcha os actos começados, e não concluidos.

Porém quando se tratava de retroactividade perdiam-se de vista as outras leis para tractar a questão só com relação ás leis interpretativas.

É misler ver primeiro o que são leis interpretativas, e depois examinaremos mais delidamente o outro objecto.

*Continúa.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 194

Por muito tempo a theoria da interpretação das leis foi considerada debaixo d'um ponto de vista, demasiadamente restricto, e acanhado. Entendia-se que só careciam de interpretação as leis obscuras; e que os artigos claros e explicitos da legislação não estavam sujeitos, nem comprehendidos na theoria da interpretação.

Porém ultimamente tem-se aperfeiçoado os systemas neste ponto, e tem-se collocado noutra altura esta materia. Actualmente a interpretação é uma função necessaria para a applicação da lei; é o meio termo entre a concepção e a execução da lei.

A interpretação é a reproducção fiel do pensamento do legislador. Todo o executor da lei carece da interpretação, i. é, de se representar no seu espirito todo o pensamento do legislador, para o poder executar fiel e verdadeiramente.

Todo o executor da lei carece de ser interprete. Nas leis, que parecem as mais claras, ha tambem o trabalho da interpretação para se alcançar em toda a sua plenitude a sentença da lei, e para applicar as regras d'ahi derivadas ao conhecimento das disposições obscuras, que estão mais ou menos ligadas, e algumas vezes subordinadas aos artigos claros e expressos.

Eis aqui o verdadeiro sentido da palavra — *interpretação* — nos systemas, e nos livros dos escriptores modernos.

Muitas vezes porém o legislador julga de conveniencia publica declarar qual é o pensamento d'uma lei, a respeito do qual nem todos estão d'accordo.

Se esta declaração legal se limita a esclarecer o que já estava legislado, a lei é

verdadeiramente *interpretativa*. Se porém modifica, ou accresceenta alguma coisa ao que já estava determinado, a lei é realmente nova, embora lhe chamem interpretativa.

Disposição interpretativa é a que se acha consignada no projecto de lei da desamortisação ha poucos dias votado na camara dos srs. deputados, que declara capazes de serem herdeiros os hospitaes e as misericordias.

Nas nossas leis antigas e modernas era respeitado o principio da instituição d'estes estabelecimentos; mas dividiam-se as opiniões, suppondo uns que elles só podiam ser instituidos legatarios, e entendendo outros que elles podiam ser instituidos herdeiros.

Mas como ultimamente a jurisprudencia se encaminhava para os julgar capazes de serem herdeiros, no projecto da lei da desamortisação declarou-se autentica esta interpretação, sem accrescentar, nem modificar um apice a legislação existente.

Em vista do exposto facilmente se conhece que a especie de leis, a que o principio da não retroactividade tem menos applicação, é ás leis puramente interpretativas, porque não estabelecem direito novo, mas só aclaram disposições já consignadas em leis anteriores.

Todavia o que é essencial é dar as regras segundo as quaes se devem applicar as leis novas aos casos pendentes, ou ellas sejam interpretativas, ou de outra qualquer natureza. Se ha transacções, ou sentenças transitadas em julgado, não podem de certo ser prejudicadas pela lei nova.

Mas só as sentenças e transacções é que ficam fóra da ação da retroactividade?

Ora supponhamos que na hypothese acima referida, em lugar de se ter declarado no projecto de lei da desamortisação, que as misericordias e hospitaes podiam ser instituidos herdeiros, se adoptava a interpretação



contraria, e se resolvia que os hospitaes e misericordias não podiam ser instituidos herdeiros, e que alguns d'estes estabelecimentos estavam de posse, ha dois ou tres annos, ou dois ou tres mezes, de heranças, em que haviam sido instituidos, e que os herdeiros legitimos do testador não impugnaram eom' o receio de perderem a questão nos tribunaes, mas a respeito das quaes não havia transacção, nem sentença passada em julgado — poderiam, convertido o projecto em lei, esses herdeiros legitimos impugnar a validade do testamento, e pedir a entrega dos bens, de que aquelles estabelecimentos de beneficencia estavam de posse?

Este caso é que precisava de ser determinado, estabelecendo-se uma regra geral, que dominasse todos os casos identicos. É o que o projecto de codigo não faz. O artigo 8.<sup>o</sup> pois é inteiramente inutil.

Bem sabemos que não era possivel resolver todas as duvidas a este respeito. Mas não resolver nenhuma com o fundamento de se não poderem resolver todas, é systema injustificavel em boa legislação.

Se no codigo se tivesse dicto — As leis novas não prejudicam as transacções, nem as sentenças passadas em julgado, nem os actos completos, eontra os quaes não houve reclamação antes da sua publicação — não se teria sancionado uma doutrina isempta de defeitos, nem se teria consignado uma disposição que evitasse todas as duvidas, mas ao menos tinha-se dicto alguma coisa, e cortado algumas difficuldades.

Ha quem prefira uma lei injusta á falta de lei, e que por isso condemne primeiro que tudo as disposições leaes que se encerram numa generalidade vaga, que nada significa, ou que se presta a significar tudo o que os juizes e que os executores da lei quizerem.

Se a lei for evidentemente retroactiva, os magistrados hão de respeitá-la, por mais injusta, que lhes pareça. As regras estabelecidas no codigo ácerca da retroactividade servem unicamente para guiar os magistrados na applicação da lei aos casos pendentes, a que ella se não refere expressamente.

Ora neste ponto ficam os magistrados sem outra regra, que não seja o seu arbitrio; e nós consideramos esta questão como uma das primordiales, e tanto que a nossa constituição fundamental se referiu a ella, e no

artigo em que traeta das garantias dos direitos civis e politicos dos cidadãos portuguezes.

Será para lamentar que os poderes publicos, a quem está eommettido o exame do projecto, não resolvam esta especie do modo mais plausivel, que o podem fazer.

A questão presta-se a um debate tão largo, que, ou se hão de escrever a respeito d'ella grossos volumes, ou se hão de fazer apenas ligeiras observações, como nós acabamos de fazer.

Não concluiremos porém a analyse d'este artigo, sem deixarmos consignado o que ha de mais importante sobre a materia na nossa legislação actual.

O decreto de 17 de julho de 1778, suspendendo diversas leis, determinou: 1.<sup>o</sup> que as suas disposições se guardassem de sua data em diante sem respeito algum ao passado; 2.<sup>o</sup> que a ninguem fosse permittido intentar de novo acção alguma sobre o direito que lhe podiam dar as leis suspensas, ainda com o motivo de o ter adquirido em tempo habil; 3.<sup>o</sup> que nas causas já lindas e extineltas por sentenças passadas em julgado ou por amigaveis transacções legitimamente eelebradas, ficassem estas em toda a sua força; 4.<sup>o</sup> quanto ás causas pendentes, que se julgassem na superior instancia pelas leis, que regiam ao tempo, em que se proferiram as sentenças na 1.<sup>a</sup> instancia; se, porém, nesta ainda não tivessem sido julgadas a final, que se lhes applicasse o novo direito.

A doutrina d'este decreto quanto ás causas pendentes achava-se já eonsagrada no direito romano, pelo qual era prohibido o applicar as leis novas ás sentenças appelladas.

Diz a nov. 113, cap. 1.<sup>o</sup> — *Ideoque sancimus: si quando de aliqua causa processerit definitiva sententia, et provocatio fuerit subsequuta: appellutionis examinatores secundum leges quae tempore definitivae sententiae obtinebant, terminum dare negotio... In omnibus enim praedictis casibus illas leges a cognitoribus servari decernimus, quae tempore sententiae, aut certe relationis obtinebunt: tametsi contingerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem, et tenorem suum ad praeterita quoque negotia referentem.*

Em eontraposição a esta doutrina ha disposições nas nossas leis applicadas retroactivamente a sentenças, que já tinham pas-

sado em julgado, mas que não estavam ainda executadas.

O Aviso de 20 de dezembro de 1770 decidiu que não fossem executadas sentenças sobre clausulas de annexações de terras amorgados, que ao tempo da publicação da lei de 3 de agosto de 1770 se achavam por cumprir; e o de 2 de março de 1786 decidiu — que as sentenças que antes da lei de 9 de setembro de 1769 julgaram demonstrativos e certos encargos, determinados pelos instituidores, foram implicitamente revogadas pelas providencias de preterito, contidas na dita lei, e em consequencia ficaram os referidos encargos, sem embargo dos julgados, taxativos e não demonstrativos.

Merece tambem especial menção o assento 5.<sup>o</sup> de 5 de dezembro de 1770, que declarou que a lei de 9 de setembro de 1769 no § 1.<sup>o</sup> não comprehendia os testamentos, que antes d'ella se achavam feitos, e consummados pela morte do testador. Decisão analogia quanto á successão dos morgados em conformidade das instituições anteriores á lei de 3 de agosto de 1770, foi dada pelo assento 2.<sup>o</sup> de 9 de abril de 1792.

O assento 4.<sup>o</sup> de 5 de dezembro de 1770 decidiu que a nullidade dos legados, declarada pelo assento de 29 de março, não comprehendia os legados já cumpridos e as despesas já feitas pelos testamenteiros legitimamente e de boa fé. O mesmo foi decidido pelo assento de 9 de abril de 1772 em relação aos legatarios, que em boa fé tivessem recebido taes legados.

Abstemo-nos de citar mais legislação. Pela que temos apontado se faz juizo de que nas nossas leis havia os subsidios indispensaveis para resolver a questão da retroactividade.

Pois não podiamos nós, com o auxilio d'estes elementos, uns homogeneos, e outros contradictorios, estabelecer um principio decisivo e franco, e desenvolvê-lo em duas ou tres regras geraes?

Se nos perguntarem, se as leis novas em presença do codigo são applicaveis ás appellações, quando as leis vigentes ao tempo do julgamento na primeira instancia eram diversas, que responderemos? Pela nossa parte não sabemos responder.

Á legislação actual não podemos recorrer, porque o artigo 16 do projecto manda recorrer nos casos omissos aos principios do direito natural.

No codigo penal art. 70 acha-se disposto, a respeito da retroactividade da lei, o seguinte — Se depois de commettido o crime, a lei modificou a pena, será sempre imposta a pena menor, posto que ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave

§ unico. Se ao tempo da sentença o facto não for pela lei qualificado como crime, posto que o fosse pelas leis, que existiam ao tempo que foi commettido, nenhuma pena será applicada—.

Vê-se pois que os nossos legisladores se não esqueceram de regular, com mais ou menos felicidade, o principio da não-retroactividade. No projecto do codigo não apparece infelizmente a mais ligeira indicação da applicação d'este principio com relação ás leis civis. O artigo 8.<sup>o</sup>, como já dissemos, é uma generalidade vaga, que nada significa.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 211

#### ARTIGO 9.º

*Ninguém pôde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorancia d'esta ou com o seu desuso.*

Pela nossa legislação vigente tambem a ignorancia da lei não aproveita a ninguém, ao contrario do que succede com a ignorancia de facto. Os factos são infinitos e innumeraveis, quando o — *jus finitum et possit esse, et debeat* — para nos servirmos das palavras do jurisconsulto Neracio.

O projecto de codigo não providencia ácerca da ignorancia de facto senão na materia dos contractos, onde examinaremos consequentemente esta doutrina.

Pelas nossas leis a ignorancia de direito a ninguém aproveita. A ord. dispõe no final do tit. 99, liv. 1.º o seguinte — E para se não poder allegar ignorancia, o declaramos por esta nossa ordenação. —

Alguns quizeram ver uma excepção a este principio no caso do § 2.º da ord. liv. 3, tit. 87, suppondo que a ignorancia de direito aproveitava aos lavradores rusticos, e aos soldados, por aquella ord. lhes permittir o allegar embargos depois das sentenças definitivas, ainda que as offendam ou desfaçam em tudo, quando elles moravam e litigavam em aldeia, ou logar, em que não houvesse letrados, com quem podessem aconselhar-se.

No entretanto a legislação posterior veio ainda banir esta excepção.

O decreto de 9 de setembro de 1747 declarou que não ha ignorancia que releve de observar as leis, porque ellas são publicas, escriptas e diuturnas. O alv. de 10 de junho de 1755 declarou egualmente que se

não pode allegar ignorancia do que a todos se faz publico.

E modernamente, e com relação ás leis criminaes, diz o artigo 12 do codigo penal: A ignorancia da lei penal não se considera como justificativa do crime.

Os nossos praxistas procuraram desde certa epocha affastar-se do rigor das leis, e determinar regras para o erro de direito escusar nalguns casos, com o fundamento de que o *jus finitum*, de que falla Neracio, não pode applicar-se á nossa legislação, no estado de desordem em que se acha, e complicada, além d'isso, com o direito romano e canonico.

Para modificarem e limitarem as disposições de direito, em harmonia com estas idéas, procuraram fazer distincção entre ignorancia da lei e erro de direito.

Dizem *ignorancia* de direito o desconhecimento total das disposições da lei; *erro de direito* a falsa idéa d'essas disposições. Dizia já Sanelo Agostinho, que o erro consistia em approvar como verdadeiro o que era falso, e a ignorancia em nada approvar; que a ignorancia não denotava sciencia alguma, e o erro ainda implicava alguma.

Parecia a alguns que a ignorancia de direito a ninguém aproveitava, mas que o erro de direito em certos casos, que cada um determinava segundo o seu systema, devia aproveitar.

O sr. Rocha fez distincção: em quanto á imputação, ou responsabilidade, que pôde resultar da falta de cumprimento da lei, disse que não aproveitava a ignorancia de direito; sustentou porém quanto aos actos, em que por ignorancia ou erro nos obrigamos para com terceiro, que escusa o erro de direito, que recae sobre o essencial.

Qual é porém o systema do projecto de codigo? Cremos que seguiu com pequenas modificações a doutrina do sr. Coelho da Rocha.

O artigo, que analysamos, aeha-se no projecto da commissão exactamente como tivo, onde em seguida a este artigo se lia o no projecto primiseguinte:—As obrigações contrahidas por erro de direito, poderão ser rescindidas nos termos do presente codigo.

Vê-se pois que o auctor do projecto acceitou a distincção entre ignorancia da lei, e erro de direito.

No entretanto o segundo artigo foi supprimido pela illustre commissão revisora; e qual é a este respeito a ultima doutrina do projecto?

Ácerca do erro de direito encontramos na materia dos contractos os artigos seguintes: — Art. 658 — o erro sobre a eausa do contracto pode ser de direito ou de facto. Art. 659 — O erro de direito ácerca da eausa produz nullidade, salvo nos easos em que a lei ordenar o contrario. Art. 756 — Quando, por erro de facto ou de direito, nos termos dos artigos 657 e seguintes, alguem paga o que realmente não deve, pôde reeobrar o que houver dado, nos seguintes termos, etc.

Aqui estão os artigos geraes ácerca do erro de direito.

Por tanto faz-se no projecto a distincção, para os effeitos de aproveitar ou não o erro de direito, entre a responsabilidade, que resulta da falta de cumprimento de lei, e a responsabilidade relativa dos actos, em que nos obrigamos para com terceiros.

A respeito da primeira hypothese não ha ignorancia, que releve, eomo se vê do artigo, que analysamos. Porém eom relação aos actos, em que nos obrigamos para com terceiros, aproveita o erro sobre a eausa do contracto.

É restrieto este favor simplesmente ao erro nos contractos, quando a adoptar-se o principio, devia ampliar-se a todos os actos juridicos, ainda que não fossem contractos.

No entretanto as disposições do projecto são as que deixamos consignadas.

Note-se tambem que o projecto de codigo se serve das palavras — *ignorancia de direito* — quando se refere á falta de cumprimento das disposições leaes, e usa das expressões — *erro de direito* — quando traeta dos contractos, ou dos actos juridicos.

Esta linguagem é tirada das doutrinas dos modernos praxistas.

A differença entre a ignorancia e o erro

de direito, nos termos, em que alguns doutores a propunham, podia dar logar a muitas fraudes e eavillações, auctorisando os interessados a declarar que conheciam a lei, mas que lhe davam outra interpretação.

Por isso bom é o systema de não adoptar, eomo motivo de exeusa, o erro de direito em geral; devenda determinar-se precisamente os casos, em que elle aproveita.

Pela doutrina do projecto só aproveita o erro de direito em materia de contractos, e quando reeae sobre a eausa do contracto.

A seu tempo veremos se esta materia se acha regulada, eomo fora para desejar.

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 226

#### ARTIGO 10.º

*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.*

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

O art. 10 é o mais fatal que tem o projecto de codigo. Custa a crer que o illustrado redactor do projecto, que ajuntava uma longa practica forense aos seus profundos conhecimentos de direito, e que os membros, tão distinctos, da illustre comissão revisora concordassem todos em sancionar similhante doutrina, e um principio tão perigoso. Este artigo pode chamar-se a *morte civil* do codigo civil.

Se os tribunaes observarem á risca a prescripção do artigo 10, duvidamos que se reputem validos ametade dos actos juridicos, celebrados em boa fé, e com as formalidades essenciaes, que a lei e a sua natureza reclamam!

Ninguém se lembrou de sancionar na practica, e em leis, que servem para garantir o desenvolvimento da sociedade, principios tão exaggerados. O *cave a consequentis* — foi sempre respeitado pelos legisladores; e concordando todos em que as disposições da lei são feitas para serem observadas, nenhum se lembrou de preeciliar, que toda e qualquer falta de cumprimento de lei, por mais insignificante que fosse, significava nullidade insanavel!

E, se algum se aventurou a fazer excepção

a este systema, viu-se logo na necessidade de acabar com essa excepção, eomo prejudicial aos interesses publicos, e ao bom regimen do direito.

Não ha codigo nenhum no mundo, onde appareça similhante sentença. Nem na Inglaterra, nem na America se poderia sustentar e observar um principio tão absoluto, e tão ineconciliavel com a limitação da intelligencia humana, e com o fim supremo, a que é destinada a confecção das leis.

Antes porem de fazermos a critica do artigo, transcreveremos aqui textualmente o que o sr. Seabra escreveu em justificação d'elle na segunda apostilla, e apenas sublinharemos aquellas palavras que, longe de abonarem, condemnam a disposição.

Diz o sr. Seabra, referindo-se ao assumpto em discussão — «Esta questão é uma das que mais *têm atormentado* os juriscultos; porém, depois de a termos examinado, como cumpria, entendemos que não nos restava outro caminho a seguir.

Eis aqui as nossas razões.

A lei ou decreto uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, — importa sempre a mesma necessidade de sujeição e obediencia. Se a lei não importasse essa necessidade, não seria lei, — ou seria apenas permissiva, de que não temos de occupar-nos aqui.

A lei não pode pois legitimar os actos praticados em seu menoscabo ou contravenção, — e serão radicalmente nulos, salvo se a mesma lei decretar, que de algum modo possam subsistir ou sanar-se.

Posto este principio, *todas as difficuldades desaparecem, — acabam as hesitações da doutrina, porque as consequencias logicas são sempre facéis*, — o que não acontee, quando se pretende o impossivel de conciliar principios oppostos, ou contradictorios.

Os que admittem que a nullidade não é

uma consequeneia da contravenção da lei — não ousam comtudo apresentar a regra de um modo absoluto, — reconhecem que ha casos em que a nullidade deve ter logar. *Mas em que casos? Como diseriminal-os? hoc opus hic labor est.* — Tudo são hesitações, divergencias, e alvitres, eada qual menos satisfactorio, porque todos partem d'uma base arbitraria.

O principio characteristico e essencial da lei é sem duvida a sua força obrigatoria. Dizer que o legislador, que prohibe um acto puro e simplesmente (argumenta Duviergier contra Toullier) sem indicar as consequencias da infracção, não entende annullar o acto, reensar-lhe o effeito, se tiver logar, é o mesmo que dizer, que em principio entende tolerar, e mesmo proteger, o que é feito contra a sua vontade formal, o que de modo algum se pode sustentar. Ora este argumento procede eom a mesma força em relação ás leis preceptivas.

Adoptando porem o prinieipio de que as leis, ou sejam prohibitivas, ou imperativas, importam nullidade, somos obrigados a responder pelas consequencias da nossa doutrina, isto é, a seguil-a nos seus desenvolvimentos e applicações, e a prevenir qualquer difficuldade ou inconveniente, que possa resullar da sua adopção.

É sobre este ponto, que passamos a explicar-nos.

Primeiro que tudo é necessario que se não perca de vista que a regra que estabelecemos tem *uma orbita limitada unicamente á esphera do direito civil*, como foi definido no artigo 3.<sup>o</sup>

Temos pois que nem o direito publico, nem o codigo de commercio, nem o codigo de processo estão sujeitos a esta lei.

Isto posto, se as partes nas suas relações juridicas, dependentes de facto seu, transgredirem a lei, de nenhum modo podem queixar-se da sua severidade, pois que não soffrem senão as consequencias d'um acto voluntario.

Mas, sendo certo que no exercicio dos direitos civis acontece muitas vezes, que é indispensavel á ordem publica que o estado intervenha, encarregando officiaes seus de recolher e authenticar os actos juridicos, debaixo de certa norma, — que influencia deverão ter as contravenções, que estes officiaes commetterem sobre a substancia dos mesmos actos, sobre o direito das partes?

