

RESPOSTA

À SEGUNDA APOSTILLA

DO SENHOR

ANTONIO LUIZ DE SEABRA

POR

ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO



LISBOA

IMPRESA NACIONAL

1859

PREFACIO

Na advertencia, que precede a segunda apostilla, considera-se o sr. Seabra na obrigação de dar a razão do quanto propoz; igual deve ser a nossa de sustentar quanto censurámos. Confessa s. ex.^a que tem sido arguido de demasiado severo, e tenta provar que a isso fôra provocado pelas nossas observações, quando, pelo contrario, os escriptores publicos n'ellas encontraram deferencia e delicadeza; e não nos acoimaram de igual soltura e descomedimento.

Estranhámos, é certo, que se quizesse introduzir no novo código o *barbarico* preceito da morte civil; e, depois de havermos demonstrado as suas consequências e injustiça, exclamámos—*Que resta pois? sancionar a escravidão; restabelecer claramente o confisco; instaurar a tortura... Avante! Mais um passo... e te-*

remos, em jurisprudencia, recuado aos tempos do mais despotico barbarismo.— Parece que estas foram as expressões, que excitaram a atrabilis do nobre codificador, persuadindo-se que nós o tínhamos chamado— *barbaro, ignorante, retrogrado e despotico*—; e isto mostra ser a sua fibra mais impressivel que a da sensitiva.

Sendo axioma, por ninguem ignorado, a sujeição do homem ao erro, póde denominar-se erronea e absurda uma proposição, sem que isso equivalha a chamar ignorante a quem a sustenta; póde capitular-se de barbarico um principio, sem que isso importe a imputação de barbaro a quem o defende. Admira como espiritos elevados ignorem esta distincção!

A denominação de *barbarico*, dada ao preceito da morte civil, nem ao menos é invenção nossa. Na discussão do artigo 22.º do Cod. Civ. de Fr., o conselheiro Treilhard confessou, que não faltaria quem lhe objectasse— *Pourquoi souiller notre code de cette expression (mort civile) proscripée et barbare?*—; e não se queixou de que lhe chamassem barbaro. As phrases respeitantes ao restabelecimento da escravidão, confisco e tortura estão precedidas das palavras— *Que resta pois?*—, e seguidas das outras— *Avante! mais un passo...* Se alguem, sendo ellas tão claras, as não entende, a culpa não é nossa, é da paixão, que cega a razão.

Imagine-se porém que, em virtude de principios, que nós consideravamos dever fulminar, havíamos dado ao sr. Seabra esses nomes (asserção que a nossa escripta desmente); n'essa hypothese apenas teríamos

offendido a sua intelligencia sobre o objecto, o que a dialectica não pôde respeitar; mas tinhamos acatado a sua propriedade moral. E fez s. ex.^a outro tanto? Respondam as palavras=*espiritos malevolos*=, que nos dirigiu na primeira apostilla. Reconhece hoje que tem sido arguido de *nimia severidade*; mas, em vez de respeitar essa arguição, e evitar novo estigma, relapso reincide, dirigindo-nos na segunda apostilla a polida phrase=*É um aleivel*=S. ex.^a, escrevendo o seu projecto, pensou que não haveria um contradictor; as nossas observações feriram o seu amor proprio; e, quando a placidez de animo substituir o azedume e a irritação, então nos dirá se as suas palavras têm o cunho da urbanidade; e se esta pôde ter entrada em corações atrophiados de despeito.

Na sua=*Advertencia*=o sr. Seabra, que se arvorava em dictador soberano para proclamar a qualquer=*eximio philosopho progressista*=, diz, que não devemos queixar-nos de não lhe haver merecido esse diploma: não investigaremos a origem de tão elevada supremacia, nem arguiremos de injusto o soberano firman. Se algum tempo temos dado ao estudo da philosophia, é certo não termos podido (o que grandes escriptores tambem têm confessado) penetrar os seus altos mysterios, prégados por apostolos. que dogmatizavam a contradicção. Assim baldados têm sido nossos esforços: a mesquinhez do ingenho tem atraído a grandeza dos desejos.

*Tentou ave rasteira os vãos de aquia,
Queria o coração, não pôde o genio.*

Mas respeitâmos a Providencia, que nos ha collocado n'esta mediocridade, emquanto a immodestia da sciencia, ostentando aspirações á infallibilidade, nos olha de soslaio, ou como diz o energico Bocage:

*Emquanto pavonea inflado orgulho,
Cevando de illusões a idéa esteril,
Todo ufano de si, talvez de nada,
E os olhos de travez lançando apenas
Aos que em somenos grau quiz pôr ventura.*

Se o sr. Seabra, na elevação em que se colloca, inspirado privilegiadamente para ser o fundador de um novo systema (já promettido), dissipar as duvidas, e extinguir as divergencias dos philosophos; se trazer os homens, pela evidencia da demonstração, a um perfeito accordo sobre as graves questões da philosophia do direito; se poder formular os direitos naturaes absolutos e primitivos de maneira tão sem mysterio, tão definida e palpavel, que o codificador da lei civil não tenha a fazer mais que applicar ao edicto a sancção; o mundo, reconhecido, lhe ha de levantar uma estatueta, que, pela duração, affronte e vença a eternidade; e a gratidão com aureo cinzel lhe gravará na base os versos de Lamartine:

*Ce voile qui des lois premières
Couvrait les augustes mystères
Se déchire et tombe à ta voix.*

Essas nossas observações mesquinhas, e symbolizadas, pelo sr. Seabra, no ridiculo parto da montanha,

já o forçaram a fazer algumas rectificações e additamentos: n'outros pontos insiste com pertinacia; mas muitas vezes recorre, para defender as suas erroneas asserções, ou as suas velleidades, ás contradicções mais manifestas, ás incoherencias mais palpaveis: suas opiniões estão em permanente antithese; e na sua auctoridade, sem fixidade de principios, podem encontrar um inesgotavel thesouro os seguidores do systema do probabilismo jesuitico. A sua dialectica é mais admiravel, que imitavel; e mais valioso seria o serviço prestado, se podesse ser mais consequente e docil, quebrando as azas á vaidade.

Na resposta que vamos dar á segunda apostilla, e que levará á evidencia este asserto, a nossa linguagem será forte incisiva e energica, qual a reclama a altivez do orgulho, qual a auctorisca o jus da reciprocidade; mas não conterà desprimores, que a civilidade fulmina e condemna, offendendo a honra do nosso adversario; nem ha de omittir o elogio devido ao seu merito. O sr. Seabra na confecção do projecto de codigo civil fez um assignalado serviço á sua patria; em outra, composta de homens, que não fossem, na expressão de Garrett, raça de ingratos, já esse trabalho estaria recompensado: e merece sê-lo amplamente, sejam quaes forem os seus defeitos. N'elle ha pouco a acrescentar, bastante a alterar, e immenso a cortar; mas cumpre aperfeiçoa-lo, e não arremessa-lo ao pó do esquecimento, nem deixar irrecompensada tão descommunal tarefa.

RESPOSTA À SEGUNDA APOSTILLA

SOBRE AS OBSERVAÇÕES

À PRIMEIRA PARTE DO PROJECTO

DE

CODIGO CIVIL

Oh do espirito humano infausta sorte!
Ou pretenda ignorar, ou saber queira,
São por um devanco às vezes d'outro.
Para a verdade que affanoso busca
É seu passo primeiro um erro às vezes.

DELLILE — *Traducção de Costa e Silva.*

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

TITULO I

DA CAPACIDADE CIVIL, E DO OBJECTO E NATUREZA DÁ LEI CIVIL EM GERAL

Artigo 1.º

Na observação respectiva foi o illustre Codificador arguido de haver confundido a capacidade civil com a capacidade jurídica: responde elle agora — É um aleive; porque a distincção resulta da leitura e combinação dos artigos 1.º, 3.º e 6.º; e devem conservar-se essas palavras, que contêem idéas diversas —.

O nobre Apostillador não disse que a nossa asserção era um erro; não disse que era um absurdo; disse que era um *aleive!*...

Deixaremos aos leitores fazer os commentarios a este descomedimento, que não sabe pesar agravos. Nós seguiremos diversa rota, porque nunca nos deslembrámos da maxima de Labruyère=*L'incivilité n'est pas un vice de l'ame; elle est l'effet de plusieurs vices, de la sottise vanité, de l'ignorance de ses devoirs, du mépris des autres, de la jalousie*==.

Esta questão já foi por nós sobejamente tratada na resposta á primeira apostilla a pag. 18; mas o sr. Seabra, de pensado, trata de fugir d'esse espectro, que a soltura de suas palavras, e a contradicção de seus argumentos haviam evocado; espectro que o vae seguindo, e seguirá, emquanto s. ex.^a não descer a uma discussão placida, e ennobrecida pela confissão honrosa de erros, que não podem dogmatizar-se.

Debaixo da rubrica=*Da capacidade civil*—ninguem, que tivesse idéa do que era classificação exacta, podia esperar que se incluísse a *capacidade jurídica*: o genero abrange a especie; a especie não póde abranger o genero. Esta simples consideração foi sobeja para nos persuadir que o illustre Codificador havia confundido a capacidade civil com a jurídica; pois não podíamos convencer-nos de que, sem criterio, se postergassem os claros preceitos da classificação em um projecto, que devia servir de prototypo; e muito menos que se lhe quizessem addicionar disposições, que estão fóra da sua esphera.

