

# APOSTILLA

À CENSURA

DO SR.

**ALBERTO DE MORAES CARVALHO**

SOBRE A

**PRIMEIRA PARTE**

DO

**PROJECTO DE CODIGO CIVIL**

FOR

**ANTONIO LUIZ DE SEABRA.**

Hoc opus, hoc studium parvi properemus et ampli,  
Si patriae volumus, si nobis vivere cari.

HORAT.



**COIMBRA**

**IMPRESSA DA UNIVERSIDADE.**

**1858.**

# **APOSTILLA**

**A CENSURA**

**DO SR.**

**ALBERTO DE MORAES CARVALHO.**

**N.º 1.**

## **CARTA-PREFACIO.**

Ex.<sup>mo</sup> Sr.

Acabo de receber o exemplar das observações sobre a primeira parte do meu Projecto, que V. Ex.<sup>a</sup> teve a bondade de enviar-me.

Vejo com muito prazer, que V. Ex.<sup>a</sup> não foi surdo, como bom patriota que é, ao convite, ou antes súplica, que no Parlamento enderecei a todos os nossos juriscultos em geral.

Apenas tive tempo de passar rapidamente pelos olhos as suas doudas lucubrações; mas vi desde logo, que V. Ex.<sup>a</sup> não usou, como cumpria, e eu instantemente roguei, de contemplações mal cabidas. Mas quem pede seriedade, não pede injustiça; e é tal a debilidade d'esta

nossa humana natureza, que muitas vezes, aspirando com as melhores intenções, a ostentar de imparciaes, lá vapprecipitar-nos no extremo opposto, *in vitium ducit cul-pae fuga*.

E teria V. Ex.<sup>a</sup> a boa fortuna de salvar-se d'este escolho? Infelizmente parece-me que não.

E como V. Ex.<sup>a</sup> 'neste seu trabalho não teve em mira senão o *desejo de que tenhamos um codigo em que se notem os menores defeitos*; e se dignou sujeitar ao meu fraco juizo as suas observações; de bom grado direi o que entendo, com a mesma franqueza de que V. Ex.<sup>a</sup> me dá exemplo: e não digo com a mesma justiça; porque as retaliações não estão no espirito do direito moderno, e são sempre um triste meio de justificação. Sómente peço a V. Ex.<sup>a</sup> permissão para limitar, por emquanto, a minha resposta ás considerações expendidas no seu prefacio. E parece-me que de bom grado convirá V. Ex.<sup>a</sup> 'nesta dilação, attendendo ao imperioso motivo que me embarga de proseguir incessantemente 'neste exame, como muito desejava. Este motivo é não me restar um momento livre dos cuidados da revisão e impressão do meu projecto; e assim o entenderá V. Ex.<sup>a</sup> sem dúvida, quando souber que estou subministrando semanalmente á imprensa original para cincoenta e tantas paginas de impressão, e advertir que é forçoso que ultime quanto antes este meu trabalho para poder ir cumprir com os meus deveres de deputado da Nação.—Depois ter-me-ha V. Ex.<sup>a</sup> mais desapressadamente ao seu dispôr.

Entremos portanto na materia, sem mais preambulos. Serei breve e conciso o mais que me seja possivel.

---

A primeira censura que V. Ex.<sup>a</sup> me dirige é a seguinte — « que propondo-me eu tractar na primeira parte do Codigo da capacidade civil, não devia deixar de comprehender a capacidade de contractar, a capacidade de fazer testamento, a capacidade de ser instituido herdeiro, em summa tudo quanto obviamente se encerra 'naquelle titulo concreto. E que, quando se quizesse conceder que as expressões eram synonymas, e que na primeira parte nada mais se devia tractar, que do estado das pessoas, parecia que assim mesmo devia abranger outras materias como as respeitantes ao matrimonio, e registro do estado civil, segundo têm feito muitos dos Codigos antigos e modernos. »

Esta censura parte de uma falsa apreciação do meu systema; ou, para dizer francamente o que entendo, revela que o illustre censor ou o não comprehendeu, ou não está muito familiarisado com a philosophia do Direito, a que de ordinario dão mui pouca attenção os que se dedicam á prática forense. Ha ahí uma extranha confusão de termos e de idéas — *qui hurlent*, como dizem os francezes, *de se voir ensemble*.

Mas, como é impossivel avaliar com justiça o conteúdo na primeira parte do meu Projecto, em relação á sua

economia, sem que se forme uma idéa clara do meu systema, permitta-me V. Ex.<sup>a</sup> que diga préviamente alguma cousa a este respeito. Não precisarei de largas escripturas, porque tão simples e natural é elle, que bastarão poucas palavras para o fazer comprehender.

O methodo, a ordem, é uma necessidade do espirito no ensino e estudo de todos os conhecimentos humanos (a). Essa necessidade recrasce comtudo, quando esse estudo e ensino tem por objecto os interesses practicos da vida, as relações juridicas do homem.

Se a primeira condição interna das leis é a sua conformidade com os principios do direito ou do justo, a primeira condição externa é, sem dúvida, a simplicidade e claresa da sua redacção. As leis obscuras e difficeis de comprehender, não são verdadeiras leis, porque carecem de sufficiente promulgação. Tanto importa mandal-as affixar (como fazia o despota Romano) em tal altura, que nenhum cidadão as possa lêr, como redigil-as, em forma de Oraculos Sybillinos, ou de forma que o seu pensamento não seja a todos accessivel e patente. D'aqui a

(a) Nam ordo (diz *Henning Arnisaeus* na sua *Doctrina Politica*) est instrumentum discendi. Instrumenta vero discendi ad id excogitata sunt, ut faciliorem reddant disciplinam. Alioquin quovis modo sine ordine discere possumus, sed difficilius et majori cum taedio. Quod si jam ordo naturae repugnet cognitioni nostrae, ita ut ejus ductu difficilius cognoscamus, instrumentum hoc inventum est, quo obscuritati lumen, difficultati facilitatem addat.

divergencia das opiniões, a arbitrariedade nos julgamentos, a incerteza dos direitos e obrigações; em uma palavra, o transtorno de toda a ordem social.

Ora as leis podem tornar-se obscuras e difficeis tanto pela falta de claresa na redacção das suas provisões, como pela falta de ordem na collocação e distribuição d'essas mesmas provisões; — e é por isso que a questão de methodo, principalmente quando se tracta de um corpo de direito, tem sido geralmente considerada como objecto da maior transcendencia.

Esta necessidade de uma distribuição bem ordenada sobe ainda de ponto, se o legislador pretender, como nós desejamos, que o livro da lei fosse e livro da doutrina, e que o livro da doutrina fosse o livro da lei. Os que seguem diversa opinião, repetem o famoso dicto de Napoleão no Conselho de Estadô, quando se discutia o Codigo Francez — *un code n'est pas un livre de doctrine, comme un livre de doctrine n'est pas un code*. Mas Napoleão era uma intelligencia muito elevada para dár a estas palavras o sentido que pretendem attribuir-lhe. Napoleão não fazia mais que reproduzir em francez, o que muitas vezes se havia já escripto anteriormente. *Lex jubeat, non disputet*, dizia Seneca em uma das suas epistolas, — e o Codigo Wisigothico — *nec legislator disceptatione debet uti, sed jure*. Napoleão queria, com razão, que as leis não discutissem, mas não queria por certo que as leis deixassem de ser dispostas na ordem mais racional possivel, — ou deixassem de conter todas as disposições que natural-

mente conduzissem ao seu mais facil estudo e comprehensão. Se o Codigo Francez, debaixo d'este ponto de vista, não preenche todas as indicações, não procedeu isso por certo da pouca consideração que aos seus redactores e ao chefe do estado mereceu este objecto, mas sim da sua extrema difficuldade.

E tanto aquelle grande homem reconheceu o muito que importava, que o livro da lei fosse o livro da doutrina, que prohibiu expressamente aos professores de direito apartarem-se, nas suas prelecções, da ordem estabelecida no Codigo.