Será o aelo essencialmente nullo, porque a formula não foi devidamente observada? Deverá o cidadão soffrer a pena de factos, que lhe não podem ser imputados, e que são sómente produzidos pela interferencia da lei, pela ignorancia ou má fé dos seus propositos?

Aqui apparece um novo elemento, uma nova circumstancia, que necessariamente deve ser tomada em consideração.

O principio de deedir, a que a jurisprudencia e as legislações parecem inclinar-se, é o seguinte: — que todas as vezes que os actos forem formulados por agente publico, em virtude da lei, o vicio da forma não deve prejudicar o direito das partes, se a nullidade não for expressamente irrogada.

Dissemos que a este principio pareciam inclinar-se a jurisprudencia e as legislações, porque effectivamente ali o achamos seguido ou practicado, postoque d'um modo incompleto e extremamente confuso.

Mas, como, e em que easos, e com que effeito poderá a lei irrogar a nullidade dos actos formulados por official publico?

Questão é essa, de que nos não podemos occupar aqui, e que não pode mesmo ser resolvida em these. Diremos unicamente que não deve a lei lançar mão d'este meio, senão em caso de extrema necessidade, ou na presença d'um grande interesse publico, assegurando, quanto possivel, a reparação do damno, ainda que não seja senão aggravando a responsabilidade dos contraventores, e pelo meio d'uma severa habilitação.

Mas, dir-se-ha, contendo o codigo civil diferentes formularios, facilmente pode entrar em duvida, não havendo declaração especial, se esses formularios ficam ou não sujeitos á disposição do artigo. Responderemos, que, ainda que, por via de regra, o eodigo é explicito nesta parte, poder-se-ha utilmente addicionar ao artigo um novo paragrapho, em que se declare, que as disposições que prescrevem a forma de actos juridicos, que devem ser exarados por officiaes publicos, sómente importarão nullidade, *sendo esta expressamente irrogada*. Poderá tambem dizer-se que, permitindo-se que a nullidade possa ser sanada, se a lei infringida for sómente de interesse particular e não de ordem publica, se deixa porta aberta ao arbitrio dos tribunaes e a immensas controversias.

Não deixámos de sentir este inconvenien-

te, porque seguimos a maxima de Bacon:  
— *optima lex, quae minimum judicis arbitrio permittit*;— mas ha casos em que este arbitrio, desgraçadamente, *é inevitavel*; e é contando com isso, que a lei tem cercado de infinitas cautelas a acção da justiça. Pelo menos não achamos modo de solver *melhor* a difficuldade.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto de codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 243

Ninguém pode contestar em principio que quanto se faz contra a lei é nullo, e que a lei parece aniquilar-se a si mesma em quanto tolera, como válido, um acto, em que falta alguma das solemnidades, que ella requer.

Em boa philosophia não se pode fugir ao raciocinio — ou a lei dispõe coisas necessarias, devendo por tanto ser cumpridas todas as suas sentenças, ou dispõe coisas superfluas, que devem por consequencia supprimir-se.

Este raciocinio é logico, e deveria applicar-se aos usos da vida social, se os interesses da vida humana estivessem sujeitos ás regras inflexiveis da metaphysica theorica, e se estas não devessem soffrer na practica larga modificação para se tirar resultado util da sua applicação. O mundo real é o que é, e não o ideal, que nós imaginamos.

Nas legislações de todos os povos têm havido sempre preceitos, cuja satisfação é indispensavel sob pena de nullidade, e preceitos, cujo cumprimento a lei recommenda, sem que a falta de cumprimento d'elles affecte a validade do acto.

É bem conhecido o principio de direito romano — *multa prohibentur in jure fieri, quae tamen facta tenent*; — doutrina applicavel, não só ás leis prohibitivas, mas ás preceptivas tambem.

A nossa ord. em varios logares, e nomeadamente no liv. 3.º tit. 63, faz clara distincção entre nullidades sanaveis e insanaveis.

Varias disposições da nossa legislação extravagante, e nomeadamente o regimento

de 12 de setembro de 1652, § 6.º, e de 12 de outubro de 1751 § 25, vieram confirmar aquella doutrina da ord.

Veio a reforma judicial, e dispoz no art. 841 o seguinte — É nullo qualquer acto judicial: 1.º quando a lei expressamente decretar a sua nullidade de modo que não possa ser supprida: 2.º, quando, podendo ser supprida, o não tiver sido conforme a lei: 3.º quando não for expressamente decretada a sua nullidade, mas for practicado contra a determinação da lei, e alguma das partes tiver protestado em tempo pela observancia d'esta: 4.º quando nelle faltar alguma formalidade substancial, sem a qual se não preencha o fim da lei.

§ unico. Quando a lei decretar expressamente a nullidade do processo por falta ou illegalidade de algum acto, o processo será nullo, excepto se esta falta, ou illegalidade, podendo ser supprida, o tiver sido conforme a lei. — Ainda que a nullidade não esteja decretada expressamente, será nullo o processo, se o acto for substancial de modo que a sua falta, ou illegalidade influa no exame, e decisão da causa, ou se alguma das partes tiver protestado em tempo pela observancia da lei em respeito a esse acto.

A lei de 19 de dezembro de 1843 diz no artigo 1.º § 1.º — É nullo o processo em que houver preterição de algum acto essencial, ou de fórmula para elle estabelecida por lei com pena de nullidade.

Finalmente a lei de 18 de julho de 1853 depois de ter marcado no artigo 13 taxativamente as nullidades insanaveis no processo criminal, conclue no n.º 14 do mesmo artigo pelo seguinte — Finalmente por toda a preterição ou illegalidade de actos substanciaes, para a defesa ou para o descobrimento da verdade, por modo que essa preterição ou illegalidade influa ou possa influir no exame ou decisão da causa.



Eis-aqui o estado e as phases, por que tem passado a nossa legislação. Tem predominado sempre o principio da distincção entre actos substanciaes e accidentaes nas nossas leis.

Os homens conhecedores do fôro, e com longa practica da vida judiciaria, longe de abrirem uma porta ampla e franca ás nullidades, têm procurado sempre restringir o numero d'ellas.

Que razões haveria pois para alterar no codigo esta doutrina de seculos?

Conhecemos apenas uma excepção a este systema geral, a qual nos custou muito cara, e por isso durou pouco. Referimo-nos ao assento de 17 de agosto de 1811, que prohibiu que se antepozessem, pospozessem, ou substituíssem por equipollencia as formas prescriptas pela ord., relativamente aos testamentos.

Similhante disposição, para nos servirmos das palavras de Correia Telles, creou e originou mais demandas, do que o assento tinha de letras. Affluiram logo muitas reclamações contra as prescripções do assento que não pôde manter-se por muito tempo.

Em 10 de junho de 1817 tomou-se outro assento, que marcou os requisitos essenciaes na approvação dos testamentos, que vêm a ser: 1.<sup>o</sup> a presença das 5 testemunhas a todo o acto; 2.<sup>o</sup> a tradição do testamento feita pela testador ao tabellião; 3.<sup>o</sup> a declaração do testador de que é o seu testamento, e o ha por firme, valioso, e bom, antes ou depois da pergunta do tabellião; 4.<sup>o</sup> o instrumento de approvação lavrado na forma do 1.<sup>o</sup> quesito; 5.<sup>o</sup> a assignatura do testador, ou de alguma testemunha por elle, na forma da lei, i. é, declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do testador por elle não saber, ou não poder assignar; 6.<sup>o</sup> a assignatura do tabellião e das 5 testemunhas presenciaes a todo o acto.

Aquí está como o assento de 10 de junho de 1817 alterou completamente o prescripto no assento de 17 de agosto de 1811.

Agora o codigo resuscita todos os inconvenientes do assento de 10 de junho de 1811 mas mais aggravados; porque a disposição do assento era restricta unicamente á materia especial de testamentos, e o art. 10 do projecto abrange na sua generalidade todos os actos civis, e é relativo, pelo menos, a quando se acha consignado no codigo civil.

Se os tribunaes cumprirem á risca a pro-

visão do artigo, não seremos lemerarios em avançar a proposição de que elle dará logar a mais demandas, do que o codigo tem de sentenças, ou pelo menos, que não haverá demanda alguma sobre materia civil, em que o réo não allegue nullidades no processo, apoiando-se na prescripção do art. 10.

Mas note-se uma circumstancia importante. O sr. Seabra não entende que se estenda a inaudita penalidade do art. nem aos actos de direito publico, nem aos do codigo penal, nem aos do codigo do commercio, nem aos do codigo do processo!

Para que tanta restricção a um principio, *posto o qual todas as difficuldades desaparecem, e acabam as hesitações da doutrina, porque as consequencias logicas são sempre faceis?*

Pois um principio, que faz *desaparecer as difficuldades, e acaba com as hesitações da doutrina*, não convirá a todos os ramos do direito? Para que havemos de conceder tamanho beneficio ao direito civil, e privar das suas vantagens todas as outras partes do direito?

Não é tambem applicavel aos outros ramos do direito aquella regra juridica — *a lei ou decreto uma acção, ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, importa sempre a mesma necessidade de sujeição e obediencia. Se a lei não importasse essa necessidade, não seria lei* —?

Pois esta doutrina pode admittir excepções, ou ser inapplicavel a alguma das partes do direito? Não o cremos.

Mas o illustrado redactor do projecto de codigo arreceou-se tanto da provisão do art. 10, que nem quiz estender os seus beneficios aos actos, de que o codigo se occupa, e que são formulados por officiaes publicos em virtude da lei. Ah! vão as palavras do sabio auctor — Mas, dir-se-ha, contendo o codigo civil differentes formularios, facilmente pode entrar em duvida, não havendo declaração especial, se esses formularios ficam ou não sujeitos á disposição do artigo. Respondemos, que, ainda que, por via de regra, o codigo é explicito nesta parte, poder-se-ha utilmente addicionar ao artigo um novo paragrapho, em que se declare, que as disposições que prescrevem a forma de actos juridicos, que devam ser exarados por officiaes publicos, *sómente importarão nullidade, sendo esta expressamente irrogada.*

É de notar a cedencia e concessão, que fazia o illustrado redactor do projecto no sentido da boa doutrina! Todavia no projecto definitivo da illustre commissão revisora não vem addicionado o §, que o sr. Seabra acceita com respeito aos actos feitos por agente publico.

O artigo é applicavel a todo o direito civil. Poderia entrar em duvida, se seria tambem applicavel ao processo civil, pois que este ha de ser uma dependencia do projecto de codigo, que analysamos, e ha de ser subordinado ás mesmas regras, e aos mesmos principios.

Soubemos porém na commissão de legislação, que a sentença do artigo 10 era applicavel sómente ao direito civil propriamente dicto. Assim o mal não é tão grande.

*Continua.*

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 259

Para se conhecerem immediatamente os perigos, a que conduz a doutrina do artigo, e se avaliar a que consequencias são arrastados os espiritos, ainda os mais elevados, quando preoccupados com a verdade d'um principio ou d'um systema theorico, a que prestam uma fidelidade illimitada, transcreveremos aqui as respostas dadas pelo sr. Seabra ao illustre juriseconsulso, o sr. Moraes Carvalho, sobre as observações por este feitas á doutrina do artigo.

Não commentamos, nem analysamos essas respostas. A simples leitura d'ellas adverte a todos de quão perigosa é a doutrina do artigo.

Dizia o sr. Moraes Carvalho—O artigo 123 (hoje 124) do projecto 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 para a nullidade do perfilhamento? Isto seria repellido pela razão e pelo bom senso.

A isto dizia o sr. Seabra—Respondemos que nem a razão nem o bom senso, podem assim discorrer. O bom senso e a razão exigem que o que se faz contra lei, não seja reconhecido pela lei; — a razão e o bom senso dizem, que, tendo a lei prevenido, por uma prescripção terminante, os paes perfilhantes de que a perfilhação só pôde ser feita de certo modo, de ninguem, senão de si mesmos, se poderão queixar aquelles que não se conformarem com a lei. Porque razão ha de ser mais digna de contempla-

ção a veleidade do contraventor, de que o preceito da lei? Mas (dir-se-ha) o interesse do filho innocente? Esse depende sómente, neste caso, da vontade do pae; — e se elle o tem a peito, porque se não ha de conformar com a lei?

Observa mais o sr. Moraes Carvalho — O artigo 238 (hoje 234) determina que não possam ser vogaes do conselho de familia os que tiverem algum dos defeitos ahi mencionados: que entre outros são prohibidos de ser nomeados os removidos de outra tutela por falta de cumprimento de suas obrigações.

E se for nomeado membro do conselho de familia algum individuo em taes circumstancias, serão nullas todas as deliberações d'esse conselho.

A isto disse o sr. Seabra (note-se bem!) — Respondemos que, sem duvida, o conselho assim formado é nullo; — e a nullidade do conselho trará a nullidade de todos os seus actos. E isto mesmo tem logar na jurisprudencia franceza.

*Medite-se*, diz o douto censor, *maduramente nas consequencias d'este principio*; — e nós diremos ao douto censor: que medite tambem nas consequencias do principio opposto, e veja quaes serão mais perniciosas. Não ha duvida que esta illegalidade pode importar graves prejuizos; mas a responsabilidade recahirá sobre quem lhe der causa, — e isso fará que raramente se verifique — quando pelo contrario, admittido o principio da não nullidade, não servirá senão de auctorisar o desprezo e relaxamento da lei, — que não será mais que letra morta, e mais um conselho que um preceito. Toda a legislação, que for redigida neste espirito, cava necessariamente a sua propria ruina.

Concluiremos esta serie de citações com outra observação, e competente resposta, deixando o mais que escreveram sobre o

assumpto os distinctos juriconsultos, Seabra, e Moracs Carvalho.

Dizia o sr. Moracs Carvalho — No artigo 60 (hoje 58) se ordena que o curador, nomeando aos bens do ausente, os receba por inventario, e preste fiança, ou caução; e se contra o disposto não prestar segurança alguma, será nulla a curadoria? Serão annullados os actos em resultado d'ella praticados?

Responde o sr. Seabra — Sem duvida. E toda a responsabilidade pesará sobre quem tiver dado causa á infracção. De outro modo quem poderá responder pela execução da lei? — Toda a ordem publica consiste em que se intenda, que as leis são feitas para serem *irremissivelmente* executadas.

Avale-se por estas conclusões, que o proprio auctor do projecto tira e legitimá, em que estado fica a nossa jurisprudencia, approvedo como está o art. 10!

Como é que tem sido respeitada até agora a lei entre nós sem haver uma disposição tão absoluta e tão exagerada, que obrigasse *irremissivelmente* ao cumprimento de todas as provisões legaes?

Nós quizemos seguir nesta parte o direito vigente, que tem sido sempre a nossa lei nos tempos antigos e modernos, e que é com ligeiras modificações o direito de todos os povos, e que nem pode deixar de o ser; e formulámos uma substituição ao artigo nos seguintes termos — Os factos e omissões contra a disposição da lei civil importam sempre nullidade, a qual todavia poderá sanar-se, quando não influa na essencia do acto juridico.

Esta proposta não obteve vencimento na commissão de legislação, onde foi approvada tal qual a doutrina do artigo do projecto.

A nossa proposta conservava o estado presente da legislação patria, porque não o podia melhorar nesta parte; e parecia-nos que o peor dos alvitres a adoptar é o reconhecido no projecto de codigo.

Nós adoptamos em toda a sua extensão a regra juridica dos romanos — *In rebus novis constituendis evidens utilitas esse debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu equum visum fuit.*

Dizia a respeito da innovação feita no projecto o nosso antigo mestre, e distincto juriconsulto o sr. Joaquim José Paes da Silva, que reúne a vastos conhecimentos

juridicos longa practica do fóro, o seguinte — Ao artigo 12 (hoje 10) se me offerece observar, que estabelece a nova doutrina de ser nullo o acto practicado contra a lei prohibitiva, ou imperativa. A nossa legislação actual na reforma judicial art. 841, e lei de 19 de dezembro de 1843, art. 1.º § 1.º, é que só se considera nullo o acto judicial, a que a lei impõe pena de nullidade, ou quando a forma d'elle é substancial; e este pensamento ainda se teve em vista na legislação criminal da lei de 18 de julho de 1855, art. 13; e. quanto aos actos extrajudiciaes, ha o assento 2.º de 23 de julho de 1811. que, supposto fale de testamentos, estabelecem o principio geral, de que se não devem irrogar nullidades, onde a lei as não impõe.

E, com effeito, havendo as formas sido introduzidas para garantir os direitos das partes, tornando-os certos e authenticos, *ellas viriam, em uma grande parte de casos, a produzir o effeito contrario, de serem meios de os aniquilar.*

A nullidade dos actos é uma pena grave, e de effeitos muito transcendentos, porque produz a morte civil dos mesmos actos; e porisso só a deve haver, *quando a lei, por motivos de grande conveniencia publica, a tenha expressamente comminado.*

Disse a este respeito o sr. Correia Telles, Dig. port. lom. 1.º art. 32, nota (a), que em paiz algum a legislação ha chegado ao ponto de perfeição, que se possa dizer nullo o acto, em que se não guardem as formas legaes; o supposto eu faça do projecto de codigo o juizo, que acima expuz, comtudo acho muito perigosa esta doutrina.

A *experiencia do foro* faz ver, quanto aos homens mais peritos e practicos é facil, tanto nos actos extrajudiciaes, como judiciaes, escapar *uma forma não essencial*; e então, vigorando a doutrina do projecto, abrir-se-hia uma porta muito larga ás nullidades, o que intendo se deve evitar, estabelecendo a regra, de que a inobservancia das formas legaes só induz nullidade, *quando a lei expressamente o declara ou quando a forma é substancial; e tal se considera quando, sem ella, se não preenche a lei.* E olhada a questão em ponto mesmo independente de formas, é menor o prejuizo, que se segue de tolerar um acto contrario á lei, do que se segue de o annullar.

Este distincto juriconsulto entende pois

que nas graves questões da legislação d'um povo não nos convém formular sem modificações os principios e regras juridicas, ainda as mais abstractas, mas que é preciso ter sempre deante dos olhos *a experiencia do fóro, a convenienciã publica, e o fim por que se estabeleceram as formulas dos actos juridicos.*

Esta é tambem a nossa opinião. Na confecção das leis não podemos admittir a formula dos principios, que não seja modificada pelas conveniencias publicas, e pelas exigencias do interesse social. Se o legislador perder de vista estas ponderosas circumstancias, poderá apresentar um systema de codificação muito bem combinado, formular principios com todo o rigor logico e com primor de redacção. Mas sacrificou *o fim completamente aos meios e á forma,* estabelecendo disposições, que satisfazem á symetria philosophica, mas que não favorecem nem auxiliam a marcha da sociedade, e o desenvolvimento dos interesses publicos.

*Continua.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 275

É tão procedente a nossa opinião, tão legitima a nossa doutrina, e tão enraizada no espirito de todos, que o proprio auctor do projecto e membros da commissão revisora não poderam emancipar-se d'ella.

Tão poderosa é a influencia das leis, que regem o nosso espirito, e que tem governado universalmente, ha tantos seculos!

Em varios artigos do projecto abandonaram aquelle principio absoluto, e exaggerado, e o mais é, que o sacrificaram logo no proprio artigo em que o canonisaram!

Diz o § unico do art. 10 — Esta nullidade pode, contudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem publica—.

Agora perguntamos nós — Como é que se estabelece semelhante modificação no § unico ao principio do artigo, *se a lei ou decreto uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto,—importa sempre a mesma necessidade, não aliás seria lei?*

Não será isto destruir com uma das mãos o que se fez com a outra?

Admittindo o principio do artigo *todas as difficuldades desaparecem, acabam as hesitações da doutrina, porque as consequencias logicas são sempre faceis.*

Portanto, admittida a modificação do § unico, todas as difficuldades *apparecem, e começam ou continuam as hesitações da doutrina, porque as consequencias logicas são sempre difficeis.*

Quem sustenta a modificação introduzida no § unico, reconhece que ha casos, em que a nullidade não é uma consequencia da contravenção da lei. *Mas em que*

*casos? Como discriminál-os?—Hoc opus, hic labor — Tudo são hesitações, divergencias e alvitres, cada qual menos satisfactorio, porque todos partem d'uma base arbitraria.*

Veja-se como todas as sellas disparadas contra a doutrina da legislação vigente vieram cravar-se na propria disposição do projecto!

Mas o peor é que a sentença do § unico, se não fôra quasi inutil na practica, deixar-nos-hia em muito maiores difficuldades, e cercados de mais embaraçosos inconvenientes, do que os notados na legislação actual.

O § unico encerra um preceito inapplicavel e inutil na maior parte dos casos. É inutil, porque os interesses das partes são em regra encontrados. Por isso que a uma convém a validade do acto, convém á outra a nullidade; e assim o accordo d'ellas para sanar a disposição infringida é uma illusão. Porventura o herdeiro legitimo concordará com o testamentario na sanação d'uma falta, que se dê no testamento, e que não for de ordem publica?

Não será melhor deixar subsistir os actos, em que ha falta accidental de cumprimento de lei, por disposição da mesma lei, do que por vontade e consentimento d'um particular?

O principio solemne e sympathico de que todas as disposições da lei hão de ser *irremissivelmente* cumpridas, e de que a lei, que não importa a necessidade de execução de todas as suas disposições, não é lei, morreu desde que se permite a sanação da falta de cumprimento d'alguns preceitos.