E não pararam aqui os motivos da nossa convicção: houve-os mais potentes, mais determinantes. O titulo 1.^o inscreve-se=*Da capacidade civil*=: o artigo 1.^o define a capacidade jurídica, fazendo-a consistir em ser o homem susceptivel de direitos e obrigações: no artigo 2.^o define-se o que se entende por direito *n'este sentido*; palavras que mostram a intima ligação entre os dois artigos: ahi mesmo se define o que é obri-

gação correlativa ao direito, dizendo-se ser dever *judicialmente exigível*. Com taes premissas formámos o seguinte syllogismo:—Se a capacidade, de que se trata, é a respectiva ao direito definido no artigo 2.º; se este direito é o civil, o que bem provam as palavras *judicialmente exigível*, annexas á definição de obrigação correlativa; segue-se que o dito artigo 1.º falla da capacidade civil, á qual é restringida a epigraphe do titulo; e portanto confundiram-se os termos, a que estão ligadas idéas distinctas—. Eis-aqui o nosso crime! Eis o grande aleive, que a nossa malignidade imputou ao sr. Seabra!

Consinta-nos porém s. ex.^a que declinemos a responsabilidade d'essa imputação immerecida, e que chamemos á auctoria o mesmo illustre Codificador: é esta a auctoridade, a que recorreremos quando carecemos desapressar-nos das torturas, em que possam collocar-nos os seus argumentos. O sr. Seabra, por uma complacencia maravilhosa e inexplicavel, é simultaneamente o nosso aggressor e o nosso defensor: dispara contra nós as settas, mas logo interpõe o p.º para receber-lhes os golpes.

A pag. 15 da segunda apostilla se encontram estas preciosas palavras=*A segunda observação é que effectivamente a palavra judicialmente, que se acha na definição de obrigação, deve ser supprimida, porque restringiria sómente ao civil a obrigação correlativa ao direito, aqui tomado na sua mais larga accepção*—Lêde, e maravilhae-vos! Aqui está a mais formal e explicita confissão do erro commettido! Aqui temos a completa justificação da nossa justa censura! Aqui temos s. ex.^a cantando a palinodia! E depois d'isto como ousa imputar-nos aleivosia? Será essa imputação um miseravel re-

curso do amor próprio, e da vaidade, para disfarçar o erro? Não é, certo, com taes conselheiros que os homens se engrandecem e avultam.—*Rien* (diz Vauvenargues) *ne présente les hommes si petits à l'imagination, rien ne les fait paraître si faibles que la vanité*—.

A palavra—*homem*—(dissémos nós na observação a este artigo) é aqui empregada como comprehensiva de todas as idades e de ambos os sexos; muitas vezes se lhe dá esta ampla significação, não obstante, com mais propriedade se poderia usar da palavra—*pessoas*—, indo assim de accordo com a divisão d'ellas em *physicas* e *moraes*, com a rubrica do titulo 6.º, e com a verdadeira significação juridica. O illustre Apostillador chama a esta emenda um *progresso retrogrado* de mais de vinte seculos; uma antigualha ou *velharia*, estygmatisada pela philosophia do direito; porque hoje entre homem e pessoa não ha distincção alguma; e condemna com o maior rigor as doutrinas de Toullier, que pretende que a pessoa signifique sómente a posição, que o homem occupa na sociedade, em relação aos seus direitos e deveres. Mal pensou s. ex.^a, dando esta resposta jocosa e faceta, que estava preparando o espelho para ver o seu retrato.

Homem e pessoa são termos que muitas vezes se empregam como synonymos; a jurisprudencia porém tem ligado a este uma idéa mais restricta, dando o nome de *pessoa* sómente ao homem considerado segundo o estado que elle tem na sociedade; sem que por isso se possa dizer que pessoa e estado são synonymos, inventiva do illustre Apostillador para assim conceber o que elle denomina—ridiculo paralogismo—. *Appliqué aux personnes le mot—état—exprime les qualités et les conditions, à raison desquelles elles ont des droits et des de-*

*voirs*¹==: qualidades e condições, que conferem direitos ou obrigações ás pessoas, não são as mesmas pessoas : não é mister mais que senso commum para discriminar esta differença ; por consequencia, sem risco de paralogismo, o artigo podia dizer que só as pessoas eram susceptíveis de direitos: e isso parecia-nos logico, visto que só se tratava de capacidade civil.

Um homem, diz Toullier², é todo o ser humano, ou seja ou não membro da sociedade, seja qual for a qualidade ou categoria que n'ella occupe, sua idade, sexo, etc.: uma pessoa é um homem considerado segundo a qualidade que elle tem na sociedade com todos os direitos, que lhe dá o logar, que elle preenche, e os deveres, que ella lhe impõe: assim, quando se falla do direito das pessoas, não se considera no homem senão o seu estado, senão a personagem que elle representa na sociedade, fazendo-se abstracção do individuo, e termina com estas palavras==*C'est dans ce dernier sens de personnage ou de rôle que le mot—personne—est employé en jurisprudence, pour opposition au mot—homme*==. Sirva isto de resposta a quem nos censurou, pensando serem nossas as palavras d'aquelle sabio escriptor.

E quem será este Mr. Toullier, que assim se exprime; que nos ha feito retrogradar ás antigualhas de mais de vinte seculos; e que excita as acres censuras do implacavel Apostillador? É aquella, cujo direito civil mereceu ser completado por Mr. Duvergier; aquella a quem este confessava respeito e admiração; e de quem, fazendo-lhe uma rapida biographia, terminou dizendo:==*Tel a été l'homme que l'opinion publique considère comme le plus grand jurisconsulte de notre époque*==.