Não daremos por agora maior desinvolvimento, sobre este ponto, ás nossas idéas, e sómente accrescentaremos — que o mesmo pensamento teve o imperador Justiniano, quando mandou redigir as Institutas em uma ordem mais logica e racional, que a seguida no Digesto, — e se acha formalmente sancionado nos Estatutos da Universidade, monumento de alta sabedoria, que será em todo o tempo, respeitado.

Mas que ordem deveríamos seguir na codificação da lei civil, de fórma que podesse preencher todas as condições indicadas? — Objecto foi este que nos occupou por largo tempo. Os nossos estudos a este respeito sahirão brevemente á luz, pois se acham já no prelo, e então se verá que não deixámos sem maduro exame nenhum dos methodos legalmente adoptados, nenhuma das theorias imaginadas pelos mais doutos juriconsultos.

Mas qual foi o resultado de nossas investigações?

A convicção de que nenhum d'esses methodos podia ser adoptado, — a convicção de que os maiores esforços do espirito humano jámais poderão resolver cabalmente este problema, por effeito da mesma natureza complexa do direito, — e que o mais, a que poderíamos aspirar, seria fazer alguma cousa menos defeituosa, do que isso que até aqui se havia feito.

Para chegarmos a este resultado, entendemos que o melhor meio seria emanciparmo-nos de quaesquer preconceitos; fechar os livros, e consultar unicamente a propria natureza das cousas, que raramente deixa de responder com proveito a quem sabe interrogar-a.

Qual é o nosso fim? dissemos. — Expôr o Direito civil na sua ordem mais simples e natural. Ora essa ordem não pôde ser fundada senão na mesma natureza do direito. E que é o direito civil? — Sem dúvida 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 resumil-as, classifical-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 também necessariamente a idéa de uma obrigação geral ou particular, — é certo que o direito pôde 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, Thiercelin, renovando as idéas originalmente aventadas na Allemanha nos fins do seculo passado por Heydenreich, pretendem fundar o direito na obrigação (a); 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

(a) *Systema de Direito Natural*, part. 1.<sup>a</sup>, pag. 109 — ed. de 1795. O nosso Corrêa Telles propoz-se coordenar o seu Digesto debaixo do ponto de vista das obrigações; mas como nenhuma idéa tinha da philosophia do direito e mythodologia juridica, entrando no desenvolvimentos practico, embrulhou-se completamente.

e outros direitos, reconheceram a impossibilidade de os expôr debaixo do ponto de vista da obrigação (b).

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 immanente, — e 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 pôde adquirir os elementos externos necessarios á sua exis-

(a) Os Direitos Naturaes (diz Thiercelin — *Principes du Droit* pag. 47 — Paris 1837), provêm certamente da natureza do homem, a lei do dever constitue o seu titulo e principio, e são identicos para todos. Os direitos adquiridos, pelo contrario, são diversos para cada individuo. O principio do dever sómente legitima o titulo que fixa os limites até onde chega o Direito. (*E pouco antes*): A extensão dos direitos adquiridos, só é determinada *mediatamente* pelo principio do dever. — (E a pag. 48): Seria fastidioso partir do dever para o direito; procederemos no sentido inverso. — Esta theoria, que funda o direito na obrigação, acha-se completamente refutada por Bruckner no seu — *Essai sur la nature et l'origine des Droits*, Leipsig 1818. Esta mesma doutrina seguimos no nosso livro da *Philosophia do Direito de propriedade*.

tencia, e de como os póde fruir, conservar e defender.

Achamos pois, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessariamente devia referir-se a quatro pontos capitaes, que podiam servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica — a saber :

- 1.º Natureza do ente juridico: — (capacidade).
- 2.º Seus meios de vida: — (aquisição).
- 3.º Fruição d'esses meios: — (propriedade).
- 4.º Conservação: — (violação, defeza dos direitos).

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

Isto posto, poderemos proseguir com segurança na apreciação da censura, que nos foi dirigida: sómente não podemos deixar de fazer uma observação preliminar, que a outro respeito adduz um sabio escriptor, e que não parecerá inopportuna.

Imaginae que um certo numero de homens são encarregados de fazer a descripção de um paiz: imaginae que para o reconhecer são collocados em um salão, em torno

do qual se romperam estreitas frestas, por onde apenas se podem descobrir algumas braças de terreno. Esses homens agrupam-se juncto de cada fresta, e cada grupo cuida vêr todo o paiz. Reunem-se depois para fazer a sua descripção. Que disparates! quantas contradicções! Uns dizem que o paiz é assombrado por espessas florestas; outros, que está coberto de ricas searas; outros, que o seu solo é arenoso, arido, esteril; refere a disputa; cada orador é apoiado pelo grupo em que se achou collocado. Os debates serão interminaveis, se algum homem sensato lhes não vier dizer: — para reconhecer o paiz, de que pretendemos fallar, saiamos d'este recinto, d'onde só podemos vêr uma parte dos objectos que cumpre observar; — saiamos d'aqui, e subamos a uma altura, d'onde possamos descortinar o paiz em cada uma das suas partes, e na sua totalidade.

Prosigamos. « A capacidade civil, envolvendo (diz o doutor censor), segundo os principios do Projecto, os direitos e obrigações das pessoas nas suas reciprocas e diversas relações sociaes, póde ter uma significação mui lata; mas, por mais que se queira restringir, parece que não devia deixar de comprehender a capacidade de contractar, a capacidade de fazer testamento, a capacidade de ser instituido herdeiro, em summa tudo quanto obviamente se encerra 'naquelle titulo concreto. »

O douto censor confunde as nossas idéas e confunde-se a si mesmo.

Primeiramente attribue á capacidade civil a accepção



*lata*, que nós attribuímos á capacidade jurídica,— porque só esta comprehende todos os direitos e obrigações das pessoas nas suas reciprocas e diversas relações sociais.

A capacidade civil não é o mesmo que a capacidade jurídica; — dá-se a mesma differença que ha entre o genero e a especie.

Sómente o homem, dissémos nós (art. 1.º), é suscetível de direitos e obrigações; — é 'nisto que consiste a capacidade jurídica. — A capacidade jurídica é pois uma condição geral e absoluta.

Mas o homem póde exercer essa capacidade em relação a diferentes ordens de direitos e obrigações. — Se estes direitos e obrigações (dissémos nós no art. 3.º) militam entre o estado e os cidadãos, sobre cousas de interesse geral, daremos a essa capacidade jurídica o nome especial de *capacidade politica*. — Se estes direitos e obrigações dizem respeito sómente aos cidadãos como meros particulares entre si, daremos a essa capacidade jurídica 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 Codigo 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?

Além d'esta razão, outras se nos offereceram não menos ponderosas, de que fallaremos em outro lugar, para nos não desviarmos por agora do ponto da censura a que devemos responder precisamente.

Deixando porém de parte este equivoco do douto censor, vamos logo tropeçar com outro não menos consideravel.

Mas, por mais que se queira restringir a capacidade civil — diz elle, parece que não devia deixar de comprehender a capacidade de contractar, a capacidade de fazer testamento, a capacidade de ser instituido herdeiro, em summa tudo quanto obviamente se encerra 'naquelle titulo concreto.

Ora se nós declaramos que a capacidade civil se referia ás relações reciprocas dos cidadãos entre si como meros particulares — e essas relações consistem necessariamente — nos contractos, nos testamentos, de que designadamente se lembra, como é que o douto censor racionalmente podia affirmar o contrario? Que seria a capacidade civil, se não comprehendesse todas essas cousas, que o douto censor não vê 'nella incluídas?

O douto censor embrulha-se, porque pretende avaliar o nosso Projecto, não segundo as idéas e terminologia que elle appresenta, mas segundo as idéas e terminologia vulgar.