A questão pois deve versar sobre o melhor modo de execução do pensamento, representado na modificação do artigo. É mais digno que a sanação seja feita em virtude da propria lei, do que deixal-a dependente da vontade de qualquer cidadão.

Mas, dir-se-ha, posta a doutrina de que a falta de cumprimento das provisões accidentaes da lei não envolve nullidade insanavel, ninguem mais tractará senão de cumprir o essencial da lei.

A objecção não tem a força que representa. Como hão de ser os tribunaes, e não as partes, quem ha de discriminar o que é essencial do que o não é, precisam ellas de satisfazer a todas as prescripções da lei, para evitarem o risco de ver julgar como essencial o que ellas suppunham que o não era.

E a prova é que, sendo esta a situação presente do nosso direito positivo, todos procuram cumprir as disposições ainda as mais insignificantes da nossa legislação.

Sanar as faltas, que não respeitam a provisões essenciaes, não é convidar á inobservancia da lei. Pelo contrario é um remedio para valer aos actos, em que se preencheu tudo quanto era indispensavel para cumprir o fim da lei, mas faltou satisfazer a alguns requisitos, que não eram essenciaes, e por cuja falta não devia invalidar-se o essencial.

Porem o projecto de codigo, consignando a mesma doutrina de que a lei pode deixar de ser observada impunemente n'algumas disposições, não essenciaes, inutilisa na execução este principio, e realisa-o d'um modo menos racional do que a legislação vigente.

E, além de inutil, esta modificação é d'uma execução impossivel. Como se ha de decidir, se a disposição infringida affecta ou não a ordem publica?

Todos os escriptores de philosophia do direito sustentam que não é philosophica, nem rigorosa, nem fundamental a classificação em direito publico e particular. Parece que nenhum acto particular está completamente fóra da acção do direito publico, ou é inteiramente extranho á ordem social.

Vejam-se as obras de direito, especialmente dos escriptores francezes, e a custo se hão de encontrar dois que combinem na mesma classificação do direito. Uns dão grande latitude ao direito publico, outros circunscrevem demasiadamente a sua orbita e conteúdo.

Verdade é que na distincção entre actos essenciaes e accidentaes ha tambem grande difficuldade. É no entretanto mais facil distinguir o que é essencial para preencher o fim da lei do que pode dispensar-se no cumprimento d'ella, do que discriminar o que

é verdadeiramente de ordem publica do que pertence aos interesses privados.

Distinguir entre o essencial e o accidental pôdem fazel-o mesmo os que não conhecem a philosophia juridica. Discriminar o que é ordem publica do que o não é, só pode ser feito com conhecimento de causa por quem está ao facto da base e classificação das sciencias philosophico-juridicas. E nós, apreciando muito as bellezas da philosophica, e os trabalhos theoricos dos jurisconsultos, quando se tracta das realidades da vida humana, descancamos mais no bom senso popular, e no chamado lino juridico, do que nas dissertações metaphysicas e especulativas dos philosophos e jurisconsultos.

Além d'isso estamos já familiarisados com o systema da distincção entre actos essenciaes e accidentaes; tem-se estabelecido uma certa uniformidade nesta materia, que será difficil substituir para melhor.

Não achamos bom o systema da nossa legislação vigente. Mas achamos mil vezes peor o systema do projecto.

Na parte politica, e nas instituições relativas ao governo d'um paiz, podem fazer-se de salto largas e profundas alterações. Ah! mesmo raras vezes ha transições. As reformas são sempre radicaes.

Na legislação civil, porém, não pode haver innovação sem utilidade evidente. Nem a mudança de linguagem é indifferente.

Quando os interesses publicos reclamam, e a sciencia indica a necessidade de qualquer mudança, deve fazer-se. Mas a mudança sem utilidade, e, o que é mais, para peor, não tem justificação possivel.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 290

Vamos porem concluir a analyse do art. 10 do projecto, transcrevendo algumas provisões, por onde se mostra que não só foi modificado o principio absoluto da nullidade insanavel, por qualquer falta de cumprimento de lei, no proprio artigo; mas, o que é mais, no decurso do projecto foi a modificação, e não o principio, o norte do illudrado redactor, e dos dignos membros da commissão revisora.

Não pretendemos achar contradicções nos trabalhos do codigo. Nada lucra com isso nem a verdade, nem a justiça. Mas o que queremos é mostrar que tão poderosa é a influencia da nossa doutrina que, nem quem a proscreeu, se pôde emancipar d'ella.

Entremos na materia.

Artigo 686 — A validade dos contractos não depende de formalidade alguma externa, salvo d'aquellas que são prescriptas na lei para a prova d'elles ou que a lei, *por disposição especial*, declara *substanciaes*. —

Pois então acabou o horror à distincção entre formalidades substanciaes e acciden-  
taes?

Pois é ainda necessaria *disposição especial* de lei para declarar *substancial* alguma formalidade?

Pois não são *substanciaes* todas as formalidades só porque se acham estabelecidas no codigo?

Ficamos sabendo que o art. 686, que é especial para a materia dos contractos, declara substanciaes só as formalidades necessarias para *prova* das convenções, ou que são tidas por *substanciaes* por *disposição especial* da lei.

Ha mais. Este artigo tem todo o sabor da

velha legislação. Resuscita, conserva e anima a antiga e nebulosa distincção entre formalidades necessarias para a *substancia*, para prova dos contractos.

Ha formalidades indispensaveis para *prova* e para a *substancia* dos contractos, e a falta de qualquer d'ellas é nullidade insanavel.

Sobre a conveniencia de conservar, o, além d'isso, de não regular bem o ponto da distincção entre formalidades necessarias para prova, e formalidades necessarias para substancia, fallaremos no seu logar proprio, quando analysarmos o artigo 686.

Artigo 950 — O registro deve ser feito na conservatoria em cujo districto está situado o predio a que elle tem de se referir; e não em outra, *sob pena de nullidade*. —

A que proposito vêm as palavras — *sob pena de nullidade*?

Pois não está decretado no artigo 10, que qualquer falta de cumprimento de lei envolve nullidade insanavel?

Aquellas palavras não têm significação nem justificação em presença do art. 10.

O que teria uma explicação plausivel seria a declaração contraria, i. é, de que a falta de cumprimento d'alguma provisão da lei não importaria nullidade.

Artigo 954 — A entrega e posse judicial de bens immobiliarios não exceptuados no § unico do artigo 951 em caso nenhum pode dar-se, *sob pena de nullidade*, sem que se tenha feito o registro do acto juridico em que o requerimento se funda. —

Tornam a vir neste artigo as palavras — *sob pena de nullidade* — escusadamente, porque é bem sabido que tudo quanto se faz contra a lei é nullo. Não é preciso repetir tantas vezes esta declaração de nullidade.

Para nos aterrar basta o artigo. Não agravemos, nem lembremos tantas vezes, o mal.



Artigo 1920 — Faltando algumas das sobreditas formalidades, *ficará o testamento sem effeito*, mas será o tabellião responsável por perdas e danos, e perderá o seu officio. —

Era sabido que ficava sem effeito o testamento, faltando alguma das sobreditas formalidades. O artigo 10 é expresso. Bastava consignar a disposição penal, relativa ao tabellião, e nada mais.

Art. 1927 — O testamento cetero a que faltar alguma das sobreditas formalidades *ficará sem effeito*, e será o tabellião responsável, nos termos do artigo 1920. —

É a repetição da doutrina, exarada no artigo 1920, mas repetição totalmente escusada, e até contraproducente em vista do artigo 10.

O legislador por esta forma dá signaes de não acreditar na efficacia da sua doutrina, e sendo o primeiro a dar o exemplo de infidelidade ao seu programma, não pode estranhar, antes indirectamente habilita os juizes para esquecerem na practica a provisão do artigo 10.

Artigo 1962 — O testamento marítimo a que faltar alguma das solemnidades requeridas nos artigos 1951, 1952, e 1953, não produzirá effeito algum. —

A legislação especial do testamento marítimo está comprehendida nos artigos 1950 — 1962, e a mente do legislador era dizer que a falta de cumprimento das disposições contidas nos artigos 1950, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, e 1961, não envolvia nullidade.

A redacção nestes termos ficaria d'acordo com a provisão do artigo 10, onde se preceitua que a falta de cumprimento da lei preceptiva ou imperativa importa nullidade, salvo quando a mesma lei determinar o contrario.

Mas tal era a pressão, e a influencia, que exercia o systema da legislação vigente sobre o redactor do artigo, que elle deixou a sua doutrina, e foi seguir a alheia, mesmo numa questão de redacção.

Ha mais. Quem escreveu o artigo 1962 tinha presente no seu espirito a idéa de que nos actos juridicos, chamados testamentos, ha formalidades essenciaes e accidentaes; que as primeiras hão de satisfazer-se, sob pena de nullidade, e que as accidentaes, com quanto haja conveniencia em as preencher, não ha nullidade em as esquecer.

Ora o que se faz para os testamentos, é applicavel sem excepção a todos os actos juridicos. Se o legislador determinasse só formalidades essenciaes, bem posta era a provisão do artigo 10; mas como acontece o contrario, o preceito da lei deve modificar-se em vista da logica irrecusavel dos factos.

Dispensamo-nos de amontoar citações, e transcrever mais artigos. Ficamos sabendo que um grande argumento, ou antes a total refutação do art. 10 se encontra no § unico do mesmo artigo, e em varias outras disposições, das quaes para exemplo deixamos apontadas algumas.

#### ARTIGO 11

*A lei que faz excepção ás regras geraes não pode ser applicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei.*

Este artigo estabelece um principio digno de ser consignado num compendio de hermeneutica, ou em qualquer livro didactico, mas improprio realmente d'um codigo de leis.

No entretanto estabelece doutrina verdadeira, e não prejudica o systema do codigo.

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 360

#### ARTIGO 12

*Toda a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio.*

Pela regra de que quem quer os fins quer os meios é logico que a par do direito a lei garanta os meios indispensaveis para o seu exercicio. Este principio theorico é verdadeiro.

No entretanto o pensamento do artigo não é sufficientemente claro. Se a provisão legal quer estabelecer a regra theorica, é improprio do codigo consignar doutrinas, que têm o seu assento num livro didactico.

Se por ventura o artigo quer dizer, como se infere da redacção, que o individuo, pelo facto de ter um direito reconhecido, pela lei, está auctorisado por isso mesmo a empregar todos os meios *indispensaveis* para o seu exercicio, então não só é improprio do codigo, mas contrario ás verdadeiras doutrinas da philosophia do direito, e aos bons principios que regem as relações sociais.

Ficará o indigente auctorisado por este artigo a lançar mão dos bens alheios, contra vontade do seu dono, quando isso for *indispensavel* para o exercicio do seu direito de existencia?

Legitimará o artigo a doutrina do socialista francez, que reputava uma irrisão o chamado *direito ao trabalho* no systema da propriedade individual, onde nem todos têm materia prima para exercer o seu direito de trabalhar?

Poderá o sujeito dos direitos empregar todos os meios de fraude e violencia, que forem *indispensaveis* para a realisação do seu direito?

Teremos aqui consignada a doutrina de

Ahrens e de toda a escola de Krause, que determina o conteúdo dos direitos pelo conteúdo das *necessidades* humanas, assim como Bentham regulava a área do direito pelo principio mais amplo e mais vago das *utilidades*?

Effectivamente os artt 14 e 15, e o 15 especialmente, têm todo o sabor das doutrinas d'Ahrens.

A redacção do artigo leva a conclusões que não podiam estar de certo no espirito do redactor.

No projecto primitivo do sr. Seabra estava o artigo formulado em termos menos absolutos, porque dizia — Toda a lei, que conceder, ou reconhecer um direito, impoza a *concessão e reconhecimento* dos meios para o seu exercicio. —

Com quanto a redacção não estivesse ainda tão clara, como fora para desejar, percebe-se bem que o pensamento do artigo era estabelecer a regra theorica de que a lei, que reconhecesse um direito, devia reconhecer tambem os meios indispensaveis para o seu exercicio.

Assim o artigo não tinha outro inconveniente, senão o ser inutil, mas ao menos não era perigoso. A redacção actual pode conservar-se, substituindo a palavra — *indispensaveis* — pela palavra — *justos*.

Fica o artigo sem pensamento practico, como está agora, mas ao menos ao abrigo da suspeita de reconhecer o chamado estado natural, em que cada um vivia á lei da natureza, recorrendo a todos os meios *indispensaveis* para fazer valer o que reputava o seu direito.

A doutrina latitudinaria de que o sujeito do direito pode usar de todos os meios indispensaveis para o seu exercicio, nem em direito das gentes, nem em direito de guerra se admite. Os publicistas estão de accordo em que não é lieito a uma das nações beligerantes o corromper e convidar á traição

os subditos da outra, nem envenenar as fontes, onde podem ir beber os exercitos inimigos, nem empregar outros meios, que revoltam a consciencia publica, e são altamente reprovados pelos principios da sã moral.

Ora o que se não admitte, como legitimo em direito internacional, nas questões da guerra, onde as necessidades da salvação publica prevalecem muitas vezes sobre os principios strictos da justiça, não pode admitir-se no direito particular, por mal organizada que esteja a sociedade civil. Vamos explicar o pensamento do artigo em face d'outros artigos do código.

Artigo 2356 — Todo o proprietario tem o direito de defender a sua propriedade repellindo a força pela força, ou recorrendo ás autoridades competentes.

Art. 2537 — Ninguém é auctorizado a fazer-se restituir ao exercicio dos seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei.

Art. 2538 — A lei estatue por quaes meios os lesados ou ameaçados nos seus direitos podem ser restituidos, indemnizados ou assegurados na fruição d'elles.

Da comparação de todos estes artigos deduz-se: 1.º que o código permite o desforço por auctoridade propria em alguns casos; 2.º que a lei ha de *determinar os meios* que se podem empregar para o exercicio dos direitos.

O que seria admissivel em theoria talvez fosse o marcar que nos casos d'uso da força para a realisação dos direitos, não deveria empregar-se mais que a *indispensavel* para o exercicio do direito. Porem o 12 é mais amplo, e de certo alli não está para explicação dos artigos 2356, e 2537.

Em todo o caso o que é essencial é entender o artigo 12 em harmonia com o artigo 2538, para se não suppor que aquélle artigo reconhece como legitimos todos os meios, ainda os mais reprehensiveis, com tanto que fossem conducentes ao exercicio do direito.

Parece-nos ser este o pensamento do artigo. No entanto melhor era substituir a palavra—*indispensaveis*—pela palavra — *justos*—; e o que seria sobretudo regular era a eliminação do artigo.

#### ARTIGO 13

*Quem em conformidade com a lei exerce o proprio direito não responde pelos*

*prejuizos, que possam resultar d'esse mesmo exercicio.*

É a velha regra de direito romano, e reconhecida na philosophia do direito, — *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

O individuo que levantando as suas casas tira as vistas á do visinho, diminuindo-lhe assim o seu valor e rendimento, não responde pelos prejuizos, se deixou o interstício marcado na lei. Uma coisa é o direito, outra coisa é o interesse.

Só ha lesão, quando se violam os *direitos* alheios, e não quando se violam os *interesses* alheios.

A regra estabelecida no art. 13 é verdadeira. Era escusada a sua consignação no código, mas ao menos não é perigoso o artigo.

Deveria apenas eliminar-se a palavra — *proprio* — para ficar mais verdadeira a redacção do artigo.

É completamente escusado aquelle vocabulo; mas além d'isso não se presta a toda a significação do preceito. O tutor, que levanta as casas do pupillo com prejuizo das vistas do visinho, não exerce o *proprio* direito, exerce o direito d'outrem no rigor da lei.

Verdade é que, methaphysicando-se, pode dizer-se que o tutor neste caso exerce o proprio direito, e não o alheio. Todavia estas subtilezas e argucias de argumentação são impróprias d'um código de leis. O pensamento deve ser accessivel e claro, e ao abrigo, quanto ser possa, de interpretações equívocas e duvidosas.

Além de que a palavra é escusada para completar o pensamento, ou a redacção. Não ha pois inconveniente practico em conservar o artigo, eliminando a expressão — *proprio*.

# JORNAL DE ECONOMIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 322

#### ARTIGO 14

*Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses deve, em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos.*

Este artigo expressa a velha regra de direito romano de que deve ser preferido o direito do que pretende evitar prejuizos ao d'aquelle que pretende realizar lucros. Porém a regra, desacompanhada das provisões que tendem á sua execução practica, nada significa. É um preceito esteril num codigo, e talvez aproveitavel num livro de direito; e acha-se consignado este principio na legislação romana com muitos outros, porque a melhor e mais abundante parte do direito romano tem por fonte os escriptos dos jurisconsultos notaveis d'aquelle paiz; e nalguns titulos do Digesto se encontram reguladas as consequencias d'aquelle regra juridica.

Vejamos porém qual será o pensamento practico do artigo, que analysamos. A primeira difficuldade, e que toca talvez o impossivel, é extremar no cumprimento das obrigações as prestações, que se resolvem em pagamento de interesses, e em indemnisação de prejuizos.

Por ventura o credor, que pede o pagamento da divida e dos seus respectivos juros, ha de ser preferido, quanto ao pagamento d'estes, por todos os credores, que pedem só o principal, ainda que o credito d'aquelle seja privilegiadissimo?

Voltámos nós á doutrina das nossas ordenações, e do direito romano, quanto ao principal e *interesses*, hoje condemnada pelos principios da sciencia economica?

A distincção entre direitos, que deman-

dam interesses, e direitos, que têm por fim evitar prejuizos, não tem hoje razão de ser.

O credor que pede o pagamento dos juros, não se dirige só a realizar interesses, mas tambem a evitar perdas. São as doutrinas da economia politica no estado presente da sciencia, e que ninguem contesta, nem pode contestar á luz dos verdadeiros principios.

Hoje ninguem se lembra, no exame das caracteristicas dos direitos, de os extremar pelo lado de elles significarem realisação de lucros ou indemnisação de perdas.

Não ha realisação de interesses, que se não resolva em indemnisação de prejuizos, nem indemnisação de prejuizos que se não resolva em realisação de interesses.

Este principio é hoje universalmente conhecido. Não ha um só economista, que o combata.

Resuscitar agora a idéa da distincção entre direitos, que tendem a obter interesses, e direitos, que se dirigem a evitar prejuizos, é consagrar de novo uma doutrina antiquada, inexacta, e reprovada sem controversia pelos ultimos escriptores. Por todos os lados poderão ser considerados os direitos, menos por este.

Antigamente era de indispensavel necessidade marcar bem as raias, na lei positiva, entre os direitos que representavam um interesse, e os direitos que procuravam evitar um prejuizo; porque eram reprovadas as usuras, negava-se a legitimidade do juro do dinheiro, etc. etc.

Porém a sciencia não parou neste ambito acanhado. O desenvolvimento das doutrinas economicas, que tem caminhado a passos largos neste seculo, e especialmente nos ultimos annos, e que todos os dias vai augmentando com os trabalhos de escriptores notaveis, importou consigo novas idéas, mais accommodadas ao estado da civilização actual, e vai derribar os velhos precon-

ceitos, que em matérias economicas eram sem numero.

Se alguém for capaz de nos demonstrar o característico, que distingue os direitos que procuram evitar prejuizos dos que pretendem realizar lucros, ainda tentaremos observar os resultados practicos d'essa distincção, que seria possível em epocha em que so não conheciam as doutrinas economicas, mas que é, cremos nós, inteiramente repugnante ás modernas doutrinas scientificas.

Se a provisão do artigo é incompativel com os principios economicos, não tem melhor justificação em presença da sciencia juridica.

A sciencia não avalia a importancia e preferencia dos direitos pelo lado dos interesses, que elles procuram realizar, ou dos prejuizos, que procuram evitar. A differença entre o direito e o interesse é completa e cabal. Ou ha direito, ou não ha direito; nem o interesse nem o prejuizo, que elle pretende obter ou evitar, affecta a sua natureza intrinseca.

A preferencia e graduação dos direitos, especialmente no estado presente do direito hypothecario, está subordinada a condições inteiramente differentes das que se acham determinadas no artigo 14.

A lei positiva não pode deixar de determinar a preferencia e graduação dos direitos segundo a sua razão, e as formalidades, que acompanham o titulo de aquisição; mas a base, que o artigo 14 estabelece, não pode ser adoptada, ainda quando possa ser comprehendida.

Em legislação nenhuma fica prejudicado o sujeito dos direitos por procurar interesse em concurso com outro, que pretende evitar um prejuizo, mas sim porque não adjuncta um titulo tão privilegiado como o seu concorrente.

Em direito administrativo ainda a consideração do *interesse* influe na apreciação do direito; mas em direito civil similhante circumstancia nada affecta os privilegios e garantias dos creditos e dos direitos.