¹ Carré, Encyclop. Modern., Verb. État civil.

² Toullier, Droit civil, Liv. 1.º Introd., n. 163.

Mr. Duvergier não só completou a obra de Toullier, mas annotou o que elle havia escripto, e declara que as suas annotações têm por objecto indicar os aperfeiçoamentos, que podem ter recebido as theorias: mas nenhuma fez á doutrina acima expendida, d'onde se infere que a ficou compartilhando; sendo portanto mais um personagem do *progresso retrogrado*.

Não nos deteremos com Vicat, que define pessoa = *homo cum statu suo consideratus* = porque não é dos mais modernos; mas não omitiremos as opiniões de outros grandes jurisconsultos. Domat ¹ a este respeito exprime-se d'esta fórma: = *Quoique les loix civiles reconnoissent une espèce de égalité qui met le droit naturel entre tous les hommes, elles distinguent les personnes par des certaines qualités, qui ont un rapport particulier aux matières du droit civil, et qui sont ce qu'on appelle l'état des personnes* =. Pothier diz ²: = *Les personnes qui sont l'object de nos lois coutumières sont celles qui jouissent de la vie civile* =; e não deixa de ser mais expressivo Mr. Carré ³ cujas são estas palavras: = *Un homme et une personne ne sont point synonymes dans le langage des lois: un homme est tout être humain, membre de la société, ou étranger à la société, quels que soient son état, son sexe, son âge etc.;... une personne, au contraire, est un homme considéré suivant l'état qu'il tient dans la société, et avec tous les droits que lui donne la place, qu'il occupe et tous les devoirs qu'elle lui impose* =.

Se havemos demonstrado que n'esse *progresso retrogrado* somos precedidos por escriptores anachronicos, e tão insigni-

¹ Domat, Lois Civiles, Liv. Prel. tit. 2.

² Pothier, tom. 1., chap. 2.º n.º 26.º

³ Carré, Encyclop. Modern., Verb. État civil.

ficantes como foram Domat, Toullier, Duvergier, Pothier, e muitos outros, o desdouro que d'ahi nos resultaria fica aniquilado com a honra de vermos a nosso lado uma summidade amestrada na philosophia do direito, um vulto gigantesco, que nos está indicando a estrada do verdadeiro progresso.

No artigo 7.^o do projecto diz o sr. Seabra que— a lei civil é igual para todos, e não faz distincção de pessoas—. Se pessoa fosse synonymo de homem, bastaria o primeiro periodo, e tudo estava dito: mas o illustre Codificador quiz fazer sobresair a idéa de que esse principio era sem distincção de pessoas; e isto indica que elle aqui empregou esse termo com relação á qualidade do individuo no estado social.

No artigo 411.^o do mesmo projecto se diz— que é permitido a todos *sem distincção de pessoas* pescar nos mares—. Se a palavra *pessoa* fosse synonyma de homem, teriamos o bello paralogismo de que era licito a todos os homens, *sem distincção de homens*, o pescar nos mares; e para o não conceber, é necessario crer que o illustre Codificador se referiu ás qualidades ou condições das pessoas, d'onde emanam os seus direitos e obrigações sociaes.

Quando isto não fosse assás claro lá estava o artigo 991.^o em que se diz— que a lei concede a certos credores em razão da qualidade de seu credito, ou de suas *pessoas*, o direito de hypotheca—. E quem são essas pessoas? São as que se mencionam no artigo seguinte; o coherdeiro, o consorte, o vendedor, o permutante, o doador, os menores, os interdictos, etc.; isto é, são aquelles que representam um certo papel na sociedade, aquelles que têm certa qualidade, que lhes confere esse direito. Aqui temos pois consignada a verdadeira differença juridica entre homem e pessoa, differença que só poderia negar

quem ousasse afirmar, que a lei concede o direito de hypoteca a certos credores em rasão da qualidade de homens; o que equivaleria a dizer, que os credores não hypothecarios não eram homens.

O nobre Codificador tanto estava de harmonia com as nossas doutrinas, que não duvidou dar ao titulo 6.^o a inscripção — *Das pessoas moraes* —, inscripção aquella, que não só contém a distincção entre as duas expressões, mas envolve a idéa da divisão de pessoas em physicas e moraes, de que se servem muitos juriconsultos. E como sáe s. ex.^a d'esta difficuldade? Reconhecendo a sua inconsequencia na 2.^a apostilla, dizendo a pag. 10: = *A unica emenda, que teriamos a fazer, seria substituir na rubrica do titulo 6.^o as palavras — pessoas moraes — pela palavra — corporações ou associações* =.