Para o douto censor ha tantas capacidades juridicas,

quantos são os actos juridicos, que o homem pôde praticar. — Para nós a capacidade juridica é só uma, e indivisível — e uma cousa é essa capacidade e outra cousa é a sua acção, são os actos que ella pôde praticar. A capacidade juridica (ou capacidade civil, se essa capacidade juridica se refere ás relações privadas) é para nós uma prerogativa inauferivel do homem, como ente livre e intelligente — um poder immanente, ou seja *potestas*, como lhe chama o sabio Leibnitz, ou seja autonomia, como o denomina o profundo Kant, ou personalidade como diz Ahrens — o titulo, o principio justificativo da acção, — mas não é essa mesma acção eventual, variavel, contingente, que pôde, e mesmo deve, ser modificada segundo as circumstancias accidentaes de pessoas, do tempo e do lugar.

A lei intervem no exercicio da acção juridica, não como creadora de direitos, ou da capacidade juridica do homem, mas sómente como protectora e reguladora d'esses direitos, do exercicio d'essa capacidade. Este principio, que em geral é exacto, não deve ser esquecido, — sobretudo em materia de Direito civil, ou privado, — e é por isso, que, tendo nós annuciado no art. 4.º os diversos Direitos civis, — declarámos no art. 5.º — que a lei civil *reconhecia e regulava* todos estes direitos — e não dissemos — que os podia crear, como o douto censor imagina, e o declara em outra parte.

O contracto, o testamento são actos juridicos. A lei pôde regular o exercicio da capacidade civil 'nesses

actos; mas esses actos não se tornam por isso *capacidades juridicas*, — quando muito sómente lhes poderemos dar o nome de *faculdades*, tomando esta palavra no sentido em que a tomou Leibnitz, — para explicar a acção do poder immanente — *potestas*.

Vê-se pois que não tem o menor fundamento a censura que 'nesta parte se nos dirige: e confessamos que não podemos mesmo comprehender como poderiamos satisfazer á exigencia do douto censor. — Uma nomenclatura simples dos actos que podem resultar da capacidade civil seria impossivel, e no fim de tudo completamente inutil; — uma exposição completa das materias tocantes a cada um d'esses actos, seria o Codigo inteiro conculcado 'nesta primeira parte; — 'numa palavra a substituição do nosso plano por um outro, que mal poderíamos desenvolver, porque o não podemos comprehender.

A nossa primeira parte intitula-se — da capacidade civil, — e não das *capacidades civis*, como quer o douto censor; e ha de permittir-nos, que procedamos em harmonia com as nossas idéas, e com o nosso methodo.

Accrescenta o douto censor, que, ainda quando se quizesse conceder que as expressões — *capacidade civil* e *capacidade de contractar e testar*, etc. — eram synonymas, e que na primeira parte de nada mais se devia tractar que do *estado das pessoas*, parecia que assim mesmo devia abranger outras materias, como as respeitantes ao matrimonio e registro do estado civil.

Aqui presuppõe o douto censor, que sómente nos propozemos tractar na primeira parte do *estado das pessoas*. E porque? Porque as expressões—capacidade civil e actos civis—são synonymas? Já demonstrámos que o não eram. Mas, quando o fossem, como é que d'ahi poderia concluir-se que na primeira parte de nada mais se deveria tractar que do estado das pessoas? Confessamos que a nossa curta intelligencia não é assaz poderosa para desatar semelhantes enigmas.

Que entende o douto censor por estado das pessoas? Seria a sua capacidade civil, como nós a entendemos? Certamente não, como pode inferir-se do que deixamos dicto. Entenderá por *estado* o mesmo que se entendia no Direito Romano? É impossivel; porque a theoria do Direito Romano, privativa das suas instituições e costumes, não pôde ter cabimento no Direito moderno. Entenderia por *estado* as relações de familia, *status familiaris*, expressão frequentemente empregada no Direito Civil moderno? Também não; porque 'nesse caso achar-se-hia absurdamente circumscripto o objecto da primeira parte do nosso projecto.

Entenderia finalmente o douto censor por *estado* o que vulgarmente se entende, isto é, a condição do individuo na sociedade? 'Nesse caso teriamos de appresentar na primeira parte do nosso Projecto, tantos codigos, quantas são essas condições sociaes; e assim mesmo ficaria incompleta, porque não entra no possivel enumerar todos os factos que existem e podem existir.

Que entende pois o douto censor por esse *estado*, de que sómente se deveria tractar na primeira parte? Parece-nos que o douto censor, com todo o seu saber, mal poderia responder-nos satisfactoriamente. — O que nós podemos seguramente asseverar ao douto censor é que nunca nos lembrámos de expôr o direito das *pessoas* — queremos dizer — do homem civil, debaixo d'este ponto de vista, incomprehensivel, anómalo, e mesquinho.

Accrescenta o douto censor que, pelo menos, se não deveriam omitir as materias respeitantes ao matrimonio e registro civil.

Esta censura parte evidentemente do falso presuppuesto em que o douto censor se collocou. — Deve tractar-se do estado; o matrimonio é um estado por excellencia: — logo não deve preterir-se.

A resposta está dada. — Não nos propozemos tractar de estados, — mas sim da capacidade ou incapacidade civil em geral. E como o matrimonio é um acto resultante d'essa capacidade, — um meio de adquirir direitos e obrigações, — era consequente deixal-o para o logar que lhe é assignado pela propria natureza da cousa. Para nós, para o direito civil, queremos dizer, o matrimonio não pôde appresentar-se senão como um contracto. — O sacramento pertence a outra ordem de idéas, a que sómente nos cumpre prestar homenagem.

A razão, a que o douto censor se soccorre, — de que assim como tractámos 'nesta parte do poder paternal,

deveríamos também tractar do *poder marital*,—é inconcludente, e revela a pouca attenção com que o douto censor examinou o nosso Projecto, predominado sempre de velhos preconceitos.

Antes de assentar a sua censura, devia o douto censor assegurar-se da razão por que tractamos 'nesta parte do poder paternal,—e depois, se achasse identidade de razão, poderia exigir a identidade da disposição.

Ora a razão por que tractamos aqui do poder paternal, está indicada não só pela inscripção do livro, mas também pela inscripção do titulo.

Definida a capacidade civil em geral, era consequente determinar os impedimentos geraes, que essa mesma capacidade poderia soffrer no seu exercicio—por effeito da natureza das cousas, ou de mera disposição da lei, e o modo por que esses impedimentos deviam ser suppridos.

Ora o poder paternal legitima-se como um meio natural e civil de supprir a incapacidade resultante da minoridade, como se indica na inscripção do titulo 3.º

Agora perguntaremos ao douto censor: dar-se-ha a mesma razão no casamento? O douto censor deixa-se levar de idéas, que já não são d'este seculo. Hoje a mulher não está, como entre os Romanos, *in manu mariti*;—e não póde ser contada entre os *incapazes*, senão por effeito de uma phraseologia falsa, injusta e injuriosa. O casamento entre nós não importa—nenhuma *capitis diminutio*. A religião e o direito civil estão de accôrdo

no principio da egualdade e reciprocidade conjugal, sem outra differença mais, que a que resulta da propria differença dos sexos, e das necessidades d'esta especie de sociedade, principios estes, que deixámos enunciados no artigo 7.º do nosso projecto, e serão desinvolvidos opportunamente em outros logares do codigo.

É verdade que na maior parte dos codigos antigos e modernos se acha esta materia collocada no tractado das pessoas; mas o exemplo do que se tem feito, nada prova em assumptos, como este, de mero raciocinio. A auctoridade é sem dúbida respeitavel, mas sómente em quanto se não aparta da ordem racional.

Entre os Romanos esta disposição justificava-se perfeitamente, mas não assim entre os modernos.