Provavelmente este artigo não terá outro inconveniente, senão em sancionar doutrina menos verdadeira, com quanto applicavel. Todavia pode ás vezes dar pretexto a argumentos para mais complicar alguma questão.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 338

#### ARTIGO 15

*Em concurso de direitos eguaes ou da mesma especie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessario para que esses direitos produzam o seu effeito sem maior detrimento de uma que de outra parte.*

É razoavel esta doutrina. Podem dar-se casos, e frequentes vezes acontece que não podem ser totalmente attendidos os direitos de todos os crédores, porque o devedor por culpa sua, ou por circumstancias independentes da sua vontade, se collocou em estado de não satisfazer a todas as prestações em que se resolve o cumprimento das obrigações. Todos os dias se está verificando esta hypothese nos processos de fallencias, e faz-se um rateio entre os crédores da mesma especie, pagando-se proporcionalmente ao valor do seu credito, e só depois de satisfeitos os creditos de primeira classe é que são attendidos os da ordem immediata, e assim por diante

Convém notar as palavras — *direitos eguaes ou da mesma especie* — Em direito philosophico todos os direitos são eguaes, têm todos o mesmo sujeito, o mesmo objecto, e em ultima analyse o mesmo destino. Aos olhos da razão, e das theorias philosophicas não ha direitos mais fortes nem mais fracos, direitos mais ou menos privilegiados. Todos têm as mesmas características, as mesmas condições de existencia, e são determinados pela mesma razão de ser.

Porem em direito positivo ha direitos mais ou menos privilegiados segundo o seu objecto, e os titulos d'acquisição, como se vê da nossa legislação sobre preferencias. Por

tanto a linguagem do artigo com relação ao direito positivo não pode estranhar-se.

Todavia o artigo, contendo apenas uma regra theorica, é inteiramente inutil. Estabelece doutrina inconcussa, e universalmente acceita, e que poderia incluir-se num livro didactico. Porem não é possivel tirar d'ahi o mais pequeno resultado practico.

Se o artigo encerrasse algum pensamento que nos indicasse a base das preferencias, se derramasse alguma luz sobre o ponto fundamental, que nos deve servir de apoio na intelligencia da complicada materia de preferencias, teria então razão de ser.

Os principios geraes, consignados neste titulo, ainda teriam applicação, se fossem uma especie de introdução ou de guia para a interpretação das materias especiaes do codigo; mas, assim como estão, são algumas regras avulsas, sem a mais pequena relação umas com as outras, e sem ligação ou harmonia com os capitulos especiaes do codigo.

Em todo este titulo não ha aproveitaveis senão os artt. 6.º e 16.º, se estivessem bem redigidos.

Ao menos o art. 15 é inoffensivo: nem faz bem, nem mal.

#### ARTIGO 16

*Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos principios do direito natural, conforme as circumstancias do caso.*

O pensamento fundamental do artigo é declarar qual o direito subsidiario nos casos omissos na lei civil, e determinar que nenhuma legislação estrangeira seja subsidiaria do nosso direito civil.

Concordamos completamente com este pensamento. Pela legislação vigente é subsidiario em materia civil o direito romano nos termos das ordl., da lei de 18 de agos-

to de 1769, e dos estatutos da universidade; mas só pôde ser applicado, quando for conforme á boa razão, e o testemunho d'essa boa razão é a consignaço dos respectivos principios nos codigos das nações civilisadas.

Estas restricções, aliás indispensaveis, á applicação do direito romano, produziram tal confusão e desordem, que hoje raros são os juizes ou os advogados que abrem o *Corpus Juris* para julgar ou responder sobre questões juridicas.

Limitam-se em regra á leitura dos praxistas, que desenvolveram os principios do direito romano, mais accomodados á nossa civilisação, porque nem tempo podem ter para folhear a enorme massa de leis, que constituem o direito romano.

O modo como as nossas leis mandam recorrer ás leis romanas constituiria um verdadeiro cahos na administração da justiça, se o bom senso dos tribunaes não supprisse até certo ponto a anarchia da legislação.

Além d'isso não reputamos bom systema de legislar o declarar subsidiarios codigos já existentes, cujas doutrinas boas deviam aproveitar-se na codificação.

Um codigo novo, que appelle para outra collecção de leis, como subsidiária, dá nisso mesmo testemunho da sua imperfeição. O codificador não tem desculpa por deixar de consignar na sua obra as disposições já escriptas em livros conhecidos. A intelligencia humana não pode prever e alcançar todas as hypothese da vida social, que estão submettidas á acção juridica, mas pode e deve alcançar as provisões escriptas, e conhecidas.

Por tanto o pensamento principal do artigo é eminentemente philosophico e politico.

É anti-logico e inconsequente consignar numa codificação o direito ou a obrigação de recorrer como subsidiario ao direito positivo, cujas disposições importantes não deviam escapar á penetração do auctor da obra. Porém no estado presente da nossa legislação tornava-se absolutamente indispensavel acabar com semelhante systema. As disposições da ord., d'envolta com a lei de 18 de agosto de 1769, e com os estatutos da universidade, produzem tal confusão, que ninguem é capaz de saber ao certo as condições especificas e determinadas

da applicação do direito romano ás diferentes hypothese da vida juridica.

Que o pensamento do artigo foi principalmente acabar com o expediente de recorrer á legislação estrangeira, como subsidiaria, se conhece bem claramente do artigo respectivo do projecto primitivo do sr. Seabra, que diz assim — Se as questões sobre direitos e obrigações não podérem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, previstos em outras leis, regular-se-hão pelos principios geraes de equidade, segundo as circumstancias do caso, e *sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira*, a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade.—

Consigna-se no artigo um grande principio. Para subsidios do direito escripto não pode recorrer-se com vantagem e com razão, senão ao que por sua natureza é universal. Quaesquer que fossem os subsidios, intermediarios de monumentos escriptos, que se procurassem, em ultima analyse havia de recorrer-se a uma fonte universal para regular o que é de si infinito e indeterminado, como são as hypothese, e os factos da vida social.

Ora, tanto o sr. Seabra no projecto primitivo, como a illustre commissão revisora, procuraram um subsidio, universal e permanente, que tem a sua base inalteravel na natureza humana, identica em todos os homens, e que pôde ser modificado nas suas applicações practicas, mas nunca contrariado sob pena de se comprometter o fim social.

No artigo immediato veremos se o subsidio finalmente adoptado, e se a redacção do artigo está em verdadeira harmonia com as regras de jurisprudencia e com as exigencias da arte de legislar.

# JORNAL DE RESPONDA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 354

O pensamento fundamental do art. 16 é bom, mas a redacção não pode acceitar-se. Está concebida em termos, que podem até comprometter as vistas do legislador.

Analysemos miudamente a redacção do artigo — *Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas.* —

Era escusado fallar das obrigações, fallando dos direitos, e vice-versa. Não ha questão a respeito d'um direito, que não verse sobre uma obrigação, nem questão a respeito d'uma obrigação, que não verse sobre um direito.

Uma d'estas duas palavras podia dispensar-se. A accumulacção d'ellas nesta hypothese não tem justificação em philosophia do direito.

Além d'isso o vocabulo — *questões* — não é proprio para significar em toda a sua extensão a idéa, que aqui se lhe attribue. Hypotheses podem verificar-se, sem o caracter de *questões*, que não estejam prevenidas na lei, e careçam de ser por ella resolvidas. Devia pois ter-se substituido aquelle vocabulo por outro mais accomodado ao pensamento da lei.

Por esta razão apresentámos na commissão de legislação a seguinte substituição a este artigo — Os casos omissos na lei civil hão de ser resolvidos segundo os principios geraes de direito. —

A expressão — *casos* — é a consagrada pelas nossas leis, pelos nossos usos, e a adoptada na linguagem dos nossos praxistas, sendo além d'isso muito propria para significar a idéa.

*Nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito.*

Que differença haverá entre o espirito e o texto da lei?

Pois faremos nós resusceitar no codigo a velha, e já condemnada distincção entre a letra e o espirito da lei?

Pelas modernas doutrinas de hermeneutica o que se procura saber é o pensamento do legislador, devendo o interprete soccorrer-se a todos os elementos scientificos para o reconstruir e alcançar. O exame da grammatica, ou das palavras da lei, a combinação das idéas, significadas pelos differentes vocabulos, a concordancia com os logares parallellos, e a observação dos antecedentes e consequentes dão-nos o pensamento do legislador.

Não procuramos isoladamente o texto ou o espirito da lei. Procuramos sempre, em todos os casos, *unicamente* o espirito da lei, servindo-nos do texto, como d'um elemento, e, ás vezes, o mais importante da interpretação.

São estas as theorias dos ultimos escriptores, e que nos parecem as mais racionais e verdadeiras.

A palavra — *omissos* — empregada na nossa substituição, significando a idéa do artigo, ainda com mais largueza, evitava todos estes inconvenientes.

No entretanto os vicios de redacção, até aqui notados, não poderão exercer grande influencia na resolução dos casos practicos. Já não acontece porém o mesmo com as seguintes palavras — *nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis.*

Quaes são essas *outras leis*, a que se refere o projecto?! Serão a nossa actual legislação, ou serão as leis publicadas posteriormente á approvação do codigo?

Pelas provisões do projecto ninguem é capaz de saber se a nossa legislação actual fica vigorando em tudo aquillo que não é por elle expressa e especialmente derogado, ou se fica inteiramente revogada. E é essen-



cial averiguar este ponto. Resolveu-o o nosso código commercial, e ainda mais claramente o nosso código penal, que no artigo 15 só reconhece, como crimes os factos qualificados taes no mesmo código, salvas algumas excepções.

Felizmente o sr. ministro da justiça supriu, segundo cremos, esta lacuna do projecto, consignando na respectiva proposta da lei a ideia de que ficava revogada com a publicação do código toda a nossa legislação civil existente.

Por tanto, approvada pelas cortes a proposta do sr. ministro da justiça, é esclarecida e resolvida esta duvida; e nesse caso quaes ficam sendo as outras leis? Serão só as posteriores ao código? Em vista das expressões do artigo — «nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito» — parece que a lei, a que se refere o artigo, é aquella, onde se tracta *ex professo* da hypothese; e nesse caso as outras leis tanto podem ser as publicadas posteriormente ao código, como as provisões consignadas noutros capitulos do projecto, que não sejam aquella que regula a proposito a especie controvertida.

Mas por que ha de o projecto invocar para a resolução das questões os casos analogos, prevenidos em outras leis, e não essas mesmas leis? Se ellas resolvessem claramente a hypothese, escusado era recorrer aos argumentos de analogia.

Tudo isto provem da falsa doutrina de que as hypotheses podem ser resolvidas ou pelo *texto*, ou pelo *espirito* da lei; ou pelos *casos analogos*, prevenidos em outras leis. As hypotheses são resolvidas exclusivamente pelo pensamento da lei; e este é que se alcança pelo exame simultaneo e combinado das *palavras* da lei, das suas relações logicas, dos logares parallelas, e dos antecedentes e consequentes. Em quanto se descobre pensamento applicavel na lei com o auxilio d'aquelles elementos, o caso não pode dizer-se omisso, nem recorrer-se aos subsidios do direito. A palavra — *omissos* — empregada na nossa substituição supria todos estes dizeres do artigo.

*Serão decididas pelos principios do direito natural, conforme as circumstancias do caso.*

O recurso ao direito natural, como meio subsidiario, não nos parece logico. Os principios do direito natural, como permanentes e inalteraveis, são inapplicaveis na sua es-

sencia, sem serem expressados e formulados. O vago d'estes principios não permite a sua applicação directa ás hypotheses da vida social. *Os principios geraes de direito* são já outra coisa: são impropriamente chamados principios, porque deveriam dizer-se antes regras ou formulas practicas, emanadas d'aquelles principios.

A formula, por exemplo, — *quod alteri prodest, et tibi non nocet, ad id obligatus es* — não é um principio de direito philosophico, mas uma regra practica d'ahi deduzida. A doutrina de que o mutuo é por sua natureza gratuito não é principio de direito natural; mas regra juridica pertencente ao capitulo do que nós chamamos principios geraes de direito, que têm uma parte de philosophico, e outra parte de convencional.

Chamar para subsidio os principios do direito natural é abater o seu caracter de sciencia, nivelando o principio com a formula, e a arte com a sciencia. Dizer que as hypotheses, não previstas nas leis, serão decididas pelo direito natural é não dizer nada. Além d'isso num código publicado nesta epocha não devia consagrar-se a denominação — *direito natural* — que não exprime o alto caracter da sciencia, e que está hoje abandonada, e substituida pelas denominações — «philosophia do direito — «sciencia philosophica do direito» —, ou por outras equivalentes.

As palavras — «conforme as circumstancias do caso» — é que não subimos a que proposito vêm. De certo que o juiz não pôde applicar o direito senão conforme as circumstancias do caso; — assim como não pode applicar o direito sem o *examinar*.

O exame das circumstancias do caso, e o conhecimento da lei são as bases da applicação do direito ao caso, e as premissas, donde se deduz, como corollario, a sentença do juiz.

Tudo isto se acha comprehendido nas palavras da nossa substituição — conforme os principios geraes de direito. —

Aquella substituição apresentámos nós, não como a expressão exacta da nossa opinião em toda a sua latidade, mas para não prejudicar totalmente a provisão do artigo, porque a nossa idéa era consignar apenas a doutrina do direito romano, já reconhecida na Novissima Reforma Judicial, —

*Quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium.*

Por esta forma ficava, na apparencia, maior arbitrio aos juizes, mas compensado com a maior responsabilidade e conveniencia publica.

Assim o magistrado podia recorrer aos principios geraes de direito, ás leis nacionaes anteriores, aos usos e costumes, aos casos julgados, ás opiniões dos juriscultos, ás leis estrangeiras, e escolher o melhor, tudo debaixo da sua responsabilidade. Provavelmente é o que ha de acontecer, a despeito da provisão do artigo ordenar que se recorra unicamente ao direito natural. Por isso convinha harmonisar a provisão com os principios, e com os factos.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado da pag. 371

#### ARTIGO 17

*Só os cidadãos portuguezes podem gozar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura.*

O pensamento do artigo é claro, e para todos evidente.

Parecia-nos esta provisão mais propria da constituição fundamental, do que do codigo civil; e tambem não sabemos adivinhar o motivo, por que semelhante preceito se acha consignado neste titulo primeiro, e muito menos a relação que elle tem com as disposições antecedentes.

Todavia o peor é consagrar esta disposição uma doutrina anti-liberal, contraria á indole dos governos constitucionaes, e reprovada por todos os seus principios da moderna civilisação.

Quanto aos direitos politicos, como se referem ao governo da sociedade, é logico que só os exercitem os cidadãos portuguezes; e os estrangeiros, mesmo naturalizados, são excluidos de exercer os mais elevados e importantes.

Nos termos da constituição portugueza os estrangeiros naturalizados não podem ser deputados, ministros da corôa, ou conselheiros de estado.

Esta mesma excepção no estado presente das relações internacionaes, e em face dos principios e dos elementos, que regem e servem ao governo dos povos livres, carece já de ser considerada.

Porém o que não tem explicação, o que contraria todas as tendencias da sociedade actual, e repugna aos verdadeiros principios do direito philosophico, e das sciencias economicas, e que custa a crer que se consi-

gnasse num codigo feito na segunda metade do seculo 19, elaborado por cavalheiros conhecidos pelas suas opiniões liberaes, e escripto para reger a nação portugueza, é differença entre portuguezes e estrangeiros quanto ao gozo dos direitos civis!

Os direitos civis, que representam as condições indispensaveis para o conseguimento do fim individual e social, não podem negar-se a ninguém. A redacção do art. 26 dá mesmo a entender que era esta tambem a tendencia do redactor do codigo. As excepções marcadas no art. 26 serão apreciadas a seu tempo.

Alem d'isso o art. é completamente escusado á vista do art. 26. Que diz o art. 17, que não se diga melhor, e mais claramente n'aquelle art.?

O art. 17, alem de não ter relação alguma com os artigos anteriores, e de representar doutrina muito antiga, anti-liberal e contraria aos principios da civilisação actual, pode dispensar-se em presença do artigo 26.

Ao menos na applicação não offerecerá inconvenientes. É um artigo reprovado pelos principios da sciencia, e pelas regras da methodificação, mas que na practica não trará grandes embaraços á administração da justiça. O desenvolvimento mais largo d'esta materia fica reservado para a analyse do artigo 26.

#### TITULO 2.º

*De como se adquire a qualidade de cidadão portuguez.*

#### ARTIGO 18

*São cidadãos portuguezes:*

1.º os que nascem no reino, de pae e mãe portuguezes, ou só de mãe portugueza, sendo fillos illegitimos;

2.º os que nascem no reino, de pae estrangeiro, com tanto que não resida por serviço da sua nação, se declararem, chegando á maioridade, ou sendo emancipa-

*dos em conformidade da legislação do seu paiz, que desejam gozar da qualidade de cidadãos portuguezes;*

*3.º os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, ou os filhos illegítimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro; salvo se, chegando á maioridade ou sendo emancipados, declararem que não querem ser portuguezes;*

*4.º os que nascem no reino, de paes incognitos ou de nacionalidade desconhecida;*

*5.º os estrangeiros naturalizados, seja qual for a sua religião;*

*6.º a mulher estrangeira que casa com cidadão portuguez.*

*§ unico. A declaração exigida no n.º 2.º será feita perante a municipalidade do logar que o declarante eleger para seu domicilio, e a exigida no n.º 3.º perante os respectivos agentes consulares portuguezes ou perante a auctoridade local estrangeira.*

Neste artigo descrevem-se as condições, que determinam a aquisição da qualidade de cidadão portuguez. Conviem antes de tudo advertir que a doutrina d'este titulo e do seguinte é alheia ao codigo civil. O seu assento proprio é na constituição politica, e nas leis de administração.

A carta constitucional tracta d'esta materia no art. 7, e nos §§; e o projecto faz notaveis alterações e additamentos á doutrina do pacto fundamental. E nada tem de inconstitucional essas modificações, como muitos presumem.

É notavel a tendencia geral, que ha para se considerar constitucional tudo quanto vem na carta. Procuram-se todos os argumentos, e todas as analogias para se declarar constitucional qualquer artigo; e só no ultimo extremo, quando falham todos os argumentos e todos os pretextos, é que se deixa de insistir na constitucionalidade do preceito. Felizmente os artigos relativos á aquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez não são constitucionaes.

Diz o artigo 144 — É só constitucional o que diz respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos, e aos direitos politicos e individuaes dos cidadãos. Por consequencia as disposições relativas

aos direitos politicos e individuaes não podem ser alteradas pelas côrtes geraes ordinarias, mas as provisões que respeitam á qualidade de cidadão portuguez bem podem ser alteradas com as formalidades regulares.

Alguns reconhecem como constitucional esta doutrina, visto que da qualidade de cidadão portuguez é que depende o gozo dos direitos civis, e especialmente dos direitos politicos.

Se porém nós quizermos argumentar por esta forma, havemos de tambem considerar como constitucionaes os artigos relativos á integridade do territorio, visto que sem monarchia portugueza não ha cidadãos portuguezes, e assim por deante, de modo que a poucos passos não haveria preceitos na constituição, que não fossem constitucionaes; e esta é realmente a tendencia geral, sem embargo da provisão clara, inequivoca, e terminante do art. 144 da carta.

As modificações feitas ao art. 7.º da constituição parece-nos que bem podem ser approvadas numa legislatura ordinaria.

O que convém examinar é se ellas melhoram ou não o estado da legislação existente.

A carta é mais ampla na concessão do direito de cidadãos portuguez. Diz a carta, sem restricção alguma: São cidadãos portuguezes todos os que nascem em Portugal, não sendo o pae estrangeiro, que resida por serviço da sua nação.

Diz o projecto: Os que nascem no reino, filhos de pae estrangeiro, só se consideram cidadãos portuguezes, se declararem, chegando á maioridade ou sendo emancipados em conformidade da legislação do seu paiz, que desejam gozar d'essa qualidade.

Os filhos de estrangeiro, segundo a doutrina da carta, ficam sendo portuguezes pelo simples facto de nascimento; segundo a doutrina do projecto só o ficam sendo, se depois da maioridade ou da emancipação declararem que querem gozar d'essa qualidade.

Para o redactor da carta o facto do nascimento em territorio portuguez era tudo. E nós não podemos deixar de reconhecer como muito liberal esta disposição, que todavia se não tem observado na practica.

Tem apparecido difficuldades em sujeitar aos encargos, que importa tambem a qualidade de cidadão portuguez, os filhos dos

extrangeiros residentes em Portugal; e por isso nos termos do projecto só ficam gozando d'essa qualidade, depois de se comprometterem, em virtude da declaração, a que se refere o n.º 2.º do artigo, a soffrer os onus e os encargos, que recahem sobre os cidadãos portuguezes, como taes.

Antes d'essa declaração tambem não gozam das vantagens, que a estes pertencem naquella qualidade.

# JORNAL DE ESPERANÇA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado da pag. 387

Os filhos nascidos no reino de pae estrangeiro, que reside aqui ao serviço da sua nação, suppõem-se nascidos no territorio da sua nacionalidade; e por isso estes, nem pelo territorio, em que nasceram, nem pelos paes, de quem provieram, podem ser considerados cidadãos portuguezes.

O projecto não tracta dos filhos de paes portuguezes, nascidos em territorio estrangeiro, onde o pai resida por serviço da sua nação. O n.º 3.º declara, é verdade, cidadãos portuguezes os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, bem que nascidos em paiz estrangeiro; mas de certo não comprehende na generalidade — *filhos de pae portuguez* — os filhos dos nossos representantes nos paizes estrangeiros; porque lhes é inapplicavel a ultima parte do n.º 3.º — *salvo se, chegando á maioridade ou sendo emancipados, declararem que não querem ser portuguezes*.