E que rasão póde justificar esta reconsideração? Que odio serodio é este de s. ex.^a contra a denominação de *pessoas moraes*, que se vê forçado a engeitar? O sr. Ferrer diz: = *Assim como a natureza une todas as faculdades do homem, assim a sociedade liga todos os socios. Esta analogia justifica a denominação de pessoa moral, ou ser colectivo, dada a todos os membros de uma sociedade*¹ =. O illustre Codificador adoptou esta linguagem juridica, e hoje a repelle para ter o prazer de combater-nos, e para que não lhe argúa essa inconsequencia algum novo commentador.

Para arguir a sua falta de coherencia não se carece de novo commentador; nós lh'a notámos quando dissemos, que substituindo no artigo 1.^o a palavra — *homem* — pela palavra — *pessoas* — se iria de acordo com a rubrica do titulo 6.^o Toda-

¹ Curso de Dir. Nat., § 337.^o

via, se o nobre Apostillador imagina que com aquella alteração tem conseguido o seu intuito, e resalvado a contradicção, é mais uma doce illusão, que vamos desvanecer-lhe.

No artigo 35.º do projecto se lê: *== Dizem-se pessoas moraes as corporações ou associações temporarias ou perpetuas* ¹ *==*. No artigo 604.º se diz: *== O estado, as camaras municipaes, e quaesquer estabelecimentos publicos ou pessoas moraes, etc. ==* Agora, diga-nos o sr. Seabra, essas corporações, essas associações serão as pessoas moraes, de que falla a philosophia do direito? Essa expressão será em contraposição a pessoas *juridicas*, segundo a phrase philosophica, ou em contraposição a *pessoas physicas* conforme a phrase juridica? O sr. Seabra tem tantos esquecimentos do que tem escripto, que se lhe póde applicar o que Virgilio dizia das almas que passavam o Lethes *== Et longa oblivia potant ==*.

Grandes philosophos e consummados juristas consultos não desdenham reconhecer a divisão juridica de pessoas em moraes e physicas, ridiculisada pelo estylo sarcastico e fulminante do illustre Apostillador. Ahrens ², que teve a honra de encontrar no sr. Seabra um posthumo inventor do seu systema já publicado ³, diz: *== Il importe de considérer la famille comme*

¹ Já o sr. Seabra corrigiu o erro, que lhe notámos, de chamar *pessoas moraes* sómente ás associações ou corporações *perpetuas*.

² Ahrens, Philos. du Droit. Part. Esp., sec. 3.ª cap. 3.º

³ O sr. Seabra no seu livro — *A Propriedade* — no cap. 4.º, tratando dos differentes systemas sobre a origem e fundamento do direito de propriedade, estabelece o seu; e orgulha-se da coincidencia d'elle com o de Ahrens, do qual só teve noticia quando começou esse capitulo. Ahrens tinha publicado a 1.ª edição da sua *Philosophia do Direito* dez annos antes; mas isso não nos auctorisa a negar ao sr. Seabra a originalidade do pensamento.

une personnalité morale, embrassant dans une unité supérieure tous les membres==: o que equivale a considerar a familia como pessoa moral.

Mourlon ¹, fallando dos corpos collectivos, diz:== *On les appelle personnes morales ou civiles, par opposition aux personnes naturelles ou physiques*==. O sr. Rocha ² estabelece a mesma divisão de pessoas em physicas e moraes. O sr. Ferrer ³, tratando da divisão do dominio, exprime-se d'esta fórma: == *O dominio se divide em pleno, quando uma pessoa physica ou moral, isto é, individual ou collectiva, tem todos os direitos, que o dominio encerra*==. Quando o sr. Seabra estabeleceu a inconsiderada asserção de que—os jurisconsultos, que têm indigitado similhante divisão de pessoas em physicas e moraes, ou não eram muito fortes na philosophia do direito, ou abusavam evidentemente dos termos, empregando-os com a maior impropriedade—de certo não pensou que estava dirigindo os seus encomios e cumprimentos áquelles grandes jurisconsultos.

Arranquem-se pois do projecto as paginas, em que se acham os mencionados artigos; oblittem-se as doutrinas d'aquelles conspícuos escriptores, e então será menos estigmatizavel o pedagógico entono do illustre Apostillador, fulminando o progresso retrogrado de mais de vinte seculos; então s. ex.^a se convencerá de que temos subida honra em nos acharmos infleirados n'esse prestito de macrobios millenarios, onde avultam profundos sabios; e muito mais por ver ao nosso lado o

¹ Mourton, Exam. du Cod. de Nap., liv. 1 pag. 63.

² Rocha, Instit. de Dir. Civ., § 54.º e 73.º

³ Sr. Ferrer, Philos. do Dir., § 131 n. b.

sr. Seabra, esse anjo tutelar, que nos não desampara nas maiores difficuldades.