Querendo pôr em ordem o seu direito, diziam os Romanos—*omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. L. 1, ff. de stat. hom. Inst. §. 12, de jure nat. et gent. E como, tractando das pessoas ou do seu triplice estado civil,—de liberdade, de cidade e de familia,—precisavam de definir os direitos que comprehendia cada uma d'estas capacidades (*caput*), razão havia para tractar do matrimonio, como elemento primordial da familia, de que resultavam direitos importantissimos para a pessoa do *pae de familias*, d'essa entidade singular e absoluta, privativa do Direito Romano, e sem igual entre os povos antigos e modernos; mas não como estado, porque o não era juridicamente

fallando. Não tendo sido recebida entre as nações modernas a theoria do triplice estado, em que se cifrava o *jus personarum*, é claro que a materia do casamento não podia racionalmente figurar, senão entre os contractos. Como contracto o consideram na realidade os codigos civis modernos; mas por effeito de um mero equivoco de palavras (pois o matrimonio na accepção vulgar é um estado), ou collocaram toda sua materia no tractado dos direitos das pessoas, como fez o Codigo de Hollanda, ou a scindiram deixando no tractado das pessoas a parte que lhes pareceu relativa aos direitos e obrigações pessoaes, remetendo para os contractos a parte relativa aos direitos e obrigações reaes. Este é o systema do Codigo francez, e de todos os outros que se modelaram por elle: systema injustificavel, por isso que a distincção de direitos e obrigações pessoaes e reaes não é o principio em que o seu methodo se estriba, e não apparece aqui senão d'um modo fugitivo e anomalo.

Nós poderíamos ser justamente censurados se, attento o nosso plano, e ordem das nossas idéas, preterissemos esta ou aquella materia, naturalmente comprehendida na sua esphera,—mas não porque deixámos de seguir á risca o que os outros fizeram,—em quanto se nos não demonstrar que o nosso plano é menos natural, menos logico, menos completo. Estas emendas e enxertos improvisados só poderão ter um resultado — o transtorno do plano traçado — a realisação do monstro Horaciano

de sorte que

..... *nec pes nec caput uni*  
*Reddatur formae.*

Agora pelo que toca ao registro civil, diremos ao douto censor que a razão que allega para dar logar a este assumpto 'nesta primeira parte,—a saber — que esse registro constitue a base *primordial do estado do cidadão e da sua capacidade*,— não procede. O registro não é a base primordial nem da capacidade nem do estado. A capacidade, o estado, tem por base primordial os factos do nascimento, do casamento, não fallando da morte, que é a negação, o termo de todo o estado, e de toda a capacidade. É 'nestes factos que se fundam os direitos,— e não no registro que d'elles se póde fazer. Antes do Concilio Tridentino não houve tal registro,— e nem por isso esses factos deixavam de produzir os seus effeitos juridicos. Hoje podem perder-se os registros,— podem deixar de fazer-se por negligencia ou culpa dos seus ministros, e nem por isso esses factos deixarão de surtir effeito. O registro não é mais que um meio de prova estabelecido judiciosamente pela lei, a fim de tornar o direito, que resulta d'esses factos, menos sujeito a controversias; e como tal só podia entrar racionalmente na parte do Codigo, em que se devesse tractar das provas d'esses factos.

A outra razão, que o douto censor addiciona, de que assim como tractamos 'nesta parte *da prova da filiação legitima*, tambem deveríamos tractar da prova — de

*qualquer estado* — é egualmente inconcludente. O douto censor parou na superfície das palavras — e abraçou a nuvem por Juno. Uma cousa é indicar os meios de prova — outra cousa é regular o formulario d'esses meios. Indicar os meios é constituir direitos — regular a sua forma é entrar nos meios de execução, no processo d'esses meios, e são cousas que não devem confundir-se.

A filiação legitima, dissemos nós no art. 113, prova-se pelos assentos do registro do baptismo, etc. Mas ficámos aqui — não tractámos de provêr sobre a organização do registro. É claro pois, que não ha no argumento do douto censor a paridade que imaginou, — antes pelo contrario se convence, por essa mesma referencia, o seu nenhum fundamento.

Esta observação do douto censor conduz-nos naturalmente a fazer aqui algumas considerações tendentes a prevenir algumas outras censuras, que provavelmente nos serão feitas, com mais apparencia de razão, a respeito de outros logares do Codigo.

Dir-se-ha que nem sempre nos conservamos nos strictos limites do Codigo Civil, — que muitas vezes invadimos a esphera do Codigo de Processo. Assim parece na verdade.

Mas quaes são as regras, que separam o Codigo Civil, o Codigo dos Direitos — do Codigo do Processo? Questão é esta, que tem sido debatida 'nestes ultimos tempos entre diversos jurisconsultos da primeira ordem. Não nos demoraremos com a analyse d'esta discussão;

bastará indicar o resultado a que por ultimo tem chegado — e que é formulado nos termos seguintes:

*Todas as disposições, que conferem ou constituem direitos, pertencem ao Codigo Civil, — e todas as disposições que regulam os meios de acção para conservar, ou defender, ou recuperar esses direitos, pertencem ao Codigo de Processo.*

Eis aqui a regra, que adoptámos na confecção do nosso Codigo.

Muitas vezes porém, poderia entrar em dúvida a qual dos dois Codigos deveria pertencer tal ou tal disposição — e era-nos portanto indispensavel adoptar um principio de decidir.

Este principio achamol-o formulado nas obras juridicas do grande Leibnitz, e é o seguinte:

*Todas as vezes que uma disposição possa caber em mais d'um logar — deve ser collocada de preferencia no logar em que existir a sua razão efficiente.*

É por estes principios que deve afferir-se a economia das nossas provisões.

Declaramos todavia — que muitas vezes apparecerão no Codigo provisões, que, segundo os nossos mesmos principios, deveriam antes collocar-se no Codigo de Processo. Mas não se pense que o fizemos inadvertidamente;

— pelo contrario, procedemos muito de pensado — pelas seguintes razões :

1.<sup>a</sup> A necessidade de completar um pensamento, que mal poderia ser comprehendido sem esse desinvolvimento.

2.<sup>a</sup> A conveniencia de facilitar a execução doCodigo — aplanando difficuldades, que necessariamente se haviam de appresentar — sendo a todo o tempo cousa facil, retirar para o Codigo de Processo o que não devesse aqui ficar.

3.<sup>a</sup> O receio de que no formulario da execução se adulterasse ou invertesse o nosso pensamento, por isso que o direito determinador depende inteiramente do direito sancionador.

4.<sup>a</sup> A conveniencia de não tornar dependentes do Codigo de Processo, disposições breves e fugitivas, que facilmente poderiam olvidar-se — ou difficilmente achar logar apropriado no Codigo de Processo.

Voltando ao nosso projecto — observa o douto censor, que lhe parece que na classificação parcial da primeira parte, não ha a mais aprimorada exacção na distribuição das materias; e para o provar nota, que no capitulo inscripto — *da tutela dos filhos legitimos*, se en-

contra uma secção da *tutella dos filhos perflhados*; outra, da *tutella dos filhos espurios*; outra, da *tutella dos filhos abandonados*, objectos que aquella rubrica repellia. Posto que poderíamos responder que a tutela dos legitimos não se entende senão por contraposição a tutela dos illegitimos, e que esta implicitamente se continha 'naquella, não queremos, por tão pouco, deixar de *aprimorar* o nosso systema; e para isso bastará accrescentar uma palavra á inscripção do capitulo, dizendo — da *tutella dos filhos legitimos e illegitimos* — palavra que por mera inadvertencia se omitira.

Em quanto ás outras deslocações, a que o douto censor allude, e promete indicar — veremos, quando nol-as appresente, o que importam, limitando-nos por agora á seguinte observação.

Quando appresentámos no Parlamento esta primeira parte do nosso Projecto, declarámos formalmente que a não davamos por definitivamente acabada — que era o nosso primeiro esboço — e que o fizemos imprimir, para que mais facilmente o podessemos emendar e aperfeiçoar a favor da lucidez da copia typographica. Isto era mesmo para nós uma necessidade, porque não temos a fortuna de ser mui fortes em calligraphia; e muitas vezes, pela rapidez com que escrevemos, nos custa a decifrar a nossa propria stenographia. Bem vimos, que, procedendo com esta franqueza, não faltariam espiritos acanhados, ou malevolos, que, na impossibilidade de elevar-se á discussão dos principios no verdadeiro campo da sciencia, aprovei-

tariam com avidez os mais leves descuidos de redacção, para desacreditar e escurecer o que houvesse de bom no Projecto; mas esperámos também, por honra da nossa litteratura juridica, que não faltaria quem justicasse semelhantes impertinencias ou demasias. O nosso amor proprio, momentaneamente menoscabado, não podia merecer-nos attenção alguma na presença do grande interesse público, que sómente tínhamos em vista. Uma só censura que apparecesse fundada em meio de mil censuras impertinentes, seria para nós sufficiente compensação.