Os filhos dos nossos representantes em nações estrangeiras, ainda que nascidos no territorio d'essas nações, suppõem-se nascidos em territorio portuguez pelo principio da exterritorialidade, reconhecido em direito das gentes.

Estes filhos são *ipso facto* cidadãos portuguezes, como se foram nascidos no reino, de pae e mãe portuguezes.

Nem outro pode ser o pensamento do legislador, sob pena de se dar contradicção entre o n.º 2.º e o 3.º, porque no n.º 2.º se vê que são reputados estrangeiros os filhos de pae estrangeiro, residente no reino por serviço da sua nação, sem mais declaração alguma.

Ora se o projecto declara estrangeiros sem

condição os filhos de pae estrangeiro, bem que nascidos em Portugal, se o pae reside no nosso territorio por serviço da sua nação, não pode deixar de considerar portuguezes, independentemente de qualquer declaração ou restricção, os filhos de pae portuguez, nascidos em territorio estrangeiro, onde o pae reside por serviço do nosso paiz.

Parece-nos que não pode deixar de ser esta a mente do projecto. A nossa opinião, *de jure constituendo*, vai para diminuir as condições da aquisição da qualidade de cidadão portuguez.

No nosso entender deve bastar qualquer declaração, como a seu tempo diremos, para o individuo estrangeiro adquirir os direitos de cidadão portuguez.

No entretanto o projecto não está organizado sobre essas bases, e nós queremos antes de tudo explicar o seu pensamento.

Em o n.º 5.º bem podiam dispensar-se as palavras — *seja qual for a sua religião*. — No tempo da publicação da carta ainda seria precisa esta explicação; mas em 1865 não é licito, principalmente a quem professa opiniões tão liberaes em materia de casamento, apresentar e consignar no projecto semelhante ideia. É bem sabido que a profissão d'uma religião, qualquer que ella seja, não pode influir na aquisição das qualidades de cidadão portuguez; e a explicação — *qualquer que seja a sua religião* — inserta no projecto pode fazer crer que os principios liberaes neste ponto não estão sufficientemente desenvolvidos em Portugal, para deixar de se reconhecer expressamente tal provisão.

A generalidade, com que se acha redigido o n.º 6.º, prova que o casamento da mulher estrangeira com cidadão portuguez, ou o casamento tenha lugar no reino, ou em paiz estrangeiro, a torna cidadão portuguez. Nem os principios juridicos permittiam que a mulher deixasse de seguir a

-condição do marido, qualquer que fosse o territorio e as condições, com que fosse celebrado o casamento.

A sentença do n.º 6.º é muito juridica.

O § unico é bem alheio do codigo civil. O seu assento proprio é nos regulamentos administrativos.

#### ARTIGO 19

*Podem ser naturalisados os estrangeiros, que forem maiores ou havidos por maiores, em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza: 1.º tendo capacidade para grangearem salario pelo seu trabalho ou outros recursos para subsistirem; 2.º tendo residido um anno, pelo menos, em territorio portuguez.*

§ unico. Podem, comtudo, ser naturalisados, sem dependencia da clausula do n.º 2.º, os estrangeiros descendentes de sangue portuguez por linha masculina ou feminina, que vierem domiciliar-se no reino.

#### ARTIGO 20

*O governo pode dispensar todo ou parte do tempo de residencia exigida no n.º 2.º do artigo antecedente ao estrangeiro casado com mulher portugueza, e áquelle que tenha feito ou seja chamado para fazer á nação algum serviço relevante.*

#### ARTIGO 21

*As cartas de naturalisação só produzirão o seu effeito depois que forem registradas no archivo da camara municipal do concelho onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio.*

Estes tres artigos determinam as condições, a que fica sujeita a naturalisação do estrangeiro. São verdadeiramente o desenvolvimento, e o regulamento do art. 18 n.º 5.º

Não podemos por forma nenhuma conformar-nos com os preceitos contidos nos artt. 19, 21. No nosso entender, desde que o estrangeiro pisa territorio portuguez, e declara que quer ser cidadão portuguez, fica gozando d'essa qualidade pela sua simples declaração, e pela sua entrada no reino, com tanto que esteja maior nos termos da lei do seu paiz.

Exigir a residencia de um anno, e sobretudo a capacidade para grangear salario, ou outros recursos de subsistencia, é sancionar na sua mais larga plenitude a antiga

doutrina utilitaria, hoje condemnada por todos os principios do direito philosophico, e em diametral opposição com as mais sãs verdades economicas.

Não ha razão que desculpe o negar-se a um estrangeiro, que aspira a ser cidadão portuguez, o gozo d'esse direito, só porque elle não tem capacidade para o trabalho, nem meios de subsistencia! Ainda teria justificação o projecto se pozesse embargos á naturalisação do estrangeiro, que se achasse condemnado no seu paiz por um crime grave, e que induzisse suspeitas de perturbar a ordem publica no nosso paiz.

Mas negar os direitos de cidadão portuguez ao estrangeiro, que ambiciona esta qualidade, só porque é pobre, e não pode haver pelo seu trabalho os meios de subsistencia, é disposição tão repugnante ás doutrinas da civilisação actual, que parece impossivel que se consignasse num codigo, destinado a reger uma nação tão liberal, como é a nação portugueza, e numa epocha em que as ideias liberaes têm chegado no nosso paiz a tamanho estado de desenvolvimento.

Nós seguimos a doutrina dos Estados Unidos da America na sua maior amplitude.

Não perguntamos pelo seu passado ao estrangeiro que vem procurar abrigo ao territorio portuguez, salvo o direito de vigilancia, e a responsabilidade d'elle pelo seu comportamento futuro.

Antigamente a qualidade de cidadão dava muitas honras e privilegios. Hoje só se nobilita o homem pelo trabalho legitimo, e pelo uso racional das faculdades, com que a Providencia o dotou.

Antigamente carecia o estrangeiro de dar provas d'amor pelo paiz, onde queria naturalisar-se, para se evitar o perigo das conspirações. Hoje, que a força dos governos se funda na observancia da justiça, e nas manifestações da opinião publica, não podem assustar-nos semelhantes receios.

Além d'isso as restricções do projecto só prejudicam o nosso paiz. Os estrangeiros, como estrangeiros, gozam de quasi todos os direitos civis, sem participarem dos grandes encargos, que pesam sobre os cidadãos portuguezes; de modo que a naturalisação habilita-os mais para desempenhar os encargos sociaes, de que para gozar das vantagens dos direitos civis. O estrangeiro pode casar-se, e entrar em qualquer espe-

cie de contracto no nosso paiz, mas não  
pode ser cabo de policia, ou regedor de pa-  
rochia, sem se naturalisar.



# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado da pag. 417

#### TITULO III

*De como se perde a qualidade de cidadão portuguez.*

#### ARTIGO 22

*Perde a qualidade de cidadão portuguez:*

1.º *O que se naturalisa em paiz estrangeiro. Pode, porem, recuperar essa qualidade regressando ao reino com animo de domiciliar-se nelle, e declarando-o assim perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio;*

2.º *O que sem licença do governo aceita funções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro.*

*Pode, comtudo, rehabilitar-se por graça especial do governo;*

3.º *O que, estando, com licença do governo, ao serviço de potencia estrangeira continua nelle depois de esta potencia ter declarado guerra a Portugal ou aos seus alliados;*

4.º *O expulso por sentença, em quanto durarem os effeitos d'esta;*

*A mulher portugueza que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalisada pela lei do paiz de seu marido. Dissolvido, porem, o matrimonio, pode recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, comprindo com o disposto na segunda parte do n.º 1.º d'este artigo.*

§ unico. *A naturalisação em paiz estrangeiro de portuguez casado com portugueza não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação á*

*mulher, nem aos filhos menores havidos antes da naturalisação; salvo se aquella, ou se estes, depois da maioridade, ou emancipação, declararem que querem seguir a nacionalidade do seu marido ou de seu pae.*

Este artigo é a lei regulamentar do artigo 8.º da carta constitucional, fazendo-lhe alem d'isso notaveis e importantes alterações que vamos analysar.

Ha casos effectivamente em que o cidadão portuguez expressa, ou tacitamente rompe todas as relações com a nacionalidade, em que vive e deixa de fazer parte d'essa sociedade; e esses casos devia a lei prevenil-os, e determinál-os.

A carta marca algumas hypotheses em que o individuo perde os direitos de cidadão portuguez.

O projecto do codigo, por um lado, amplia esses casos da perda dos direitos de cidadão portuguez, e, por outro lado, permite rehabilitações, que a carta em caso nenhum concedia.

Analysemos os diversos numeros do artigo. O 1.º periodo do n.º 1.º corresponde ao § 1.º do artigo 8.º da carta. Não pode contestar-se, sem ir de encontro á propria natureza das coisas, que um individuo pelo facto de se *naturalisar* em paiz estrangeiro, abandonou as relações sociaes, em que vivia com os seus concidadãos, renegando a terra e a patria, onde nascera.

O projecto do codigo concede-lhe porem a rehabilitação, que a carta não permittia, e amplia-lhe o favor a ponto de o não deixar dependente do arbitrio de auctoridade alguma, mas simplesmente da intenção de domiciliar-se, e da declaração respectiva feita perante a municipalidade, que o individuo escolhe para seu domicilio.

Este additamento do codigo á doutrina da carta é liberal e justo. O cidadão des-

vairado pelo interesse, ou seduzido pelos caprichos e pelas paixões, pode chegar até ao ponto de esquecer o seu paiz, e o solo onde nasceu, para se naturalisar em terra estranha.

Mas a patria deve abrir de novo os seus braços aos filhos arrependidos, recebê-los no seu gremio, e lançar um véo de esquecimento sobre acontecimentos que, se em caso nenhum tem justificação, nalguns casos podem merecer desculpa.

Associamo-nos completamente á modificação que faz este artigo ao § 1.º do artigo 8.º da carta.

Ao n.º 2.º corresponde o § 2.º do artigo 8.º da carta, que diz assim: — o que sem licença do rei acceitar emprego, pensão, ou condecoração de qualquer governo estrangeiro. —

O projecto admittê nesta especie a reabilitação, que a carta não reconhece. Porem amplia a perda dos direitos de cidadão portuguez tambem ao que acceitar, sem licença do respectivo governo, *graça* de governo estrangeiro, indo assim mais longe do que ia o respectivo artigo da constituição fundamental.

Esta ampliação não tem justificação possível. A doutrina da carta já não era muito liberal. Compreende-se que um individuo receba emprego, pensão, ou condecoração d'um governo estrangeiro, sem por isso quebrar os laços legaes, que o prendiam ao seu paiz.

Pelo contrario pode o governo estrangeiro querer recompensar, como muitas vezes acontece, a nação ou o governo na pessoa do individuo que vai agraciar.

Não nos parece incompativel com o verdadeiro amor e dedicação pela patria a acceitação de emprego, pensão ou condecoração de governo estrangeiro.

Entendemos que o cidadão portuguez só deve ser privado do gozo dos seus direitos, como tal, ou quando elle expressamente renuncia a elles, ou quando practica factos, absolutamente incompativeis com o exercicio d'esses direitos. Antigamente que as questões internacionaes se resolviam por outros principios, e que um dos segredos da diplomacia era manter certo isolamento entre as nações, e não poucas vezes promover a desconfiança reciproca entre os subditos, podia suppor-se menos affecto ao seu paiz quem acceitasse emprego, condecoração ou

pensão d'uma nação estrangeira, sem licença do respectivo governo.

Porem hoje, que se entende que as nações lucram umas com a prosperidade das outras, e que ha certa solidariedade nos interesses e relações dos povos, não se pode crer que um individuo se devotou a outro paiz, de preferencia á sua patria, só por acceitar uma demonstração de consideração, ou algum acto de munificencia de potencia estrangeira. O cidadão deveria ter moralmente o maior escrupulo de acceitar de potencia estrangeira empregos ou pensões. Porem a lei, que não attende senão ás considerações de justiça e de politica, não pode por isso infligir-lhe pena tão grave.

O projecto ampliou a pena da perda dos direitos de portuguez tambem á acceitação de *graça*. Ora, além das ampliações serem nesta especie muito odiosas, que significará a palavra *graça* — que não esteja dicto nas expressões — *funções publicas* — *pensão ou condecoração*?

O vago e a generalidade do termo — *graça* — poderá realmente ir além do que exprimem os termos referidos, mas então agrava-se ainda o mal, deixando-se á interpretação e ao arbitrio da auctoridade publica o marcar mais alguns casos de perda dos direitos de cidadão portuguez.

A provisão do n.º 2.º rejeital-a-hiamos completamente.

A doutrina do n.º 3.º parece-nos justa e politica, e consequencia necessaria da natureza das coisas. Quem está ao serviço d'uma das nações belligerantes guerreia directa ou indirectamente a outra, e mostra bem clara e categoricamente que longe de presar, antes quer romper com esta as suas relações. São coisas incompativeis o pertencer ao gremio d'uma nação, e empregar-se no serviço d'outra que a guerreia.

No que porem não concordamos é no pensamento final do n.º 3.º — *ou aos seus alliados*. —

Parece-nos que é levar muito longe a exigencia. Se os alliados vão connosco para o campo da batalha certo é que quem os guerreia nos guerreia a nós. Porem se elles fazem a guerra por sua conta, e só á custa das suas forças e dos seus recursos, sem nós nos envolvermos nella, não achamos motivo para tirar os direitos de cidadão portuguez ao nosso compatriota por continuar no serviço

do paiz, que declarou guerra ao nosso alliado.

Poderemos impor outra pena ao cidadão portuguez, a qual sirva até de testemunho e de garantia, de que a nossa alliança é sincera, e a neutralidade verdadeira e não fraudulenta.

Comprehendemos perfeitamente a possibilidade do nosso concidadão ser menos afeiçoado ao nosso alliado, do que á nação, que o hostilisa.

Se o cidadão portuguez faz serviço a um paiz, que guerreia o nosso alliado, o mais que pode inferir-se d'ahi é que elle ama aquella nação de preferencia ao nosso alliado, mas não de preferencia a nós.

O que é para extranhar é que se não admitta nesta hypothese tambem a reabilitação.

O principio da reabilitação é importantissimo em direito penal, e seria para desejar que as leis, relativas aos delictos e penas, fossem todas organisadas sobre aquella base. Além d'isso todas as razões aconselham á patria o ter sempre abertos os braços para receber os seus filhos.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado da pag. 419

Entre os que perdem a qualidade de cidadão portuguez comprehende o projecto—*o expulso por sentença, em quanto duram os effeitos d'esta.*—

A carta dizia no art. 8.º e § 5.º Perde os direitos de cidadão portuguez — *o que for banido por sentença.* A descripção do que eram *banidos* encontra-se na ord. liv. 5.º tit. 126 § 7, onde se diz:—Sendo condemnados os absentes por juizes da mór alçada, elles *os pronunciarão por banidos*, e sendo por taes pronunciados, mandamos a todos os juizès e justiças, que appellidem sobre elles toda a terra, para os prenderem; e como forem presos, se a condemnação for de morte natural, sejam logo enforcados ou degolados, segundo na sentença for conteúdo.

Esta disposição acha-se hoje revogada. Não temos banidos no sentido da ord.

A *expulsão* do reino, como logo veremos, é coisa muito differente do antigo banimento.

Apesar d'isto no projecto primitivo do codigo, apresentado pelo sr. Seabra, ainda se dizia: — Perde a qualidade de cidadão portuguez *o banido* por sentença em quanto durarem os seus effeitos.—

Porem este preceito é já grande melhoramento, porque restringe a duração da pena ao tempo, que durarem os effeitos da sentença.

Pela disposição literal da carta parecia que, ainda cumprida a sentença, o condemnado não recuperava os direitos de cidadão portuguez. Pelo menos a provisão da carta não é clara.

Mas no projecto ficava expressamente consignada a ideia de que a perda dos di-

reitos de cidadão só durava, em quanto durassem os effeitos da sentença.

O projecto ultimo, apresentado às côrtes pelo sr. ministro da justiça, está nesta parte perfeitamente á altura dos principios, e da nossa legislação penal.

No projecto ultimamente revisto já se não falla de banidos, mas sim de expulsos por sentença. Convem esclarecer esta materia.

Nos termos da nossa legislação penal ha total differença entre as penas de degredo, de desterro, e de expulsão do reino.

O condemnado em pena de *degredo* é levado para uma das possessões ultramarinas, para ahi permanecer por toda a vida, se o degredo for perpetuo; ou pelo tempo declarado na sentença, se o degredo for temporario, artigo 35 do codigo penal.

A pena de *desterro* obriga o réo a permanecer em um lugar, determinado pela sentença, no continente, ou ilha em que o crime for commellido, ou a sair da comarca por espaço de tempo, que não exceda a três annos artigo 39 do codigo penal.

Pela pena de *expulsão do reino* é o criminoso obrigado a sair do territorio portuguez, com inhibição de nelle tornar a entrar. Esta pena pode ser por toda a vida, ou temporaria desde tres até quinze annos, artigo 36 do codigo penal.

A pena de expulsão do reino é excluida da graduação das penas estabelecidas no artigo 47 do citado codigo, não podendo ser imposta, senão nos casos expressamente declarados nas leis.

A pena d'expulsão do reino pôde ser aggravada nos termos do artigo 78 § 6.º, e 79, § 3.º; e pode ser attenuada nos termos do artigo 80, e 81 § 5.º

A pena de desterro não pôdia trazer anexa a da perda da qualidade de cidadão portuguez, porque é uma pena correccional. Seria muito mais grave, e sem justifi-

cação possível na hypothese, a pena accessoria, do que a principal.

A pena de degredo, ainda perpetua, e aggravada, é cumprida em territorio portuguez. Pode sem inconveniente o condemnado cumpril-a, e conservar ao mesmo tempo os sóros de cidadão portuguez.

Porem o condemnado em pena d'expulsão do reino, e inhibido d'entrar em territorio portuguez, não pode pelo facto d'essa inhibição conservar a qualidade de cidadão portuguez.

O legislador, prohibindo o condemnado de entrar em territorio portuguez, quebrou todas as relações, que havia entre o expulso, e a sociedade de que elle era obrigado a separar-se.

Não seria compatível com os principios da boa logica philosophica que se dissolvessem todos os laços sociaes entre o associado e a associação a ponto d'aquelle ser prohibido d'entrar, sob penas gravissimas, em territorio d'esta, e ao mesmo tempo conservasse as honras e as vantagens de socio d'essa sociedade.

Porem pelo mesmo principio não ha razão para que o condemnado não recupere a qualidade de cidadão portuguez, desde que terminam os effeitos da sentença condemnatoria, que elle fica moralmente rehabilitado em virtude da lei.

Approvamos completamente o n.º 4.º do artigo 22.

Em 5.º lugar diz o projecto que perde a qualidade de cidadão portuguez a mulher portugueza, que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalisada pela lei do seu paiz. Dissolvido, porem, o matrimonio, pode recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º d'este artigo.

Parece-nos logica a disposição d'este artigo. A mulher segue a condição do marido pelos principios da jurisprudencia; mas, se as leis do paiz, onde ella fosse casar, lhe não garantissem a naturalisação, seria injusto que elle ficasse, para assim dizer, *sem patria*.

No entretanto parecia-nos escusada esta provisão que, além de ser uma restricção ao systema da carta, nada avulta em resultados practicos. Que lucra ou que perde a mulher portugueza, que casa com estrangeiro, em deixar de ser cidadão portuguez?

Para os homens ainda influe, e muito

com relação aos direitos políticos, o conservar ou perder a qualidade de cidadão portuguez. Porem, com relação ás mulheres, era bem escusada a sentença do n.º 5.º, além de implicar uma restricção á doutrina da carta, que na especie sujeita é muito mais liberal.

A doutrina do § unico não vinha no projecto primitivo, mas parece-nos justa, e é de certo altamente politica. O procedimento dos paes não pode fazer perder os direitos dos filhos, legalmente adquiridos. Só o agente dos factos deve ser paciente dos seus effeitos. A naturalisação do portuguez em paiz estrangeiro não pode implicar a perda da qualidade de cidadão portuguez, nem para a mulher, nem para os filhos havidos antes da naturalisação.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado da pag. 434

#### ARTIGO 23

*As pessoas que recuperarem a qualidade de cidadãos portuguezes, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se d'este direito desde o dia da sua reabilitação.*

Este artigo é puramente regulamentar, e encerra doutrina razoavel. Os que perderam a qualidade de cidadãos portuguezes não podem de novo gozar essas vantagens sem se ler verificado a reabilitação nos termos legais. Quem perdeu os foros de cidadão portuguez não pode readquiril-os sem se reabilitar. A reabilitação é a parte unica para a readquirição.

#### TITULO IV

*Dos cidadãos portuguezes em paiz estrangeiro.*

#### ARTIGO 24

*Os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado e á sua propriedade immobiliaria situada no reino, em quanto aos actos que houverem de produzir nelle os seus efeitos: a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do paiz onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.*

Neste artigo estabelece-se um bom principio de direito internacional privado.

Determina-se que os portuguezes, que viajam ou residem em paiz estrangeiro, estão sujeitos á lei portugueza no que respeita á capacidade, civil, estado, e propriedade

immobiliaria situada no reino, em quanto aos actos que n'elle houverem de produzir os seus efeitos.