Artigo 2.º

As considerações feitas ao antecedente, e as que foram exaradas na resposta á 1.ª apostilla, são bastantes para refutar o que pondera o nobre Apostillador. Assevera que definiu o direito natural, (definição que podia dar cabimento a longos commentarios, e que é impropria para ser inserta em um código civil, objecção que nunca teve resposta): nós entendemos que elle havia definido o direito civil; torna-se pois inutil toda a polemica. E para se conhecer de que lado estava a rasão, prestou documento sobejo a confissão de s. ex.ª de que a palavra—*judicialmente*—annexa á definição de obrigação, deve ser supprimida, por restringir *sómente ao civil* a obrigação correlativa ao direito. D'esta fórma nem nós carecemos defender-nos das arguições do sr. Seabra: s. ex.ª encarrega-se d'essa tarefa; e ao passo que parece querer deprimir-nos, ministra o pedestal para elevar-nos. Se as suas palavras são estudadas para produzir em nós o resentimento, os seus argumentos, as suas confissões, e as suas incoherencias, não podem deixar de excitar em nós o sentimento de uma viva gratidão.

Artigo 3.º

Define-se aqui o que seja capacidade politica, que respeita ao direito publico, e esta materia está collocada debaixo de um titulo, que trata da capacidade civil, respeitante ao direito privado. É o mesmo systema de comprehender o genero dentro da especie; e não podemos ser admiradores de tal classificação.

Se se pretendia, isso não obstante, definir aqui todas as especies de capacidade juridica, era consequente fallar tambem d'aquella, que respeita a outros direitos e obrigações regulados pelo Codigo Administrativo: o sr. Seabra diz que isso está na palavras— *direito publico nacional*—; e que não é culpa sua se estas philosophias do direito nos são estranhas: diremos que tambem não é culpa nossa se a philosophia de s. ex.^a o leva a confundir o direito politico com o direito administrativo; e a pensar que nas Institutas e nas Pandectas se achavam ensinadas estas materias; quando não pôde ignorar que o direito administrativo se achava antigamente confundido com o judicial, e que o principio da separação só foi proclamado pela Assembléa constituinte de França ¹.

Para que a evasiva do illustre Apostillador fosse procedente, cumpria-lhe demonstrar, que o direito publico nacional se restringia a tratar dos direitos e obrigações politicas, quando é certo que elle tem dois ramos e mui distinctos. Se tem por fim a organização e a repartição do poder, e os direitos e encargos, que o interesse geral confere, ou impõe ás pessoas e propriedades, a reunião das leis sobre esses pontos fórma o *direito politico*. Se trata do que diz respeito á defeza do estado, á gestão dos bens nacionaes, á percepção dos impostos, ao emprego das rendas do estado, á execução dos trabalhos de interesse geral, á fiscalisação e tutela dos interesses collectivos, e ás medidas de policia, garantidoras da ordem, da segurança, e da salubridade; a reunião das leis sobre esses objectos chama-se— *direito administrativo*. O illustre Apostillador, se tivesse visto estas doutrinas em Foucart ² e outros

¹ Belime, Philos. du Droit., liv. III cap. 4.º § 1.º

² Foucart, Element. de Dr. Publ. et Admin., 3.ª edic. t. I pag. 49.

escriptores de direito administrativo, por certo seria mais modesto na sua defeza.

D'esta fôrma o direito publico nacional comprehende não só os direitos e obrigações, reguladas pelo *direito politico*, de que falla o artigo; como os direitos e obrigações, reguladas pelo *direito administrativo*, de que elle não falla. Por outros termos: o direito administrativo forma um dos ramos do direito publico¹; mas não se deve confundir com o direito politico, que é assás distincto. Isto demonstra a rasão da nossa censura.

Artigo 4.º

Retirada, pela reconsideração mais positiva, da definição de obrigação a palavra—*judicialmente*—, insistindo-se em que se teve em vista definir o direito natural, e não o civil, e canonicada como primorosa a inclassificação notada, torna-se concludente a defeza do illustre Apostillador quanto á primeira observação. Sobre o resto faremos algumas considerações, que, resumiremos quanto possivel, evitando a prolixidade.

Dissemos que—todos os direitos e todas as obrigações têm a *sua base* na lei civil, ou seja auctorisando os actos conventionaes das partes, ou preceitando, independente d'elles, esses direitos e essas obrigações: e concluimos affirmando, que, em rigor, se pôde dizer, que não ha obrigação que não emane da lei civil.—O nobre Apostillador, usando de maravilhosa traça, d'aqui infere, por uma nova dialectica, —que nós estamos persuadidos que não ha direito que não seja creado pela lei civil, o que conduz ao grave absurdo de suppor, que os mesmos

¹ Mr. de Gérando, Inst. du Dr. Admin., n. 10.

direitos naturaes são creados pela lei civil, quando esta *não faz mais que reconhece-los e garanti-los*; pois, segundo a expressão de Ahrens, não é mais que a formula social do direito. — Protestámos contra semelhantes illações, que se não contêm na nossa doutrina.

A nossa impericia philosophica não chega a ponto de desconhecer, que existem direitos naturaes primitivos e absolutos; que esses direitos são anteriores ás leis civis; que estas devem ser, quanto possivel, conformes com aquelles: mas estas asserções nem implicam com as estabelecidas nas nossas observações, nem tornam logicas as deducções contrarias.