Não nos temos pois descuidado de rever e corrigir o nosso Projecto, e vêr-se-ha quando sahir á luz a segunda edição da primeira parte — com o resto do Codigo — que não fomos indulgentes com o nosso proprio trabalho.

Só quem não sabe o que é um Codigo, poderia extranhar, que não sahisse, como nasceu Minerva do cerebro de Jupiter, perfeito em todo o ponto.

Ahi está o Codigo Francez — de certo mui longo de ser perfeito — com quanto obra das maiores capacidades de um paiz que está á frente da civilisação — e quem ignora o longo e penoso trabalho de incubação por que passou? Comparem-se os esboços de *Cambacères*, trez vezes refundidos, com o projecto elaborado por *Tronchet*, *Portalis*, *Bigot Preameneu*, e todos esses projectos com o Codigo sancionado, e poderá fazer-se uma idéa da difficuldade da empresa.

O que desejámos por em quanto, é que se dêsse mais attenção á doutrina, do que á fórma ou mera re-

dacção — que somos os primeiros a declarar imperfeita a muitos respeito, — e que não é possível rematal-a, sem que o Codigo todo esteja impresso — sem que a parte doutrinal se ache, por assim dizer, liquidada.

Notar-se-hão sobretudo certas repetições como descuidos de redacção, — e comtudo o não são. Esses suppostos descuidos apparecem, — ou porque as referencias, que necessariamente as deveriam substituir, são ainda de maior inconveniencia, — ou porque essas repetições são indispensaveis para complemento, e mais facil percepção da disposição, — ou porque finalmente receámos omittir disposições, de cuja collocação em diverso logar não tínhamos segura lembrança.

Juizo definitivo, repetimos, não se póde formar a este respeito, senão na ultima redacção, e não é 'nesta parte que mais necessitamos de auxilio extranho.

Censura-nos também o douto censor de termos dado logar a disposições mais didacticas e doutrinaes, que legislativas; e como não declara 'neste logar os fundamentos em que estriba o seu juizo, limitar-nos-hemos também a algumas considerações geraes.

As disposições do Codigo, que se podem dizer doutrinaes ou didacticas, referem-se principalmente a alguma das trez seguintes cathogorias: 1.<sup>a</sup> *Principios juridicos*; 2.<sup>a</sup> *Defnições*; 3.<sup>a</sup> *Disposições ordinaes*.

Tocaremos cada uma d'estas especies.



### 1.ª *Principios juridicos.*

Ha no Codigo 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, que o douto censor desejara vêr eliminados.

Esta censura é infundada, e daremos as nossas razões.

Um Codigo, como nós o entendemos, não significa uma simples collecção de leis ou de provisões legais, 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 idéas, um meio facil de comprehender e conservar na memoria a mesma legislação. A distribuição, o methodo, não é pois, nem pôde ser, arbitrario. Se a percepção das idéas 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 desinvolver. As leis do methodo são geraes a toda a obra do espirito ou seja scientifica ou legal. Ora o Direito civil, se na parte comprehendida no que se chama Direito

sanccionador, pôde envolver muitas disposições arbitrarías, não é assim no que toca ao Direito determinador. Nesta parte o Direito não é, nem pôde 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 Ariadna no labyrintho das provisões legais.

Isto bastaria para justificar as disposições que, em geral, se impugnám; 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 e sanccionado, esse principio é este sem dúvida. 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.º os Direitos de que o homem é susceptível, e que tinham de ser des-envolvidos no Código, — dissemos no art. 5.º — *A lei civil reconhece e regula todos estes direitos e obrigações, etc.*

Será esta declaração inutil porque se não fórmula directamente 'numa expressão imperativa, prohibitiva ou permissiva? Creio que ninguém razoavelmente o poderá sustentar.

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 susceptível de direitos e obrigações*: — onde está aqui a prohibição ou a permissão? Não se descobre, por certo, á primeira vista. Parece que ha ahi apenas a declaração de uma verdade, de um principio puramente abstracto; e com-tudo póde resolver-se 'num decreto imperativo de um verdadeiro interesse practico.

Supponhamos que entrava em dúvida se os animaes eram ou não susceptiveis de direitos e obrigações. — Attribuindo-os unicamente ao homem, é claro que a lei os denega aos outros 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 (a). — Estas idéas tinham seu fundamento em alguns textos do Levitico, — e principalmente na celebre definição que deu Ulpiano do *Direito Natural*, na L. 1 e 4 ff. de just. ét jur. — *quod natura omnia animalia docuit*, — *quod om-*

(a) Varios authores fazem menção d'estes processos, — taes como de Thou, Guy Pape, Jean Daret, Julio Claro, Bouchel, Boerio, etc. O celebre Chassaneux deveu mesmo o começo da sua grande reputação á defeza dos ratos do Autois, de que fôra judicialmente nomeado curador. Gaspar Baylli, advogado no senado de Saboia, escreveu, no meado do seculo XVII, 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.

*nium animantium commune est, et cujus animalia, fera, etiam perita censentur:* e mesmo em nossos tempos não falta quem lhe ligue uma certa importancia (a).

Passemos agora ao artigo 2.º, que diz assim:

*Entende-se por Direito 'neste sentido, a faculdade de praticar certos actos, ou de possuir e dispôr exclusivamente de certas cousas; e por obrigação o dever judicialmente exigível de prestar, fazer, ou deixar de fazer certas cousas.*

Eis-aqui uma disposição reprovada como meramente doutrinal e didactica, sem utilidade alguma practica: e todavia é tão necessaria e importante, como o é a distincção entre a moral e o Direito. — «*É necessaria esta distincção (diz Eschbach) porque é o mais precioso palladio de nossas conquistas modernas,—a liberdade da consciencia. Se o estado, que se propõe executar o direito pelo constrangimento, podesse estender a sua intervenção ao ponto de regular, pelo mesmo meio, a moralidade interior dos homens, poderia impôr a seus membros a moral e religião que bem lhe parecesse, isto é, poderia pesar com todas as forças materiaes de que dispõe, sobre a independencia do pensamento, e sobre a liberdade da consciencia. Assim, tanto os philosophos, como os publicistas*

(a) Veja-se *La Themis, ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, vol. 9, p. 440.

*e jurisconsultos, devem reunir as suas vozes para proclamar bem alto esta verdade,— que a moral é distincta do direito,— o que não quer dizer comtudo que a moral e o direito sejam ou possam ser oppostos, ou contrarios.— A moral e o direito — ligam-se por um vinculo indissolúvel, mas é nas suas relações internas.*

O artigo declara, que sómente obrigação juridica é judicialmente exigível: e deixa portanto fóra da esphera do direito, obrigações que não são judicialmente exigíveis.—Mas quaes são essas obrigações judicialmente exigíveis,—eis ahi o que o Codigo se propõe declarar,—constituindo os direitos—ou antes reconhecendo e sancionando os direitos, a que essas obrigações devem corresponder. Appresentamos porém na primeira linha a idéa do direito a que a obrigação corresponde pela razão dada,—que nos propoemos classificar as relações juridicas pelo lado do sujeito dos direitos, e não pelo lado do sujeito das obrigações.

Agora — supponhamos que se eliminam estes dois artigos (o 1.º e 2.º do Projecto), como se pretende,—quaes seriam as consequencias? a impossibilidade, não só de fazer comprehender as nossas idéas acêrca da capacidade civil, mas ainda o transtorno geral de todo o nosso plano; os artigos seguintes appresentar-se-hiam sem nenhuma razão da ordem; e como atirados ao acaso.