Os actos practicados pelos cidadãos portuguezes em paiz estrangeiro podem ser destinados ou a produzir o seu effeito alli, ou no reino.

A lei portugueza porem só pode regular os actos que têm effeito no nosso paiz. Os que tiverem de produzir as consequencias noutro reino, pelas leis d'esse é que hão de ser regidos.

É um principio de direito internacional, que não admite contestação.

Nenhum acto pode produzir effeitos, e ser protegido pela lei d'um paiz, sem ser a ella conforme, e por ella governado.

Assim o portuguez, residente no estrangeiro não pode alli fazer testamento, que seja válido em Portugal, se não tiver 14 annos, sendo varão, ou 12 sendo fema.

Não pode dispor de bens de raiz, sitos no reino, sem ter a idade reclamada pela lei portugueza. Não pode alienar bens de raiz, ou por titulo oneroso, ou por titulo gratuito, sem o pagamento da respectiva contribuição de registro nos termos da lei portugueza.

É todavia para notar que o projecto de codigo não sujeite á lei portugueza os actos do cidadão portuguez, feitos em paiz estrangeiro, que hão de produzir os seus effeitos no reino, mas que são relativos á propriedade *mobiliaria*.

É bem expresso o artigo 24 em declarar que só ficam sujeitos á lei portugueza os actos practicados por cidadão portuguez em paiz estrangeiro, e destinados a produzir os seus effeitos no reino, quando são relativos á sua *capacidade civil*, ao seu *estado*, e á sua *propriedade immobiliaria*.

Ficará assim excluida da provisão do artigo a propriedade movel? A redacção assim o dá a entender.

Em não ha razão plausivel para similhante exclusão.

Porventura se o portuguez, residente em paiz estrangeiro, dispozer, por testamento ou por qualquer titulo gratuito, de propriedade movel, excedente a 100\$000 réis, não será a transmissão sujeita ao imposto, marcado na lei portugueza?

Publicado o projecto de codigo sem alteração parece que a transmissão da propriedade movel no reino, feita por portuguez, residente em paiz estrangeiro, será regulada, não pela lei nacional, mas pela lei estrangeira.

É impossivel que fosse esta a mente do illustrado redactor do projecto; e a approvação do artigo tal qual ha de produzir gravissimas difficuldades e complicações.

É indispensavel, na nossa opinião, aclarar a sentença do artigo, ou antes addital-a no sentido das ideias acima expostas.

A *forma externa* dos actos essa, é regida pela lei do paiz, onde foram celebrados.

Os actos juridicos, pois, praticados por portuguezes em paiz estrangeiro, e que hão de produzir os seus effeitos no reino, podem ser considerados ou na sua essencia, ou na forma externa.

Quanto ao *fundo* ou á *substancia* são os actos regidos pela lei portugueza; quanto á *forma* são regidos pela lei do paiz, onde foram celebrados.

Parece-nos justa a disposição de não sujeitar, em regra, a forma externa dos actos, praticados em paiz estrangeiro, á lei portugueza, cujas provisões são pouco conhecidas lá fóra, e que não estarão por isso ao alcance dos advogados em paizes estrangeiros.

No entanto era mister fazer uma modificação a este preceito, no interesse da causa publica.

Os actos praticados nos paizes estrangeiros perante os nossos representantes e agentes bem podiam ser feitos em harmonia com a lei portugueza.

Não ha inconveniente, antes interesse, em que os nossos empregados consulares se regulem pela lei do reino na feitura dos inventarios, do registro civil, na approvação dos testamentos, e em todas as attribuições que as leis e regulamentos lhes conferem; e este é o espirito da nossa legislação vigente, que o projecto de codigo vem revogar.

O preceito, consignado no art. 24, devia limilar-se aos actos civis, em que interveham portuguezes, feitos perante funcionarios da nação estrangeira, mantendo-se o principio de serem sujeitos ás leis do reino os actos feitos perante empregados nacionaes.

#### ARTIGO 25

*Os portuguezes que contrahem obrigações em paiz estrangeiro podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido.*

Este artigo firma a competencia dos tribunaes portuguezes para conhecerem das obrigações contrahidas em territorio estrangeiro por portuguezes para com nacionaes ou estrangeiros, ou por estrangeiros para com nacionaes.

No artigo 25 refere-se ás obrigações, contrahidas por portuguezes para com nacionaes, ou estrangeiros: No artigo 28 refere-se ás obrigações contrahidas por estrangeiros para com portuguez. É tambem muito justo e politico este preceito.

# JORNAL DE RESPONSABILIDADE

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 450

#### TITULO V

#### *Dos estrangeiros em Portugal*

#### ARTIGO 26

*Os estrangeiros que viajam ou residem em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes em quanto aos actos que não de produzir os seus effeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou se existir tractado ou convenção especial que determine e regule de outra forma os seus direitos.*

O principio consignado neste artigo é muito racional. Todos os actos, que houverem de produzir os seus effeitos no reino, não de ser necessariamente conformes á lei do paiz, nem ella pode d'outro modo dispensar-lhes protecção. Se os portuguezes têm que conformar-se com as leis do reino na practica dos actos, que nelle não de produzir os seus effeitos, não ha razão para dispensar os estrangeiros, que gozam da hospitalidade á sombra das leis portuguezas, do cumprimento d'essas mesmas leis em caso identico.

Ora este artigo legisla para os estrangeiros, que residem ou viajam em Portugal; mas é omisso quanto aos actos praticados pelo estrangeiro no seu paiz, e que não de produzir effeitos no reino.

Assim um estrangeiro, que vive no seu paiz, mas que tem bens em Portugal, de que quer dispor por testamento, ha de fazer o testamento em conformidade das leis do seu paiz, ou das leis portuguezas?

Não o diz o projecto de codigo.

No entanto por analogia do que se dis-

põe no artigo 24 com relação aos portuguezes, que viajam ou residem em paiz estrangeiro, e attendendo aos bons principios de direito internacional, parece que o testamento deve ser feito em harmonia com as leis da nação, onde vive o estrangeiro.

Melhor seria porem que, o projecto o dissesse com toda a clareza, que se nas leis em geral é sempre necesssaria, no direito internacional é mais que indispensavel.

É mister ampliar e esclarecer as disposições dos artigos 24 e 26 em termos de abrangerem os actos de estrangeiros, residentes fóra do reino, e que não de produzir os seus effeitos dentre d'elle.

De resto a doutrina dos artigos é muito justa e plausivel.

#### ARTIGO 27

*O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz.*

A doutrina consignada neste artigo é a geralmente seguida pelos tractadistas de direito civil, e pelos escriptores de direito internacional.

Tem-se dicto que as leis *pessoaes*, assim chamadas na linguagem do direito positivo, acompanham a pessoa por toda a parte. Parece-nos muito razoavel esta doutrina. O desenvolvimento do individuo não se opera com a mesma rapidez em toda a parte. Está elle sujeito a muitas condições, e especialmente ás do clima e systema de educação popular e politica de cada paiz. Por tanto só o governo da nação respectiva é que pode regular a epocha e as condições da capacidade civil, mais ou menos ampla, e determinar o estado do individuo, com a sua forma e constituição.

A propriedade porem não pode deixar de estar sujeita á lei do paiz onde é sita. O direito da soberania nacional não vai alem dos limites do seu territorio, mas chega até ahi. As propriedades comprehendidas



na área do territorio nacional hão de ser necessariamente reguladas pelas leis d'essa nação.

São estes os verdadeiros principios de direito nacional, e que o projecto de codigo abraçou e sancionou.

#### ARTIGO 28

*Os estrangeiros, sendo encontrados neste reino, podem ser demandados perante as justiças portuguezas pelas obrigações contrahidas com portuguezes em paiz estrangeiro.*

No artigo 25 consignou-se o principio de que os portuguezes que contrahiam obrigações em paiz estrangeiro com nacionaes ou estrangeiros, podiam ser demandados por estes no reino. Agora pelo principio de reciprocidade e de coherencia juridica estabelece-se a doutrina de que os estrangeiros, que contrahem obrigações com portuguezes em paiz estrangeiro, podem ser demandados por estes no reino, se cá *forem encontrados*.

A acção contra os estrangeiros, que contractam com portuguezes em paiz estrangeiro, fica dependente de serem os réos encontrados no reino, vista a disposição terminante e clara d'este artigo; e pelo contrario a acção contra os portuguezes, que contractam em paiz estrangeiro, não fica dependente da circumstancia de serem encontrados no reino.

O illustre juriconsulto, o sr. Moraes Carvalho, nota que a limitação — *sendo encontrados neste reino* — é nociva aos interesses dos portuguezes, porque neste artigo tem o estrangeiro, que quizer illudir a obrigação feita com portuguezes fóra do reino, bem patente o meio de conseguir o seu fim, ainda quando possua muitos bens em Portugal.

Todavia achamos bastante differença entre a especie do artigo 25 e a do artigo 28, para crermos que deva ser identica a disposição juridica.

O portuguez pode ser demandado no reino, ainda que não seja cá encontrado, porque o reino é o seu verdadeiro domicilio, é o seu fóro principal, e as leis pessoas acompanham-no por toda a parte.

Porem os estrangeiros que contractam com portuguezes em paiz estrangeiro, não podem ser demandados no reino, sem aqui serem encontrados. Nem o seu domicilio é

em Portugal, nem o fóro do contracto é no reino. O portuguez, que contractou com elle em paiz estrangeiro, pode ir lá demandal-o. Nem as leis d'um paiz podem governar o estrangeiro pelos contractos e mais actos juridicos feitos fóra d'esse paiz.

Verdade é, que tendo o estrangeiro bens no reino, podia sem grande difficuldade tornar-se effectivo o cumprimento da obrigação. Todavia em principio geral não pode admitir-se e regular-se a competencia do fóro pela situação dos bens.

#### ARTIGO 29

*Os estrangeiros podem igualmente ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas por obrigações contrahidas no reino, se nelle forem encontrados.*

Neste artigo é muito diversa a hypothese. No artigo antecedente tractava-se da acção intentada por portuguezes contra estrangeiros, por obrigações contrahidas em paiz estrangeiro. No artigo 29 tracta-se da acção intentada por estrangeiros contra estrangeiros, mas por obrigações contrahidas no reino. Neste caso é preciso tambem que o réo seja encontrado em territorio portuguez, porque a lei portugueza não pode acompanhar-o em paiz estrangeiro.

O projecto não regula a hypothese de serem demandados os estrangeiros por obrigações contrahidas com portuguezes no reino. No entanto por analogia do que se acha disposto nos artigos 28 e 29, parece que só poderão ser demandados, sendo encontrados no reino.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 466

#### ARTIGO 30

*O disposto nos dois artigos precedentes deve entender-se sem prejuizo do que fica ordenado na ultima parte do artigo 26.*

Esta disposição é logica e concludente. Nos artigos 28 e 29 estabeleceu-se a regra geral sobre o direito de demandar os estrangeiros perante as justicas portuguezas, sendo encontrados no reino, ou as obrigações fossem contrahidas dentro ou fóra do paiz.

Neste artigo limita-se aquella regra geral no caso da lei ter determinado *especialmente* outra coisa, ou de haver tractados que regulem d'outro modo. A provisão está acima de toda a controversia. Se alguma coisa se lhe pode notar é o ser dispensavel, devendo considerar-se um corollario dos preceitos estabelecidos, e dos verdadeiros principios juridicos.

#### ARTIGO 31

*As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portuguezes, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no codigo do processo.*

O projecto do codigo não regula o modo, nem o tempo em que devem ser executadas no reino as sentenças proferidas lá fóra sobre direitos civis entre portuguezes e estrangeiros. Estabelece apenas o principio fundamental de que são admissiveis á execução no reino as sentenças proferidas em paiz estrangeiro.

Notou-se que esta provisão era propria do codigo do processo, e não do codigo civil. Nós porem julgamos este principio tão importante e tão fundamental que entende-

mos que elle deve ser consignado no codigo civil, com quanto o seu desenvolvimento e execução tenha o assento proprio no codigo de processo.

Assim o sr. Seabra tinha no seu projecto primitivo, em seguida a este, o seguinte artigo — «Os estrangeiros, que intentarem algum pleito perante as justicas portuguezas, prestarão fiança idonea a todo o julgado — A illustre commissão revisora eliminou este artigo, e, a nosso ver, com justa razão, reservando a sua materia para o codigo do processo.

Mas respeitou e conservou a disposição capital de que as sentenças proferidas em tribunaes estrangeiros eram exequiveis em Portugal.

O artigo menciona unicamente as sentenças proferidas sobre *direitos civis*, que é o objecto que nos occupa. Não pertence ao codigo civil o regular materias estranhas ao direito civil. Faz porem o artigo outra limitação que nos parece injustificavel, restringindo o direito de execução no reino ao unico caso de terem sido proferidas as sentenças entre portuguezes e estrangeiros.

Ora supponhamos que a sentença foi proferida entre partes, estrangeiros e estrangeiros, ou entre portuguezes e portuguezes, *quid juris?*

Talvez o artigo abranja no seu pensamento, que as não abrange de certo na letra as sentenças proferidas entre portuguezes e portuguezes, mas excluc indubitavelmente as sentenças preferidas entre estrangeiros e estrangeiros, porque a restricção — sobre direitos civis *entre estrangeiros e portuguezes* — alguma coisa ha de excluir.

E que razão haverá para não executar no reino a sentença proferida no estrangeiro entre dois estrangeiros, que possuem bens no nosso paiz?

A lei portugueza dá protecção ás pessoas e bens existentes em territorio portuguez, o movimento e transmissão da propriedade,

a que pode dar lugar a execução d'uma sentença, é sempre de proveito para o thesouro publico, e muitas vezes tambem para a massa da riqueza social.

Porque a legislação de todas as garantias a execução d'uma sentença proferida em paiz estrangeiro, mas não restrinja a favor de certas e determinadas partes a execução d'essa sentença.

A nossa legislação vigente é muito mais liberal sobre esta materia. Diz a novissima reforma judicial no artigo 567 — As sentenças extrahidas de processos julgados por tribunaes estrangeiros, não serão exequiveis sem serem revistas, e confirmadas por alguma das relações com audiencia das partes interessadas, e assistencia do ministerio publico, excepto quando outra cousa estiver estipulada em tractados, ou as partes no juizo, para ella competente, e por termo nelle assignado e julgado por sentença, consentirem espressamente na sua execução.

§ unico. O juizo competente para execução d'estas sentenças é o do domicilio do executado, e, na sua falta, o da situação dos bens.

A provisão é ampla e liberal, quanto o pode ser; e dá ao mesmo tempo todas as garantias, que seriam para desejar, confiando ás Relações a revisão das sentenças preferidas em paiz estrangeiro, como condição para poderem ser executadas.

Fôra para desejar que no projecto se consignasse o principio da execução das sentenças proferidas em paiz estrangeiro com a mesma largueza, com que se acha adoptado no artigo 567 da novissima reforma judicial.

Questionou-se, quando appareceu ao publico o projecto primitivo, se os estrangeiros que intentassem algum pleito perante as justicas portuguezas, haviam de ser dispensados de prestar fiança idonea ao julgado, no caso de terem bens no paiz. Porem a materia da fiança ás custas e ao julgado tem o seu assento proprio no codigo do processo.

Tambem se ponderou a necessidade de declarar em que julgado poderiam ser demandados os estrangeiros, e executadas as sentenças, proferidas nos tribunaes estrangeiros.

No entretanto estas provisões seriam mais proprias do codigo do processo, e na reforma judicial se acham ellas reguladas, ainda que sem a precisa clareza.

É pois nossa opinião que se conserve no

projecto o principio fundamental consignado no artigo 31, mas ampliado e desenvolvido, como se encontra no artigo 567 da novissima reforma judicial.

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 482

#### TITULO VI

#### Das Pessoas Moraes

#### ARTIGO 32

*Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporarias ou perpetuas fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade juridica.*

#### ARTIGO 33

*Nenhuma associação ou corporação pode representar esta individualidade juridica, não se achando legitimamente autorisada.*

#### ARTIGO 34

*As associações ou corporações que gozam de individualidade juridica podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto.*

#### ARTIGO 35

*As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contracto de sociedade.*

Analysamos estes quatro artigos conjunctamente, porque a sua doutrina se achão estreitamente ligada, que não poderia considerar-se á parte sem prejuizo do seu bom exame.

Tracta-se neste titulo das pessoas moraes, assim chamadas em contraposição a pessoas naturaes ou physicas, que são os individuos da especie humana.

A pessoa moral não existe sem a reunião de dois ou mais individuos; e dois individuos, em face das leis naturaes, não podem constituir uma só pessoa, e por isso só no

campo do direito ou de moral se chamam uma pessoa.

Aqui a pessoa não é constituida propriamente pelos individuos que compõem a sociedade, mas principalmente pela *unidade* do fim que se propõem, a qual faz com que todos os associados, no que toca aos interesses da sociedade, representem com relação a terceiros uma e a mesma pessoa.

Esta *unidade* de fim e de laço juridico é a base da *unidade pessoal*.

Portanto a ideia de *pessoa moral* importa sempre consigo a ideia de reunião de individuos com fim commum, ou essa sociedade tenha um fim permanente ou temporario, ou a sua duração seja limitada ou illimitada.

São diversos porem os principios que regem estas associações segundo o seu fim e objecto. Assim as sociedades de interesse particular são regidas pelos principios do contracto de sociedade, como dispõe o artigo 39. As associações de interesse publico estão sujeitas ás disposições prescriptas no presente titulo.

As associações, a que se refere o artigo 39, são as sociedades ordinarias, civis ou commerciaes. As associações a que se refere o artigo 32, são corporações de utilidade publica, como as municipalidades, misericordias, etc.

Verdade é que entre umas e outras ha os seguintes pontos de contacto: — 1.º que todas são reuniões de homens com fim commum; 2.º que todas podem ser creadas para um fim, que se não prenda aos interesses dos seus membros; 3.º que todas podem ter fim permanente ou transitorio.

Distinguem-se porem as corporações de interesse publico das sociedades de interesse particular em que a sociedade é uma reunião de diversas pessoas, cada uma das quaes conserva a sua pessoalidade distincta, em quanto que a corporação, que em regra

é uma abstracção pessoalizada e representada por pessoas individuaes indeterminadas tem uma pessoalidade propria, e distincta da de cada um de seus membros.

Assim nas sociedades cada membro tem parte nos bens, nos direitos e obrigações d'ellas, conserva a sua individualidade independente, e não pode ser constrangido a submeter-se ás decisões dos outros, salvo se d'antemão se sujeitou a alguma restricção d'esta independencia. Nas corporações, pelo contrario pertencem os bens ás proprias corporações, sem que cada um de seus membros tenha nelles uma quota qualquer, as decisões devem ser dadas pela collectividade na forma de suas leis internas, e, na falta d'estas, pela maioria de seus membros, e são obrigatorias para cada um d'estes; alem d'isso os bens não pertencem nem áquelles que representam essas instituições e admnistram esses bens, de que aliás devem dar contas, nem áquelles que aproveitam dos serviços prestados por essas instituições, e em cujo favor ellas foram creadas; nem uns nem outros tem tambem o direito de se opporem ás deliberações tomadas pelas respectivas administrações na forma das suas leis internas.

Finalmente as sociedades podem extinguir-se ou pelo accordo de todos os socios, ou pela simples retirada de um d'elles; em quanto que as corporações subsistem sempre identicas, ainda quando o seu pessoal se substitua por outro, ou inteiramente se extinga; e assim como é precisa a auctorisação do estado para a sua creação, tambem o é para a sua extincção.

São estas as differenças e características mais geraes. Ha no entretanto instituições, cujas características escapam a esta classificação, e tem especialidades, pelas quaes se assemelham, ora ás corporações de utilidade publica ora ás sociedades de interesse particular.

A definição de pessoas moraes, dada no artigo 32, não nos parece exacta por muitas razões, ainda que será difficil, senão impossivel, dar boa definição de pessoas moraes.

Todavia a redacção do artigo acha-se concebida em termos taes, que parece que só se denominam *pessoas moraes* as corporações de utilidade publica, quando *pessoas moraes* são todas as reuniões de individuos,

que por seus esforços combinados procuram conseguir um fim commum.

Por outro lado a definição abrange instituições com caracter totalmente diverso, que conviria estremar bem para os effeitos da legislação civil. Assim, ninguém deixará de dizer que na disposição do artigo 32 se acha comprehendida, de envolta com as instituições pias e de beneficencia, a companhia geral de credito predial portuguez, por exemplo, e talvez algumas das companhias destinadas ás empresas de caminhos de ferro, e d'outros melhoramentos publicos.

No direito civil é absolutamente indispensavel, como teremos occasião de demonstrar, o estremar estas differentes instituições, porque não são regidas pelas mesmas leis, nem pelos mesmos principios.

Sobre este ponto havemos de voltar com maior desenvolvimento.

A auctorisação legal, exigida no artigo 33 para a existencia das corporações, é indispensavel, porque a pessoalidade que lhes dá vida, não existindo pela natureza, só pode ser artificialmente creada pela lei.

As mais altas considerações de politica e de administração concorrem para que se não deixe ao arbitrio individual a creação d'estas corporações, que podem contrariar em todo ou em parte o fim do estado, e os outros fins sociaes, que elle protege, e accumular em seu poder grande massa de bens desviados da circulação, com prejuizo da riqueza social.