Se esses direitos naturaes estivessem formulados de uma maneira clara e definida, então a lei civil n'elles encontraria a sua disposição ou edicto, e não teria a fazer mais que addicionar-lhe a sancção: era n'essa hypothese que teriam cabimento as doutrinas do nobre Apostillador; mas, se ella se não verifica, se são tantas, tão varias e tão diversas as opiniões, como nos poderemos persuadir que a lei civil não seja mais que essa formula social do direito?

Os direitos originarios que o homem recebe da natureza são o direito da existencia, o de liberdade, o de apropriação; assim se diz no artigo 382.º do projecto do sr. Seabra: porém esses direitos podem ser limitados por lei formal e expressa, artigo 389.º Assim, aindaque alguém nos podesse convencer de que *limitar* direitos seja o mesmo que regula-los, quando os termos indicam idéas oppostas, quizeramos nos dissessem quaes são os diques d'essa faculdade de limitar os direitos originarios; quaes são os principios certos, que a tal respeito fornece a philosophia do direito; e se os direitos resultantes d'essas limitações tambem serão originarios.

Se consultâmos a historia, nas leis civis de quasi todos os povos, ainda os mais civilizados, encontrâmos o direito de existencia limitado até o ponto de tirar a vida ao cidadão; o direito de liberdade limitado a ponto de se decretar o degredo e prisão perpetua; o direito de propriedade ou apropriação limitado pelas leis de expropriação, da successão legitima, da primogenitura, da masculinidade, e até pelas de interdicção em virtude de sentença condemnatoria. E em todas estas disposições (algumas exigidas pela necessidade, outras insustentaveis), e especialmente nas disposições de outras legislações mais barbáras, em que se encontra decretada a escravidão, a servidão da gleba, o confisco, a tortura, a infamia, não haverá mais do que formulas dos direitos absolutos do direito natural? Prestam-se os seus principios a taes injustiças, a taes barbaridades?

Se a lei civil (prosegue o douto Apostillador) é que cria os direitos, segue-se que o legislador poderá dispor como lhe parecer da pessoa e bens do cidadão; a lei turca ou argelina será tão justa como a lei franceza ou ingleza: agora, redarguiremos nós, dizendo, se a lei civil não cria direitos e só os regula, segue-se necessaria e forçosamente que a lei turca e argelina é mera reguladora dos preceitos do direito natural, e portanto é tão justa como a franceza ou ingleza. O absurdo demonstra o erro da asserção.

Não se argumente pois confundindo o que é com o que deve ser: a lei turca é tanto lei para os turcos, como a franceza é para os francezes. Diga-se pois, e n'isso estamos de acordo, que a lei civil deve ser justa; tenham essa maxima sempre em vista os codificadores e legisladores; mas reconheça-se que a lei positiva, apesar de injusta, não deixa de ser

lei emquanto a sua sanção forçar á execução, emquanto não for revogada por outra mais justa—*dura lex sed lex*—é o sr. Seabra, que, contra os seus principios, reconheceu esse aphorismo a pag. 32. É por isso que Belime¹ define a lei civil: —*Um estatuto obrigatorio, emanado de uma auctoridade competente*—. É por isso que Delvincourt² diz: = *Les lois positives sont celles qui ne doivent qu'à l'homme leur existence, et leur autorité* =. Depois d'isto facilmente se concordará na nossa proposição, de que os direitos e obrigações civis têm a sua base na lei.

E esta asserção não equivale a dizer, como pensou o douto Apostillador, que todos os direitos civis provêm immediatamente da lei civil; o que é o mesmo que confundir a base de um edificio com os materiaes que a constituem. A lei civil pôde ser justa ou injusta; os direitos, que ella estabelece, podem ser derivados dos direitos naturaes, ou a elles contrarios: mas em todo o caso é ella a base d'esses direitos civis; e nenhum cidadão é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa senão em virtude da mesma lei.

Sem o pensar, o illustre Apostillador reconheceu, em parte, esta verdade, dizendo no artigo 4.º, que ha direitos e obrigações *por mera disposição da lei*; e na sua apostilla viu-se em torturas para poder conciliar esta asserção com a outra, de que a lei civil não cria direitos, mas só os reconhece e garante; e teve de fugir dos seus principios, e acoitar-se a uma disposição do Cod. Civ. de Fr., artigo 579.º, que diz que o usufructo se estabelece pela vontade do homem. Triste effugio para sal-

¹ Belime, Philos. du Droit., liv. iv cap. 2.º

² Delvincourt, Cours de Cod. Civil., tit. pr. sec. 2.ª

var inconsequencias! Essa vontade do homem, manifestada nos seus contratos ou disposições, não será regulada também pela lei? Não virá n'isso o illustre Apostillador a pôr-se em harmonia com a nossa opinião, de que os direitos e obrigações civis têm a sua base na lei civil, ou seja auctorisando os actos convencionaes das partes, ou seja preceitando, independente d'elles, esses direitos e essas obrigações? E essa lei civil, que estabelece o usufructo em certos casos, seja ou não pela vontade do homem, não deverá ser emanada dos principios do direito natural? E n'este caso, como é que, attentas as doutrinas do illustre Apostillador, se pôde dizer que ella cria direitos?