«Ha duas maneiras de examinar uma lei (diz o Tribuno Delpierre, discutindo o Codigo Civil francez). Uma consiste em nos elevarmos ao pensamento do Legislador,

em penetrar o espirito do seu systema, em descobrir o fim que se propoz, e em julgar depois as differentes partes da sua obra á luz d'estas primeiras observações. A outra, consiste em collocar o critico um projecto, que imagina, ao lado d'aquelle que se lhe appresenta: e é facil de vêr que, nas censuras a que a sua imaginação se entrega, sómente cogita de encensar as suas proprias idéas. Em materia de legislação positiva pôde qualquer, com apparencia de sabedoria, inventar e propôr systemas de toda a natureza. A multidão e diversidade dos conceitos, relativos ao regime interior dos estados, depende da differença dos espiritos e das suas luzes. Mas emfim, em meio das opiniões, que se combatem e se excluem, é preciso fazer uma opção: e sobretudo quando a voz publica insta que a ouçamos, e que vamos por diante. Parece que o que exige o interesse bem entendido do estado, e é nosso dever examinar,—vem a ser, não se ha outros projectos que possam ser oppostos ao que discutimos: não se os jurisconsultos, os publicistas e os philosophos têm idéas, que 'nelle não se encontram: mas se tal qual é, e no corpo de doutrina que elle appresenta, contém os elementos de ordem, de esplendor, de consolidação do estado » (a).

Não ha cousa mais vulgar e mais conhecida de sabios e ignorantes,—que o aphorismo — um Codigo deve

(a) *Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tom. 7, pag. 199.

ordenar e não ensinar,—deve conter preceitos practicos, e não doutrinas especulativas.

D'accôrdo. *Cela est bientôt dit*; mas a difficuldade está menos no principio que na applicação. « A opinião, dizem sabiamente os AA. do — *Memoire explicatif des principes qui ont servi de base dans la confection du Projet de code civil des Pays-Bas*,— que pela adopção d'este principio, todas as disposições doutrinaes e divisões, devem ser eliminadas, é tão erronea, que só pôde achar approvadores na classe ignorante da sociedade; — é necessario certamente evitar, por via da regra, disposições e divisões scientificas ou doutrinaes; mas isto não deve obstar a que se conservem as disposições que forem absolutamente necessarias, para fazer conhecer o verdadeiro pensamento do legislador. — Esta razão responderá ás objecções que poderão fazer-se contra esta ou aquella disposição. — E se alguns jurisconsultos pensam que muitos artigos podem ser abandonados ao que elles chamam jurisprudencia, isto é, aos processos e decisões judiciaes, é certo que os cidadãos preferirão sempre achar na lei alguns artigos explicativos de mais, que ter de recorrer a essa onerosa jurisprudencia. »

Eis-aqui os principios reguladores que tivemos presentes: folgamos de nos encostar sempre a alguma auctoridade, — porque sabemos que ha muita gente para quem o mel não seria doce se o não dicesse Plinio.

## 2.ª Definições.

Não ha jurisconsulto, que ignore a regra de Javolenno — *omnis definitio in jure periculosa*; e posto que Javolenno não fallasse propriamente do que nós chamamos definições, — mas designasse por aquella palavra — *regras e sentenças*, — 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 porque 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, complectatur: modica enim circumstantiae varietas totum plerumque jus cummutat, et sic omnes juris nostri regulas debemus accipere, ut non perpetuo, sed plerumque obtineant.* — Mas porque a regra ou definição perfeita, é difficil, deverá concluir-se que não possa formalizar-se em muitos casos convenientemente, — ou que deva antes entregar-se á 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. da citada *Memoria explicativa*, tornar intelligiveis para todo o mundo os diversos effeitos dos testamentos, dos codicillos e dos con-

tractos, 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.

É quando, pois, tivermos de examinar as definições incluídas noCodigo, que poderemos vêr se essas definições são ou não condemnaveis. A proscricção absoluta importa um erro manifesto.

## 3.ª Disposições ordinæes.

Estas disposições, ao mesmo tempo que em quanto aos effeitos juridicos são inteiramente innocentes, — têm comtudo um merito real, em quanto tornam salientes e visiveis os pontos de contacto, que prendem as diversas partes do systema juridico, — são, como dizem os Fran-

cezes — *points de rappels* — que descansam o espirito, e facilitam a memoria das intelligencias menos perspicazes, — e que podem precisar d'esse auxilio. Esta vantagem justifica, em nosso entender, o acolhimento que todas as legislações conhecidas lhe têm dado; e parece-nos cousa tão clara e simples, que nada mais diremos a semelhante respeito.

É tempo de voltar ao nosso exame.

Por ultimo occupa-se o douto censor da *Adopção* e *Legitimação* — *per rescriptum Principis*.

### *Adopção.*

Em quanto á *adopção* — entende o douto censor, que, tomada no sentido do Direito romano, justamente devia ser eliminada; mas não assim sendo modelada pelos principios do Codigo de Prussia, melhorados no Codigo de França, d'onde passaram para outros Codigos.

Não sabemos por que desgraça as criticas do douto censor vêm ferir quasi sempre sobre pontos em que já-mais esperámos a menor opposição. A nossa resposta ácerca da *adopção* podia ser mui breve — a saber: que é esta uma instituição, que, posto que muito em voga no principio da Monarchia, está hoje fóra dos nossos costumes, e não vale a pena de ser restabelecida. — Mas juntaremos comtudo algumas observações por mera consideração para com o douto censór.

A *adopção* (*adoptio*, *adrogatio* entre os Romanos) era uma especie de contracto, pelo qual se collocava na condição de filho alguma pessoa que realmente o não era. Os effeitos d'este parentesco imaginario não foram sempre os mesmos no Direito romano. É grande a differença entre o Direito antigo e o Direito novo a este respeito.

As Nações modernas, que receberam dos Romanos semelhante instituição, umas a têm conservado no seu ultimo estado, outras a têm feito passar por diferentes modificações, que seria ocioso referir.

O douto censor condemna a *adopção* romana, — mas tem a *adopção* do Codigo da Prussia, com as modificações Francezas, por cousa excellente. Não podemos bem comprehender estes differentes juizos do douto censor; pois que a *adopção* Prussiana e Franceza é essencialmente a *adopção* chamada *imperfeita* dos Romanos, — como póde verificar-se comparando as doutrinas da Lei Cod. de *adopt.* com a d'esses Codigos modernos. — As differenças, que se notam, em nada alteram a substancia d'aquella *adopção*.

Mas, seja o que fôr, o que nos importa é apreciar devidamente a instituição no seu justo valor juridico: e é 'nesse ponto que discordamos *toto coelo*.

Não ha instituição alguma, diz um distincto escriptor (a), que mais repugne aos direitos da natureza, do que esta, que ousa crear uma paternidade ficticia a exem-

(a) Veja-se Belime, *Philosophie du Droit*, tom. 2, p. 162.

plo da paternidade natural. Nas cidades antigas podia ter alguma significação, porque a família era ahi uma divisação politica do Estado. Concebe-se que, quando as *gentes* romanas tinham deuses, sacrificios e propriedades, cuja conservação parecia essencial ao seu *statu-quo* religioso, pouco poderia importar ao legislador de que lenho era o garfo que se enxertava no tronco decrepito, comtanto que a arvore se conservasse em pé com o mesmo nome de família e mantivesse a symetria das cousas, e a organização artificial da sociedade. Mas entre os modernos, que têm assentado a sua politica sobre outras bases, a *adopção* não corresponde a necessidade alguma real do coração humano. Corresponderá á necessidade de ter uma posteridade ou de amal-a? Quem poderá amar por ficção? Corresponderá ao desejo de transmittir a propriedade a certa pessoa predilecta? — Tudo isso se pôde conseguir pela faculdade testamentaria, sem necessidade de entrar 'num caminho tortuoso, e tão contrario á razão e á natureza.