A necessidade de auctorisar a existencia d'estas instituições é um principio de direito constitucional, reconhecido em todas as nações.

A forma da auctorisação não pertence á esphera do direito civil: é da competencia da legislação administrativa.

*Continua.*



Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 498

O mais difficil é explicar a significação juridica d'algumas palavras, empregadas nestes artigos, e que já tem dado que entender na practica.

Que quererão dizer as palavras — *individualidade juridica*?

Nos livros allemães advinha-se pouco mais ou menos o sentido d'esta phrase, ainda que se não perceba em todo o seu alcance e extensão. Mas nos livros das leis, onde as palavras se pesam como os diamantes, segundo a expressão de Bentham, é mistér conhecer com exactidão todo o pensamento do legislador.

Que quererão dizer as palavras — *podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto*?

Deduzir-se-ha d'aqui que as corporações, depois de legalmente auctorizada a sua instituição, podem exercer tão ampla e francamente como os individuos maiores, os seus direitos civis?

Assim o parece.

Esta mesma phraseologia sybillina foi adoptada na lei da desamortisação de 4 de abril de 1861, sendo para ahi extrahida já do projecto de codigo nas edições anteriores.

Diz a citada lei no artigo 4.º — As egrejas e corporações religiosas gosam de individualidade juridica, e poderão exercer, nos termos da lei commum, todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto. —

Qual foi o resultado d'esta disposição?

Algumas corporações religiosas começaram de fazer contractos, que as leis não permittiam, como alienações, e arrendamentos a longissimo praso. Os agentes do

ministerio publico reclamaram contra a validade d'estes actos, feitos pelas corporações sem intervenção dos corpos e das auctoridades fiscalisadoras, e os tribunaes indeferiram os requerimentos e a pretenção do ministerio publico com o fundamento de que elle era parte incompetente, porque as corporações religiosas gozavam de *individualidade juridica*, e podiam exercer, nos termos da lei commum, *todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto*!!

Julgaram os tribunaes que a disposição do citado artigo excluia toda a intervenção do ministerio publico dos negocios das corporações religiosas. Foi o que rendeu o emprego da tal *individualidade juridica*.

Para remediar este mal foi necessario inserir na ultima lei da desamortição de 22 de junho do corrente anno um artigo claro e terminante, admittindo os agentes do ministerio publico a reclamar, quer como partes principaes, quer como partes accessorias, contra todos os contractos indevidamente feitos pelas corporações a que a lei se referia.

Dará o projecto de codigo os mesmos resultados, que a lei de 4 d'abril de 1861 com a celebre *individualidade juridica*?

A redacção do projecto é peor, porque a lei de 4 de abril de 1861 ainda punha uma restricção ao exercicio dos direitos, resultantes da individualidade juridica, porque dizia no citado artigo 4.º — poderão exercer, *nos termos da lei commum*.

Porem o artigo 34 do projecto nem esta restricção consigna, dá ás corporações que gosam de individualidade juridica, plenos poderes para exercerem todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto.

Será necessaria nova lei, posterior á publicação do codigo, para determinar a intervenção dos agentes do ministerio publico

nas reclamações contra os contractos, indevidamente feitos por estas corporações, como foi necessario incluir na lei de 22 de junho de 1866 um artigo para explicar e determinar outra disposição da lei de 4 de abril de 1861?

Era melhor dizer claramente qual a extensão dos seus direitos, e as restricções que havia de soffrer o exercicio d'esses mesmos direitos.

A amplitude, e vaga generalidade, em que se acha concebida a redacção dos artigos 32 — 34 não pode nem deve manter-se.

#### ARTIGO 33

*As associações ou corporações perpetuas não podem, porem, adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios, excepto sendo fundos consolidados, e os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão convertidos nella ou em acções de companhias dentro de um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.*

§ 1.º *O que fica disposto na segunda parte d'este artigo não abrange os bens immoveis que forem indispensaveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.*

§ 2.º *São havidas, para os effeitos declarados neste artigo, como perpetuas:*

1.º *as associações ou corporações por tempo illimitado;*

2.º *as corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interesses materiaes.*

Neste artigo regula o projecto o direito, que têm as corporações perpetuas quanto á aquisição de bens de raiz, por titulo oneroso e á conservação dos adquiridos por titulo gratuito. Corporações ou associações perpetuas, no sentido rigoroso da palavra, não as ha, exceptuando a egreja catholica a quem o seu divino fundador prometteu a perpetuidade.

Porem o projecto define o que são corporações perpetuas para os effeitos d'este artigo, que vem a ser: 1.º as associações por tempo illimitado, 2.º as associações cujo fim é todo espirital.

Ora estas associações ficam inhibidas de adquirir bens immobiliarios por titulo oneroso, salvo se estes bens forem fundos consolidados, ou indispensaveis para o desempenho da sua missão.

Convem advertir que os fundos consolidados são considerados bens immobiliario<sup>s</sup> não por natureza, mas por disposição da lei.

Diz o artigo 375 do projecto — São immoveis por disposição da lei:

1.º Os productos e partes integrantes dos predios rusticos, e as partes integrantes dos predios urbanos que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util, que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio;

2.º Os direitos inherentes aos immoveis mencionados no artigo precedente;

3.º *Os fundos consolidados que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente.*

§ unico. O disposto neste artigo não exclue as immobilisações decretadas por lei especial para certos e determinados fins.—

D'aqui se vê como o projecto de codigo veio declarar immoveis os fundos consolidados, que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente; e bens immoveis por titulo oneroso não podem as corporações, a que se refere este artigo, adquirir, a não serem fundos consolidados. Predios rusticos ou urbanos, ou direitos prediaes só os podem adquirir por titulo oneroso, sendo-lhes indispensaveis para o desempenho dos seus deveres, v. g., um edificio um quintal, ou um jardim, ou direitos immobiliarios, inherentes a estes bens, quando lhes sejam necessarios para o desempenho da sua missão.

Seria conveniente ampliar o disposto no § 1.º d'este artigo em harmonia com o que se estabeleceu na ultima lei da desamortisação, i. é, permittir a estas corporações a aquisição por titulo oneroso de bens immoveis, não só quando elles fossem necessarios para o desempenho da sua missão, mas tambem quando fossem indispensaveis para o gozo e serviço do publico.

Seria conveniente tambem o consignar no projecto a ideia de que ainda a aquisição d'estes bens, com este fim, e por este titulo, não poderia ter logar sem a fiscalisação das auctoridades competentes; deixando para o seu logar proprio o regular os termos d'esta fiscalisação. *Continúa.*



# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 514

A prohibição ás corporações de adquirir e conservar bens de raiz, foi determinada pelo pensamento da lei de desamortisação. Estas corporações, com a livre aquisição da propriedade immovel, retirariam da circulação grande massa de bens com prejuizo do fisco e da riqueza social.

Para se entender bem a disposição d'este artigo, é mister ligal-a, e analysal-a conjunctamente com o artigo 1782, que diz assim:

«As pessoas moraes podem succeder por testamento, tanto a titulo de herdeiros, como de legatarios. § unico. Exceptuam-se as corporações de instituição ecclesiastica, as quaes só poderão succeder até o valor do terço da terça do testador.»

É pois mister distinguir, e assentar nas seguintes conclusões — 1.º todas as corporações, qualquer que seja a sua natureza e o seu fim, ficam inhibidas de adquirir bens de raiz por titulo oneroso, salvo os que forem indispensaveis para o desempenho dos seus deveres; 2.º podem porem adquirir-os por titulo gratuito, com a obrigação de os alienar dentro d'um anno; 3.º as corporações que forem de instituição ecclesiastica, nem a titulo gratuito podem adquirir alem do terço do testador.

Por conseguinte ás corporações de instituição não ecclesiastica, com quanto seja prohibida a aquisição de bens de raiz a titulo oneroso, é franca e ampla a faculdade de os adquirir por titulo gratuito; quando as corporações de instituição ecclesiastica são inhibidas de os adquirir por titulo oneroso, e nem por titulo gratuito podem adquirir senão até o terço do testador.

Mais. As corporações de instituição não ecclesiastica podem adquirir sem restricção bens mobiliarios, ou seja por titulo gratuito, ou por titulo oneroso.

As corporações de instituição ecclesiastica, podendo adquirir bens mobiliarios por titulo oneroso na conformidrde das leis, não podem adquirir por titulo gratuito senão até ao terço da terça do testador. »

Mas qual será a razão da differença com que a lei tracta as corporações segundo o seu instituto é ecclesiastico ou temporal?

As corporações ecclesiasticas são inhibidas de adquirir bens de raiz por titulo oneroso e de serem instituidos alem da terça do terço do testador, não só por homenagem ao principio da desamortisação, mas tambem para evitar que accumulem grandes riquezas, destinadas a serem consumidas especialmente no serviço dos mortos, quando o fim racional do emprego dos bens da terra é o serviço dos vivos. Alem d'isso o fim das corporações ecclesiasticas, como das egrejas e mosteiros, é restricto e limitado, não precisando por isso do augmento crescente das riquezas; quando as despesas d'uma municipalidade, de um asylo etc. augmentam todos os dias, e tanto mais serviços podem prestar á humanidade estes estabelecimentos, quanto mais avultados são os seus recursos.

Eis aqui as razões mais fundamentaes da differença com que são tractadas as corporações, quanto ás aquisições de riquezas, segundo o seu instituto é temporal ou religioso, tanto no projecto de codigo, como na nossa legislação vigente.

A grande difficuldade não consiste em conhecer as differenças do preceito da lei, segundo se applica a umas ou a outras das corporações. Isso é claro até certo ponto no projecto.

A maior difficuldade é extremar entre si as corporações de instituição ecclesiastica



das que o não são. Este ponto tem sido objecto de largas controversias no fôro, e nos escriptos dos praxistas e ha muitas disposições legislativas regulando o assumpto.

Por isso o illustrado auctor do projecto, e os distinctos juriconsultos, que collaboraram na revisão do codigo, não têm desculpa de não attenderem, como deviam, a este assumpto.

Corporações de instituição ecclesiastica, se *instituição* quer dizer origem e não natureza, ha muitas, mesmo com fim temporal. Mas explicando-se o artigo 1782 pelo numero 2.<sup>o</sup> do § 2.<sup>o</sup> d'este artigo, parece que corporações ecclesiasticas são as que não têm por objecto interesses materiaes.

Porem a questão ficou no mesmo pé, porque se pergunta ainda a que classe pertencem as corporações que têm por objecto interesses materiaes e religiosos ao mesmo tempo, como são as misericordias, algumas irmandades e confrarias, etc.

As misericordias, e algumas irmandades e confrarias, têm por objecto já interesses materiaes como dotes a donzellas, esmolas aos pobres, emprestimos em beneficio da agricultura etc., já interesses religiosos, como missas e suffragios pela alma dos defunctos.

Pela nossa ord. liv. 2.<sup>o</sup> tit. 18, só os mosteiros e egrejas eram prohibidos de adquirir bens de raiz por titulo oneroso, sendo-lhes permittido o havel-os por successão, com a obrigação de os alienar dentro d'anno e dia.

A lei de 4 de julho de 1768, e alvará de 12 de maio de 1769 ampliaram esta disposição a todos os corpos de mão morta, sem dizerem quaes elles eram.

Veio a lei de 9 de setembro de 1769, e estabeleceu no § 21 a seguinte disposição, que aqui transcrevemos de teor, porque é a base de toda a discussão:—«Ao mesmo tempo foi ponderado, que as propriedades de casas, os fundos de terras, e as fazendas, que foram creadas para a subsistencia dos vivos, de nenhuma sorte podem pertencer aos defunctos: que nem ha razão alguma, para que qualquer homem depois de morto haja de conservar até o dia dejuizo o dominio dos bens e fazendas, que tinha quando vivo: que menos a pode haver, para que o sobredito homem pretenda tirar proveito do perpetuo incommodo de todos os seus successores até o fim do mundo: que se isto assim se admitis-

se, não haveria hoje em toda a christandade só um palmo de terra, que podesse pertencer a gente viva, a qual da mesma terra se deve alimentar por direito divino, estabelecido desde a criação do mundo: que as causas publicas de augmento e conservação das casas nobres, sendo as unicas causas, com que se tem permittido os vinculos, alias prejudiciaes ao erario regio e ao commercio dos vassallos, de nenhuma sorte podem applicar-se ás capellas insignificantes, que nem podem principiari familias no terceiro estado, nem conservar o decoro das que já se acham elevadas aos grãos da nobreza; servindo sómente as dictas capellas insignificantes muito pelo contrario de causarem multos e muito frequentes embaraços aos que possuem terras e fazendas, para não poderem alargal-as e amplial-as aos fins de as fazerem mais uteis ao publico, e mais nobres para as suas familias, sem que sejam impedidos pelos innumeraveis estorvos, com que a cada passo lhes obstem estes chamados vinculos de pouca importancia: que a tudo o referido accresce fazerem os sobredictos encargos, com que as casas e fazendas das sobredictas capellas se achem na maior parte já perdidas; delurpando as povoações do reino com montes de ruinas; e privando a agricultura dos seus fructos com prejuizo publico: e attendendo a estas justas causas: estabeleço por uma vez *que todas as disposições e convenções mortis causa, ou inter vivos, em que for instituida a alma por herdeira, sejam nullas e de nenhum effeito:* e estabeleço pela outra parte, que os bens de todas as capellas, ou anniversarios, cujos rendimentos, depois de deduzidos os encargos, não importarem cem mil réis annuaes, e d'ahi para cima nas provincias do reino; e duzentos mil réis, e d'ahi para cima nesta minha corte e provincia da Estremadura, sejam reputados, e julgados por bens livres e desembaraçados, não obstante as vocações e clausulas das instituições, pelas quaes os referidos bens se acham, e acharem vinculados, e assim abusivamente tirados do commercio humano contra a utilidade publica.»

*Continua.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 530

A intelligencia do § 21 da lei de 9 de setembro de 1760 deu immediatamente á sua publicação margem a mui variadas e encontradas interpretações.

Entrou logo em duvida o que devia entender-se por *instituição d'alma por herdeira*, porque casos havia em que não era liquido se os bens deixados se destinavam para a subsistencia dos vivos, ou para o serviço dos mortos.

Veio o assento de 29 de março de 1770, e declarou, que se instituia a alma por herdeira, sempre que se instituia uma ordem, irmandade, ou *corporação*.

Em vista do assento parecia ter-se negado o direito de ser instituida herdeira a toda e qualquer corporação, ainda que ella tivesse por fim a utilidade dos vivos, contra o espirito e a letra do § 21 da lei de 9 de setembro de 1769.

Recresceram mais as duvidas com a publicação dos assentos de 5 de dezembro de 1770, e 9 de abril de 1772, que declaravam nulos os testamentos em que a alma ou qualquer irmandade fosse instituida herdeira, não mencionando já as corporações.

A lei de 20 de maio de 1796, restaurando o § 21 da lei de 9 de setembro, que se achava suspenso, pareceo alterar tambem a jurisprudencia, consignada no assento de 29 de março de 1770, e pôr em todo o seu vigor a citada lei de 1769, apesar de alguns entenderem, que a lei de 1796, restaurando o § 21 da lei de 9 de setembro de 1769, restaurou ao mesmo tempo os assentos, que a interpretavam.

Os alvarás de 15 de março de 1800, e de 18 de outubro de 1806 vieram alterar

um pouco a jurisprudencia até alli estabelecida com relação ás misericordias, e desde então começaram a destacar-se, para os efeitos juridicos, as corporações religiosas das de beneficencia, e de todas as outras.

E no § 8.º do artigo 1.º da lei de 12 de dezembro de 1844, o qual foi resalvado no n.º 2.º do artigo 3.º da lei de 30 de junho de 1860, encontra-se a seguinte disposição.—

As misericordias, hospitaes, casas de expostos, asylos de mendicidade, e os de primeira infancia desvalida, casas de educação gratuita, e todos os outros estabelecimentos de beneficencia auctorizados pelo governo, com tanto que sejam gratuitos, são tambem isentos d'este imposto.—

As disposições d'estas leis tributarias parece que davam uma nova phase á jurisprudencia, relativa ás misericordias e hospitaes, não sujeitando estes estabelecimentos ás mesmas regras, a que estavam subordinadas as corporações religiosas, e dando-lhes privilegios, que a estas se negavam.

E a verdade é que o supremo tribunal de justiça em secções reunidas, por maioria de um ou dois votos, resolveu em 1862 numa questão das misericordias de Coimbra e Estremoz, que estes estabelecimentos podiam ser instituidos herdeiros.

Em fevereiro d'este anno julgou o mesmo supremo tribunal de justiça com o voto de desempate do seu presidente, que os hospitaes podiam ser instituidos herdeiros. Porém dos considerandos dos mesmo accordo se deduzia, que o não podiam ser as misericordias. Tal era o estado oscillante e duvidoso da nossa lei a este respeito, quando nas côrtes se discutia a proposta ácerca da desamortisação, convertida na lei de 22 de junho do corrente anno; e porisso se inseriu ahi a provisão de que as misericordias e hospitaes podiam ser instituidos herdeiros.

Por analogia do que se providenciou com

relação a estes estabelecimentos na ultima lei da desamortisação é tambem hoje indubitavel, que bem podem ser instituidos herdeiros os asylos de mendicidade, de infancia desvalida, e quaesquer outros estabelecimentos, cujo fim principal não seja empregar os seus bens no serviço dos mortos.

Tambem nas côrtes se discutiu se os hospitaes, sustentados por irmandades e confrarias podiam ser instituidos herdeiros, apesar d'estas corporações o não poderem ser; e declarou-se que as heranças deixadas a uma irmandade com applicação para as despesas do hospital não significavam a instituição d'alma por herdeira.

Por tanto o estado da nossa legislação actual é claro e definido sobre este ponto. Porem, vindô o codigo civil fazer a distincção entre corporações de instituição ecclesiastica, ou não ecclesiastica, para o effeito de só poderem herdar a terça da terça do testador, ou de poderem ser instituidas herdeiras, deixa no mesmo pé todas as duvidas e todas as questões, que havia antes da lei de 22 de junho do corrente anno sobre a successibilidade das misericordias.

É difficil, senão impossivel, o decidir se as misericordias são ou não de instituição ecclesiastica, e não é liquido se a palavra *instituição*, empregada no artigo 1782 do projecto, significa origem ou destino.

Torna-se pois indispensavel aclarar esta questão, e resolver as duvidas, que ella suscita.

Demais pela nossa legislação existente, e nomeadamente pelo § 21 da lei de 9 de setembro de 1769 são nullas e de nenhum effeito todas as disposições e convenções *causa mortis*, ou *inter vivos*, em que for instituida a alma por herdeira.

Porem no projecto de codigo não vemos disposição que inhíba as corporações religiosas de receber doações *inter vivos*, ainda que estas abranjam a maior parte da fortuna do doador.

Verdade é que o artigo 1776 dispõe o seguinte — Ninguém pode determinar que se consumma em suffragios por sua alma mais do que a terça dos bens que deixar. —

Porem em 1.<sup>o</sup> lugar este artigo acha-se subordinado á secção que se inscreve — *Dos que podem testar, e dos que podem adquirir* por testamento — parecendo assim referir-se unicamente ás disposições d'ultima vontade. Pela collocação do artigo pode

com afouleza assegurar-se que a mente do illustrado redactor não era abranger as doações *inter vivos*.

Alem d'isso pelo artigo é o testador inhibido de determinar que se consumma *em suffragios pela sua alma* mais do que o terço da terça dos bens, que deixa; mas não é inhibido de dispor que os seus bens sejam destinados para objectos pertencentes a uma irmandade ou a uma confraria, como para edificar ou reparar uma casa, para comprar paramentos ou moveis, indispensaveis para o serviço da corporação, etc. etc. Nem mesmo o artigo 1782, que por vezes temos citado, é bastante claro a este respeito.

Nós redigiríamos o artigo 1782 nos seguintes termos — Ninguém pode dispor *a beneficio* das corporações religiosas (*especificando-as*) nem *inter vivos*, nem *mortis causa*, alem do terço da terça dos seus bens.

É mister que se desenganem todos aquelles, a quem está commettido o trabalho de legislar, que nas leis nunca é excessiva a clareza.

Convem pois resolver se o preceito dos artigos 1776 e 1782, com relação ás disposições d'ultima vontade, é applicavel tambem ás doações *inter vivos*.

O projecto de codigo não decide tambem outra questão, muito debatida na nossa lei actual; e vem a ser, se a licença do governo é indispensavel para a *acquisição* dos bens de raiz, ou só para a sua *conservação* alem d'um anno.

Pela nossa legislação vigente parece que esta licença só é indispensavel para a conservação, e não para a aquisição. Todavia o sábio Mello Freire, e outros juriconsultos insignes, vão para a opinião de que essa licença é tambem necessaria para a aquisição. Pelo projecto do codigo não cabe nas faculdades do governo o permittir a conservação alem do anno. As corporações ficam inhibidas de adquirir bens de raiz por titulo oneroso, e os que adquirirem por titulo gratuito hão de alienal-os indispensavelmente dentro d'um anno.