« A dizer a verdade (continúa o mesmo escriptor) o que poderia justificar a *adopção*, é a facilidade que ella offerecia, ao que não tinha filhos, de poder perpetuar o nome respeitado de seus páes, prestes a extinguir-se. Mas resta saber até que ponto deve a lei favorecer este desejo, mais proprio do coração, que da razão. A lei não deve regular-se por considerações sentimentaes, — e em todo o caso seria necessario examinar se as vantagens da *adopção* são ou não maiores que os seus inconvenientes. »

O douto censor argumenta com a auctoridade das legislações modernas — de Hespanha, França, Sardenha, Austria, Baviera, Prussia, Russia, Modena, Wurtemberg, Dinamarca, Tessino, Bohemia e Brazil; — mas esqueceu-se de que em sentido contrario estão as legislações de Inglaterra, Hollanda, Estados-Unidos, Luiziana, Suecia, Vaud, — da maior parte de Allemanha (a), e da Italia (b); em uma palavra, de quasi todas as outras Nações, constituindo uma immensa maioria.

Ácerca da *adopção* em Hespanha, dizem La Serna e Montalban no seu compendio de Direito Civil: «É pouco frequente em nossos dias, — deve sua origem ás Leis Romanas, que as Partidas seguiram, a pezar de se não darem entre nós as razões politicas, económicas, civis, e mesmo religiosas, que alli a recommendavam » (c).

Em França esta instituição foi quasi inteiramente desconhecida (d) até á epocha da Revolução. Foi em 1792 que, pela primeira vez, a Assemblêa Nacional decretou que a *adopção* fosse comprehendida no plano das leis civis. Não appareceu de principio no Projecto doCodigo Civil, e sómente foi depois introduzida 'nelle em consequencia das observações do Tribunal de Cassação.

No Conselho de Estado foi combatida por Brigot

(a) V. Mittermayer, *Grund saetze*, §. 366.

(b) Forti, *Institutioni civili*, tom. 2.º, p. 413.

(c) *Elementos del Derecho Civil*, etc., t. 1.º, p. 279.

(d) V. Merlin, *Repert.* tom. 1.º verb. *Adoption*, — e Grenier, *Discours historique sur l'Adoption*.

Preameneu, Tronchet, esse famoso jurisconsulto, que a Assemblêa constituinte convidava por decretos a que subisse á tribuna para o ouvir nas materias mais graves de Direito,— e por muitos outros (a) — já por inutil, já por perigosa, já por immoral: *inutil*, porque as leis offereciam muitos outros meios de exercer a beneficencia com que se argumentava:—*perigosa*, porque prestava alimento ás vaidades do regimen nobiliario, e favorecia o celibato:—*immoral*, porque promovia a corrupção dos costumes, e collocava o filho em estado de opção entre a fortuna, e o abandono dos páes naturaes. A instituição teria caído, sem dúvida, se o primeiro Consul não viesse lançar o seu montante na balança; e foi esta, sem dúvida, uma das raras occasiões em que o seu alto instincto juridico se achou em falha; mas, por motivos extranhos, que não são desconhecidos (b), Napoleão foi mesmo muito além dos limites do possível, pretendendo que o pae adoptivo preferisse ao pae natural, não sómente perante a lei, mas ainda no coração do filho adoptivo. Os homens, dizia elle, só têm os sentimentos que lhes são inculcados; e se a *adopção* colhe o filho em minoridade, se é pronunciada solemnemente, e de modo que impressione

(a) Toda a Comissão de legislação do Conselho de Estado votou contra.

(b) Napoleão não tinha então filhos, pensava já no modo de fundar uma dynastia com o seu nome. Veja-se a brilhante analyse do Codigo de Sardenha pelo Conde de Portalis.

a sua imaginação, a paternidade ficticia substituirá completamente a paternidade natural (a).

Esta transformação absoluta da familia feria profundamente as leis da natureza e os costumes da nação Franceza: e o mesmo Consul, quando se proseguiu de novo na discussão do Codigo, interrompida por quasi um anno, por causa da opposição que encontrou no Tribunato, — teve a franqueza de modificar consideravelmente a sua primeira opinião. A *adopção* foi, emfim, sancionada, mas sem alteração das relações naturaes da familia, limitando-se sómente a estabelecer relações juridicas entre o adoptante e adoptado. Reconheceu-se comtudo o seu perigo, e procurou-se prevenir com diversas provisões; mas o certo é, como o confessam os mais intelligentes Jurisconsultos Francezes, que a experiencia tem mostrado, que tal instituição repugna aos costumes modernos, e que apenas é practicada como um meio de defraudar outras disposições da lei (b).

Pelo que toca ao nosso paiz, é sabido que nos primeiros tempos da monarchia esteve muito em voga. São conhecidas as *adopções* da Infanta D. Sancha, filha de Afonso III, pela Infanta D. Constancia (c); — do Infante D. Fernando, filho de D. Duarte, pelo Infante D. Hen-

(a) V. Loaré, *Legislation civile, etc.*, tom. 6, p. 450—457, tom. 3, p. 200 e 204.

(b) Vcj. Demolombe, *Paternité et Filiation*, Ed. Belg. pag. 227.

(c) V. Sousa, *Hist. geneal.*, l. 1, p. 175.



rique, etc.; mas já no tempo de Cabedo, segundo elle mesmo affirma, se achava em desuso (a); Valasco apenas se lembra de ter visto uma (b); e os nossos jurisconsultos contemporaneos apenas a mencionam como uma anti-gualha do nosso direito.

Já vê, pois, o douto censor, que não foi por simples esquecimento, que não démos logar a similhante instituição no nosso Projecto.

### *Legitimação per rescriptum Principis.*

Em quanto a esta legitimação, diz o douto censor: « que, ainda que presentemente admittida em varias nações, está entre nós de *facto* suppressida, em virtude da extincção do Desembargo do Paço, e que é de parecer, que não cumpre restabelecel-a, ainda mesmo debaixo de diversa fôrma; mas que entende, que, por isso mesmo, se deve dar maior amplidão, do que o Projecto dá, á legitimação *per subsequens matrimonium*, e ao perfilhamento dos illegítimos; porque não podêmos desconhecer o principio do interesse da sociedade na formação e multiplicação das familias, incumbindo ás leis não desatar, ou affrouxar esses laços, que a natureza fôrma; porém

(a) Deces. 70, *Apud nos non est in usu, quamvis fiat mentio illarum in Ord. l. 1, t. 3, §. 1, et in altera l. 2, t. 33, §. 12, et l. 3, t. 9. §. 2, et l. 2, t. 56 in pr.*

(b) Partition., cap. 12, p. 45.

rebustecel-os e sanctifical-os aos olhos da religião e da moral. »

Ainda bem, que vemos o douto censor de accôrdo comnosco a respeito d'esta suppressão; mas o que nós não podemos fazer é concordar com os seus motivos, se é que bem os podemos comprehender.

Não deve restabelecer-se esta instituição, diz o douto censor, porque está suppressida *de facto* pela extincção do Desembargo do Paço.

Primeiramente uma extincção *de facto* não é uma razão, nem racional, nem juridica. Uma instituição, que existe de direito, não pôde ser derogada *de facto*, mas sómente por lei, ou cousa que o valha. Em segundo logar as Ordenações do l. 1, t. 3, § 1, l. 2, t. 35, § 12, e a lei de 7 de janeiro de 1750, § 1 — não foram ainda revogadas.

Em terceiro logar, tanto se não acham de facto suppressidas as legitimações *per rescriptum*, em virtude da suppressão do Desembargo do Paço, que as suas attribuições a este respeito passaram, por Decreto de 2 d'agosto de 1843, art. 9, para a segunda Repartição Central da Secretaria do Reino; e foi ultimamente, por Decreto de 29 de Setembro de 1852, regulada a fôrma da sua expedição.

Em quarto e ultimo logar, por que nem mesmo de facto se acham suppressidos, pois diariamente se estão requerendo e concedendo similhantes *rescriptos*. A questão de saber se isto pôde ou deve continuar assim, é a unica

de que o douto censor devia occupar-se, como muito desejáramos que o fizesse, porque de certo muito nos poderia esclarecer. — Mas como o não fez, daremos a nossas razões.

A perfilhação (tambem chamada legitimação no nosso antigo Direito) não é mais que um reconhecimento solemne da filiação ou paternidade.

Este reconhecimento podia ter logar entre nós por diversas maneiras:

- 1.º Por auctoridade privada;
- 2.º Por decreto judicial;
- 3.º Por diploma regio ou provisão (*rescriptum Principis*).

1.º

O reconhecimento por auctoridade privada sómente podia ter logar em relação aos filhos naturaes de peões, que a lei eguala aos legitimos, por uma singularidade do nosso direito sem exemplo na Europa moderna (a); ou para o effeito do cumprimento de obrigações geralmente impostas pela lei em relação aos filhos esurios.

2.º

O reconhecimento por effeito de decreto judicial, só podia ter logar quando os direitos mencionados no numero precedente eram contestados, ou fosse pelos proprios páes ou fosse por outros interessados.

(a) Veja-se o que a este respeito notámos em o nosso livro *Philosoph. do Direito*, cap. 1, pag. 316.

3.º

O reconhecimento por diploma regio era necessario quando os páes pretendiam assegurar a seus filhos direitos, que a lei geral lhes não concedia. Então esta auctorisação suprema era necessaria, porque a pretensão importava uma dispensa na lei, era uma verdadeira Graça.

A filiação natural era um impedimento para certas honras, como entrar nas ordens de cavallaria, e para succeder aos nobres; e a filiação incestuosa, ou adulterina, era um impedimento para que os filhos não podessem succeder a seus páes.

O impedimento politico está hoje abolido pela constituição do Estado; mas achando-se em vigor os impedimentos civis, que a mesma lei considerava injustos na sua disposição absoluta, é manifesto que mal poderia supprimir-se o correctivo introduzido pela legitimação real, sem que primeiro se reduzisse a regra geral a termos racionais.

Foi isso o que nos propozemos fazer no nosso Projecto. É preciso que a lei seja igual para todos, — é preciso que exprima uma regra certa e inalteravel, independente de qualquer arbitrio. Conceder ao Executivo a faculdade de dispensar na lei, é uma anomalia incompativel com a divisão dos poderes, consignada na lei fundamental.

Eis-aqui porque, e como, supprimimos a legitimação por diploma real.

A perfilhação para nós é um acto puramente de Direito civil, que precisa, sem duvida ser authenticado; — mas que, debaixo d'este ponto de vista, não carece de nenhuma authenticidade especial, expedida pelas Secretarias de Estado. Seria isto um vexame, um imposto desnecessario, e nada mais.

Passando agora ás considerações que o douto censor appresenta sobre a capacidade de dar maior amplidão á legitimação *per subsequens matrimonium*, e perfilhação, confessamos que mal podemos decifrar o mysterio das suas palavras.

Julga o douto censor que é de interesse social essa maior amplidão? E por que? Porque será um meio de formar e multiplicar as famílias, — porque convém não desatar, nem affrouxar os laços, que a natureza fórmas antes robustecel-os e sanctifical-os aos olhos da religião e moral. Examinemos cada uma d'estas proposições.

#### *Formação e multiplicação das famílias.*

Se o douto censor entende que é de interesse social que se formem e multipliquem as famílias, — não vemos que esta ampla legitimação de adulterinos, incestuosos, e sacrilegos — possa servir senão para destruir e aniquilar o que chamamos familia, que só pôde fundar-se na sanctidade do casamento.

Desde o momento em que a lei proclamar o princi-

pio — de que todos os filhos da devassidão, do crime. são legitimos, ou podem tornar-se taes, — a sociedade não será mais que um vasto lupanar. Os principios da moral e da Religião, tão conformes com os grandes principios humanitarios, serão desmentidos formalmente pelas provisões practicas da lei, e esta contradicção flagrante minará e contaminará todas as outras relações moraes e religiosas, pelo documento de incredulidade, formulado na mesma lei.

Somos severos na logica da moral, porque sabemos que o espirito é indivisivel, e que entre a verdade e o erro — entre os principios e as suas consequencias — não ha transacção possivel.

Se o homem não tem senão um meio legitimo de cohabitar com a mulher, escrevemos nós em outra parte (a), tambem não pôde ter outros filhos legitimos senão os que nascerem d'essa cohabitação legal. A paternidade impõe sem duvida obrigações naturaes, a que a lei não pôde deixar de attender. *Naturalia enim jura* (dizia Justiniano, com razão) *civilis ratio perimere non potest*; — mas essas obrigações podem e devem ser cumpridas salvos os principios do honesto. A lei não pôde conferir as honras da paternidade civil ao pae adultero, incestuoso, e sacrilego, — mas pôde e deve provêr á sorte de seus filhos innocentes.

Não conhecemos na sociedade interesse superior aos interesses da moralidade.

(a) Veja-se o nosso livro *Philosoph. do Direito*, pag. 321.

Se o douto censor não attende senão ao facto material da propagação da especie, — está também illudido, se imagina que o favor prestado á incontinençia seja um meio proprio para que se consiga esse fim. Os lupanares são estereis.

Mas convém, diz o douto censor, não desatar, nem affrouxar os laços que a natureza fôrma. Que se pretende dizer com isto? Que entre a paternidade legitima e illegitima não deve haver differença aos olhos da moral e da lei? Parece-nos que o douto censor não reflectiu bem na applicação que fazia de um principio, aliás verdadeiro. A lei não pôde atar, nem desatar o que é naturalmente inherente á paternidade e filiação, — ou seja em quanto ao facto, ou seja em quanto aos sentimentos e obrigações essencialmente inherentes a esse facto.

A lei não prohibe aos páes (pelo menos em nossa concepção legislativa) que ame aquelle a quem deu o ser, que proveja á sua subsistencia, — pelo contrario assim o determina expressamente; — o que ella sómente não pôde permittir é que esse pae, que infringiu as leis sociaes, deixe de ser stygmatisado, esbulhado das honras civis da paternidade.

Affigura-se-nos que o douto censor ha de ser o primeiro a retirar esta sua censura, — quando vir o modo por que procurámos conciliar em o nosso Projecto estes diversos interesses.

Parece-nos que temos tocado todos os reparos que o douto censor se dignou dirigir-se no seu prefacio; — em

os numeros seguintes nos occuparemos das suas observações a cada um dos artigos do nosso Projecto.

..... *Si quid novisti rectius istis  
Candidus imperti, si non, his utere mecum.*

HORAT.

Lage, 20 de Janeiro de 1858.



## Post-scriptum.

Depois de termos escripto estas rapidas considerações, recebemos dous numeros do jornal — *A Nação* — em que os seus illustrados Redactores começam de occupar-se das Observações do sr. Moraes Carvalho, e do nosso Projecto. Damos os nossos sinceros parabens ao paiz e a nós mesmos. Sentimos reanimar-se o desalento, que se havia apoderado de nosso espirito, ao vêr que ainda ha 'neste paiz quem possa elevar-se á altura que demanda uma discussão d'esta natureza.

O Codigo não pôde ser utilmente discutido senão no campo da verdadeira sciencia, e da mais escrupulosa imparcialidade; e vemos que ninguém melhor que os illustrados Redactores d'aquelle jornal poderá satisfazer a estas condições.

A justiça desconhece partidos, assim como não faz distincção de pessoas: — o justo é a unica divindade a que prestam culto os verdadeiros Levitas do Direito. Os illustrados Redactores o reconhecem, e por certo que serão fieis aos dictames da sua consciencia.

Pelo que nos toca aproveitaremos devidamente as suas sensatas correções: e d'ellas nos faremos cargo na continuação d'este nosso exame.

---