Porem o que se não dispõe é se mesmo para essa aquisição ou conservação durante o anno é indispensavel a permissão do poder executivo, e na practica hão de logo suscitar-se duvidas a este respeito.

A nós parece-nos mais razoavel que se prescinda da auctorisação do governo, visto impor-se ás corporações a pena da perda

dos bens para a fazenda nacional, se os re-  
tiverem além do anno.

# JORNAL DE ESPERANÇA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 547

#### ARTIGO 36

*Se alguma das corporações ou associações a que se refere o artigo antecedente por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão incorporados na fazenda nacional, quando lei anterior lhes não tenha dado outra applicação.*

A disposição d'este artigo é muito razoavel. As corporações religiosas nem direito de propriedade tem, e por isso os seus bens devem ser incorporados nos proprios da nação, logo que se decreta a sua extincção.

Tambem parece racional que os bens das corporações, ainda não religiosas mas com uma duração illimitada, vão para o estado, que é o successor na propriedade de todos os cidadãos quando não ha herdeiros. O estado não succede, como herdeiro, mas pelo direito, que lhe compete de haver todos os bens vagos.

Ainda assim o artigo 36 pecca por deficiente, porque devia tambem salvar o caso de os fundadores ou doadores terem feito alguma reserva dos bens, ou de lhes terem dado destino e applicação de se extinguir a corporação.

Às vezes a propria lei, que dá existencia ás corporações, marca o destino que hão de ter os bens no caso d'ellas se extinguirem; mas tambem não é raro o facto de alguém contemplar as corporações com donativos; ou por occasião da sua fundação, ou posteriormente, e determinar no proprio acto da doação o emprego e destino dos bens no caso de se extinguir a corporação.

É de direito que se respeite a vontade dos doadores, e tem-se respeitado sempre.

A lei da desamortisação de 4 de abril de

1861 consignou claramente este principio, que nós reputavamos obrigatorio, ainda que a lei o não reconhecesse formalmente.

Por tanto accetamos a doutrina do artigo 36 com este pequeno additamento, cuja idea talvez estivesse na mente dos redactores do projecto, mas que não sobresáe na letra do artigo.

#### ARTIGO 37

*O estado, a egreja, as camaras municipaes, as junctas de parochia e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia, piedade ou instrucção publica são havidos em quanto ao exercicio dos direitos civis respectivos, por pessoas Moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario.*

Aqui está um artigo, que sem nada esclarecer, serve apenas para confundir.

Pois quaes são as outras pessoas Moraes, de que tractam os artigos antecedentes, que não sejam o estado, a egreja, as camaras municipaes, as junctas de parochia, e quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia piedade ou instrucção publica?

O artigo 37 menciona exemplificativamente estas corporações e estabelecimentos, como pessoas Moraes; e então quaes são as outras pessoas Moraes, alem d'estas, exceptuando-se as sociedades de interesse particular, referidas no artigo 39?

Neste titulo distingue-se entre associações de utilidade publica ou de utilidade publica e particular conjuntamente (artigos 32 e 38) e associações de utilidade particular (artigo 39.)

Cuidavamos nós que as corporações de utilidade publica e particular conjuntamente, a que se referiam os artigos 32 e 38, eram unicamente as declaradas no artigo 37, mas da redacção do artigo deprehende-se que não. As corporações e estabelecimentos especificados neste artigo acham-

se apenas aqui como exemplares d'essas associações.

Mas quaes são as outras não mencionadas no artigo 37? É difficil adivinhal-o.

Alem d'isto o artigo falta da *egreja*, e dos estabelecimentos de *piiedade* e de *beneficencia*. Que estabelecimentos de *piiedade* são estes, que se não comprehendem nem na *egreja*, nem nos estabelecimentos de *beneficencia*?

Pela nossa legislação vigente é difficil averiguar ao certo se por estabelecimentos de *piiedade* se entendem só os religiosos, se tambem os de *beneficencia*, ou se se designam principalmente os estabelecimentos de *beneficencia* e religiosos ao mesmo tempo.

Que fez o projecto? Longe de extinguir, conservou a mesma confusão.

Pelas nossas leis actuaes é complicadissima, em razão do grande numero de disposições, umas intelligíveis, e outras encontradas, a materia relativa a corporações em geral, e nem mesmo é liquida ainda hoje a distincção entre corporações de mão morta e associações ou estabelecimentos publicos que o não são.

Que fez o projecto? Em lugar de resolver, como cumpria, as questões, suscitadas nas leis, e que apparecem no fóro todos os dias, deixou em pé todas as duvidas, e preferiu a commodidade do silencio á decisão de grandes e importantes controversias, que continuarão a ventilar-se, se for convertido em lei o projecto sem as necessarias alterações.

Notemos as differentes corporações e estabelecimentos de utilidade publica, existentes entre nós, e que á legislação cumpre regular segundo a sua indole e destino.

Em primeiro lugar apparecem as corporações, que fazem parte do estado, e que os romanos denominavam corporações de existencia necessaria, como são o governo central, o districto, o municipio, e a parochia.

O supremo fim de todas estas corporações resume-se em desempenhar a missão do estado. Todas estas corporações e associações tem por destino a governação do paiz nas diversas circumscripções territoriaes, que lhes são respectivas, e em harmonia com as leis e providencias decretadas pelos poderes competentes.

Estas corporações de existencia necessaria, órgãos e instrumentos da adminis-

tração publica, não se confundem com nenhuma outras corporações.

O estado, entre nós, resolve-se e manifesta-se no poder moderador, legislativo, judicial, e executivo ou administrativo.

As corporações de existencia necessaria a que nos referimos, não são manifestações do poder legislativo, nem do moderador, nem do judicial, mas simplesmente do administrativo, com quanto ás representações districtaes e parochiaes, e especialmente ás municipaes pareçam pertencer algumas attribuições legislativas.

É notavel que o projecto de codigo, fallando em muitas partes — do estado, das camaras municipaes, e das juntas de parochia, nunca menciona os districtos, que tem tambem vida e representação propria.

Alem d'isso a expressão — *estado*, que antigamente se confundia com a nação, é hoje empregada para designar e instituição politica que tem a seu cargo num paiz a execução do direito e a administração da justiça, abrangendo por isso todos os poderes politicos, i. é, a soberania em todos os seus aspectos, e debaixo de todas as manifestações.

Por tanto não é este vocabulo accommodado para significar a idea, que provavelmente tiveram na sua mente os illustres redactores do artigo.

Nós designariamos as corporações de existencia necessaria pelas denominações de — *poder central* (subtendendo-se apenas o administrativo) — *districtos* — *municipios* — e *parochias*.

O artigo correspondente a este no projecto primitivo do sr. Seabra achava-se concebido nos seguintes termos.

«O estado, as camaras municipaes e juntas de parochia são consideradas, em quanto ao exercicio dos direitos civis, como pessoas moraes, salvo na parte em que outra coisa se ache regulada por lei especial.»

A disposição d'este artigo explica-se plausivelmente, e é racional, porque se deduz dos artigos antecedentes, que elle não abrangia ás pessoas moraes estas corporações de existencia necessaria; e então veio dizer que ellas, quanto ao *exercicio dos direitos civis*, eram sujeitas ás disposições que regulavam as pessoas moraes, de que alli se tractava.

Porem o artigo do projecto da commissão mencionando todas as pessoas moraes, que se acham comprehendidas e reguladas nos

artigos anteriores, parece dar a entender que ha muitos outros, o que não se comprehende nem explica.

Alem de que falta o mais importante, que é declarar em se distinguem todos estas corporações mencionadas no artigo 37, mesmo *quanto ao exercicio dos direitos civis*; convindo estremal-as primeiro para depois se conhecerem e allegarem essas differenças.

*Continúa.*

---

# JORNAL DE RESPOSTA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 563

Em seguida ás corporações de existencia necessaria, ou que fazem parte do estado, convem tractar das corporações, ou antes instituições litterarias.

Temos entre nós a universidade, as escholass superiores, as academias, e os lyceus.

Estas corporações estão completa e exclusivamente sujeitas á acção do poder central. Em juizo são representadas pelos respectivos chefes, e pelo ministerio publico. Porem a sua administração é da exclusiva competencia do poder central.

No regimen das corporações, que fazem parte do estado, intervêm as respectivas localidades pelos seus representantes, que são os verdadeiros administradores dos interesses das corporações, salva a fiscalisação e superintendencia do governo, e dos seus delegados.

Consequentemente os estabelecimentos litterarios estão debaixo da acção mais directa do estado, do que as corporações de existencia necessaria; mas não se pode dizer que fazem parte do estado, porque não tem a seu cargo ramo algum de administração politica.

A falta de vida propria, que têm no seu regimen e governo as instituições litterarias, em tudo dependentes da acção immediata e directa do poder central, com razão as tem feito considerar antes como instituições administrativas, do que como corporações no sentido do direito privado.

Todavia os estabelecimentos de instrução publica entre nós, apesar da sua sujeição immediata e dependencia do governo, têm ainda uma certa representação, que os

distingue do estado, e os colloca na categoria de corporações especiaes quanto ao exercicio dos direitos civis respectivos.

Alem das corporações de existencia necessaria e das de instrução publica, ha as corporações religiosas, que têm vida propria e especial com um regimen e administração interna sua, mas debaixo da fiscalisação da auctoridade publica.

Estas corporações representam por si, e administram-se, com a simples obrigação de dar contas aos funcionarios administrativos.

Não podem adquirir bens de raiz por titulo oneroso, e nem podem ser instituidas em mais do terço da terça do testador. Por tanto os seus direitos civis são muito restrictos nos termos da nossa legislação vigente.

Pelo que respeita ao exercicio dos direitos civis mal podem ser comparadas estas associações com as outras corporações publicas.

Temos por ultimo os estabelecimentos de beneficencia, cujos direitos civis são muito mais amplos do que os das corporações religiosas, ao passo que o governo tem muito maior ingerencia nalguns d'elles, do que nas associações ecclesiasticas.

Pela legislação vigente é duvidoso se alguns d'estes estabelecimentos, como são os conventos, podem ser supprimidos pela simples auctoridade do poder temporal.

A lei de 4 de abril de 1861, a mais reaccionaria de quantas se tem publicado depois do estabelecimento do governo liberal, e a unica que veio atacar os decretos do Imperador, creou todas as duvidas a este respeito.

Era essencial extremar bem estas diversas corporações pelas differenças que as caracterisam, e, alem de determinar o modo, como estas associações se formam, designar o modo e os casos por que ellas podem acabar, e a amplitude dos seus direitos com re-



lação ás grandes categorias dos actos jurídicos.

Ficámos pois sem saber quaes são as corporações ecclesiasticas e as não ecclesiasticas, e quaes são os poderes competentes para auctorisar os differentes actos juridicos d'estas corporações, bem como a forma e os casos em que ellas podem acabar total ou parcialmente, segundo o seu fim e instituto.

#### ARTIGO 38

*Nem o estado, nem quaesquer outras corporações ou estabelecimentos publicos gozam do privilegio da restituição por inteiro.*

#### ARTIGO 297

*Os menores não gozam do privilegio de restituição por inteiro.*

Ajunctamos a analyse d'estes dois artigos, porque são communs as razões geraes que fundamentam as suas disposições. A nossa opinião é decididamente pela abolição do privilegio da restituição *in integrum*.

Não ha razão juridica que justifique a existencia de semelhante privilegio, e a sua conservação no actual projecto seria uma antinomia completa com as suas disposições geraes, attinentes ao assumpto.

Vejamos, porem, antes de mais, o modo como o profundo jurisconsulto e illustrado redactor do projecto, o sr. Seabra, justifica esta doutrina, em resposta ás judiciosas observações do sr. dr. Paes, nosso presado mestre, a respeito da restituição *in integrum*.

Dizia o sr. Seabra: — «É conveniente que comecemos recordando a historia d'esta instituição, porque muitas disposições, que hoje existem, se não podem justificar d'outro modo. As razões, que as determinaram, sumiram-se na noite dos tempos, e comtudo continuam em vigor, não poucas vezes, á custa de importantes interesses sociaes.

A restituição *in integrum*, concedida aos menores, veio-nos do direito romano. Mas este favor foi alli determinado por circumstancias privativas da mocidade romana. Segundo o direito antigo, os moços, que se não achavam debaixo do patrio poder, permaneciam em tutela até á idade da puberdade; mas d'esta epocha por diante ficavam entregues a si mesmos, e por consequencia expostos a todos os perigos da inexperiencia e leviandade juvenil.

Procurou-se prover de remedio a isto. Primeiramente foram estabelecidas penas pela lei Plaetoria contra os que se enriquecessem deslealmente á custa do pubere menor de vinte e cinco annos.

Depois prometteu o Pretor aos menores restituição contra qualquer prejuizo causado pela sua pouca idade. E finalmente estabeleceu-se para os menores uma curatela geral, semelhante á tutela dos impubres.

O pensamento fundamental d'esta instituição (diz Savigny) foi proteger os menores puberes de vinte e cinco annos, que outr'ora tinham a livre disposição de seus bens; mas successivamente se foi complicando este pensamento, concedendo-se aos menores a restituição em casos, em que a necessidade indicada não existia.

Assim foi esta restituição ampliada aos impuberes, não por causa do prejuizo resultante de seus proprios actos, pois que estes actos eram nulos de pleno direito, mas contra o prejuizo resultante de omissões ou de fraudes de seus tutores. E do mesmo modo foi concedida restituição aos puberes contra os actos de seus curadores.

Em tudo isto (diz o citado Savigny) excedia-se muito a necessidade primitiva de semelhante restituição, que ainda fora diminuida pelo estabelecimento da curatela.

As instituições modernas acceitaram esta theoria, e a têm conservado (pela maior parte), não obstante ter-se tornado cada vez menos precisa, menos justificavel, á medida que os interesses dos menores recebiam as novas garantias com a organização do systema orphanologico ou tutelar.

Se pesarmos, sem prevenção, estas circumstancias, observa o judicioso Savigny, convencer-nos-hemos de que a restituição dos menores não se justifica no actual estado de cousas. Mais valia reformar em proveito dos menores o direito de tutela, susceptivel ainda de muitos melhoramentos.

E, com effeito, comprehende-se que no antigo direito se acautelasse com tão ampla restituição a menoridade desvalida. Mas hoje semelhante favor só pode servir de lançar a perturbação e a incerteza sobre os direitos de propriedade, e entorpecer as transacções sociaes, que muito importa proteger. —»

*Continúa.*

# JORNAL DE JURISPRUDENCIA

Redactor principal JOSÉ DIAS FERREIRA, Lente de Direito

## Analyse critica do projecto do codigo civil portuguez

### PARTE PRIMEIRA

#### DA CAPACIDADE CIVIL

Continuado de pag. 578

«Que se pretende? Assegurar os menores contra a sua inexperiencia? Lá têm a nulidade dos actos, que illegalmente praticarem, e não precisam de restituição. Acautelar o prejuizo, que pode provir dos actos de seus tutores ou administradores? Lá está a sua hypotheca, fiança, ou caução! Lá estão o tutor responsavel, o juiz, o sub-tutor, o curador, o conselho de familia, concorrendo todos no mesmo pensamento de protecção e responsabilidade.

E como pode a lei, sem contradicção, sem immoralidade, annunciar que taes actos serão validos, conformando-se com certas formalidades, e declarar por outro lado que estes actos podem ser annullados pela mais pequena lesão, que o menor soffra?

A lei, dizem os eruditos annotadores de Zacharias, seria inconsequente, porque o tutor, mandatario de seu pupillo, que o representa nos actos da vida civil, deve obrigar-o, em quanto não exceder o seu mandato; e improvidente, porque os menores difficilmente poderão contractar, ou sem grande desvantagem, não sendo possivel tractar seguramente com os seus tutores.

É indispensavel, dizia o juriscousulto Joubert, nos motivos do codigo francez, assegurar completamente os direitos dos que tractam com os menores, cumprindo as formalidades da lei. O interesse das familias, o respeito devido á moral publica, exigem certamente que a lei outorgue toda a protecção aos menores; mas, como é preciso que alguma vez se contracte com elles, e elles pela sua parte precisam de contractar com outros, cumpre que os interesses de

terceiro fiquem seguros, observando-se as formalidades legais.

Limitada a restituição ao seu fim legitimo, observa Cardenas nas suas reflexões sobre o projecto do codigo civil hespanhol, é um remedio desnecessario, e, considerada em toda a sua latITUDE, constitue um privilegio injusto e odioso.

É por estas razões que a doutrina que seguimos se acha estabelecida nos codigos Francez, Sardo, das Duas-Sicilias, de Luiziana, Vaud, Parma e Hollanda.

O nosso illustre revisor propõe, comtudo, que, conservando-se a restituição na forma antiga, será preciso fixar o quantitativo da lesão, pelo menos na sexta parte, como seguem os nossos praxistas. Nesse presuppuesto, esta declaração seria na verdade um melhoramento, mas insufficiente, como deixamos demonstrado.

A restituição do estado, corporações, ou estabelecimentos publicos leve egualmente origem no direito romano, *ad instar* da restituição dos menores. Este privilegio é, porem, muito menos justificavel, porque o estado, e as corporações são pessoas juridicas, capazes de prover, como os individuos, á boa administração de seus interesses; e, se o não fizerem, não é justo que por tal causa se perturbem os interesses geraes, ou se sacrifiquem os interesses de terceiro; e é por esta causa que semelhante privilegio se acha hoje banido de quasi todas as legislações.

Se não perdemos de vista, diz ainda Savigny, que a restituição dos menores foi estabelecida em relação aos seus proprios actos, e que a applicação aos actos de seus representantes, contraria ao rigor dos principios, não tem produzido sempre bons resultados, convencer-nos-hemos cada vez mais, de que estas novas ampliações não devem ser admittidas.

É justo que se protejam os interesses do

estado e dos estabelecimentos publicos, mas nunca á custa de outros interesses, que não devem ser menos respeitados.

O estado e os estabelecimentos publicos, se tanto cabe nas suas attribuições, devem prover d'outro modo ás garantias de que precisem, e não reservar-se o leonino direito de annullar, em prejuizo de terceiro, os actos e contractos celebrados na forma da lei.

É preciso que a lei seja uma verdade, e não um laço armado á boa fé publica.

Com semelhantes privilegios não pode haver credito publico nem privado, nem mesmo se pode pensar em melhora-o. Todas as acções resolutorias têm um caracter essencialmente malefico, e não devem admitir-se, senão em casos de extrema e absoluta necessidade.

Para apreciar devidamente uma dada instituição, não basta encarar-a debaixo d'um unico aspecto. É preciso examinal-a em todos os seus pontos de contacto com os interesses sociaes.

Uma grande parte das instituições antigas adoecem d'este vicio, e não é possível levar a effecto uma reforma verdadeiramente util, sem partir dos grandes principios, que devem servir como de centro de unidade a todo o systema civil. Não basta que tal instituição possa ser util debaixo d'este ou d'aquelle aspecto, é preciso, sobretudo, que não se ache em opposição com os interesses moraes e economicos da sociedade em geral.

Em quanto aos males, que o nosso douto revisor receia que possam originar-se da suppressão d'este privilegio, pode tranquilizar-se, porque já temos em nosso favor a experiencia d'outros paizes, em que vigora o principio que adoptámos sem o menor inconveniente; e ainda quando algum apparecesse, seria sem duvida muito insignificante em comparação dos inconvenientes, que inevitavelmente resultam do systema contrario. —»

Taes são as razões com que o sr. Seabra justifica peremptoriamente a abolição no seu projecto do privilegio da restituição *in integrum*. Esta instituição, que nós herdámos do direito romano, conservou-se sempre na nossa legislação; e nos livros dos praxistas e na practica do fóro encontra-se ampliada muito alem da letra da lei.

Todavia as considerações juridicas e eco-

nomicas são accordes em condemnar semelhante privilegio.

Os contractos, em que são partes os menores, ou as corporações de utilidade publica, podem laborar ou num vicio, que os invalide nos termos da lei geral, ou mesmo validos podem ser nocivos áquellas pessoas por culpa dos seus representantes.

Que pede pois a logica juridica, nestes casos? O simples bom senso o ensina.

No primeiro caso prevalecem-se os menores e as corporações do remedio ordinario, reconhecido na lei geral.

No segundo caso fazem effectiva a responsabilidade sobre os administradores, que não zelaram os seus negocios com a diligencia devida, isto é, pedem a esses administradores a reparação das perdas e danos que soffreram por culpa d'elles.

Pedir porem com este fundamento a rescisão do acto juridico não ha principio que o legitime. Por que se ha de invalidar o contracto? Porque o menor soffreu prejuizo com elle?

Não. Se não houvesse outro meio de o indemnizar do damno, senão annullando o acto que o produziu, ainda haveria alguma razão para acceitar o privilegio da restituição por inteiro.

Mas desde que apparece, e se sanciona outro meio mais logico, mais juridico, e mais economico, não ha razão que justifique aquella excepção dos principios geraes de direito.

Os antigos deixaram-se preoccupar unicamente pela idéa de valer aos interesses dos menores, sem encarar a questão debaixo de todos os seus aspectos, e sem contemplação com os principios da sciencia, nem com os interesses sociaes.

Os modernos procuram remediar as lesões feitas aos menores, sem com isso prejudicarem as conveniencias publicas, e respeitando sempre as considerações economicas, e o rigor dos principios juridicos.