Terminaremos este assumpto transcrevendo algumas palavras da apostilla a que respondemos: a pag. 101 se diz:== *Que é o direito de propriedade, que aqui (na Carta) é garantido em toda a sua plenitude? Este direito, diz o artigo 2:339 do nosso projecto, é a faculdade de gosar e dispor livremente de qualquer cousa ou direito. Mas pôde existir propriedade, ou semelhante direito, sem que a lei civil o reconheça, regule e defina?... Logo, se não é propriedade senão o que a lei considera como tal, é evidente que só pôde ser garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade que a lei reconhece. Por outras palavras, a lei pôde limitar ou modificar este direito segundo as circumstancias, ou a especialidade sobre que recair o mesmo direito; e o direito de propriedade, que então deve ser garantido em toda a sua plenitude, é este mesmo direito, assim definido ou constituido. Estas palavras—em toda a sua plenitude—não podem ser entendidas de outra sorte sem absurdo, sem que se torne impossivel toda a ordem social==.* E a pag. 103 usa

d'estas palavras: *== Lei geral, que constitue, define e limita a mesma propriedade ==.*

Em face de taes doutrinas, que fica sendo o direito de propriedade? Aquelle que a lei civil *reconhecer, definir, limitar, modificar, constituir* (são palavras do sr. Seabra). Ora, se os limites do direito de propriedade dependem só da lei positiva, qual é a pedra para aferir a justiça ou injustiça das leis? Como se pôde negar que os direitos e obrigações civis têm a sua base na lei civil? O sr. Seabra, sem o pensar, está bem proximo das doutrinas dos philosophos, que sustentam, que a propriedade nasce e morre com a lei. Todavia é maravilhosa a sua coherencia de principios! Para nos combater aqui, affirma que a lei civil só pôde regular os direitos absolutos, aliás a lei turca seria tão justa como a franceza; para nos combater, quando trata da morte civil, onde argumentámos com a inviolabilidade da propriedade, diz que não se pôde garantir senão a que for definida, modificada e constituida pela lei civil, o que é applicavel á turca e á franceza. É para lamentar que tão eminente philosopho esteja supportando a pena de Sisypho!

Artigo 5.º

Na respectiva observação dissemos que para se conhecer o objecto da lei civil bastaria a consignação das suas disposições, tornando-se desnecessario o artigo: responde agora o illustre Apostillador, produzindo em seu apoio a opinião de Blondeau, que nota a falta de semelhantes disposições no projecto de codigo civil dos Paizes Baixos, cujas palavras transcreve, e são as seguintes: *== Era necessario não sómente fixar a linha de demarcação entre o codigo civil e o codigo*

de processo, mas também discriminar por todos os lados os limites do primeiro==. Havendo nós sustentado, no prefacio das nossas observações, que algumas das disposições do projecto melhor assentariam em um código de processo, o nobre Apostillador em sua primeira apostilla, a pag. 27, disse: *==Declarámos todavia que muitas vezes apparecerão no código provisões, que segundo os nossos mesmos principios, deveriam antes collocar-se no código de processo; mas não se pense que o fizemos inadvertidamente, pelo contrario, procedemos muito de pensado*==; e depois d'isto passa a dar as razões do seu procedimento. Aqui temos apostilla contra apostilla: aqui temos o sr. Seabra respondendo ao sr. Seabra.

Querer estabelecer as raías do código civil; fixar a linha divisoria, que o separa do do processo; fazer patentes por todos os lados os seus limites; e introduzir-lhe a rede provisões que deviam pertencer ao do processo; será isto coherencia ou contradicção? Parece-nos que o illustre Codificador quiz fazer a epopéa do cahos!

Tambem ponderámos, que, sendo as acções os meios necessarios para a defeza e restituição dos direitos, devia essa materia pertencer ao código do processo, e não ao código civil. O sr. Seabra acha *penoso* ver-se forçado a descer a explicações, que nenhum jurisconsulto *medianamente instruido* devia precisar; e resigna-se a levar a sua cruz ao calvario: em verdade, deve ser penoso o martyrio da contradicção, e ainda mais a consubstancialidade do espirito sublime que inspira, com o espirito travesso que nega; em virtude do primeiro o sr. Seabra presume-se o fundador da nova lei; forçado pelo segundo converte-se no apostolo, que nega o mestre.

Reconhece que a nossa asserção seria exacta, se entendermos por acções os meios praticos 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 remontarmos aos principios determinadores d'esses meios ou garantias, veremos que o direito de acção pertence propriamente ao codigo civil : por outras palavras (diz s. ex.^a) o direito de demandar em juizo pôde ser considerado debaixo de dois aspectos diversos, conhecidos entre os jurisconsultos modernos sob a denominação de principios *determinadores* e *sanccionadores*; e conclue asseverando, que aquelles pertencem ao codigo civil, e estes ao do processo. A tal argumento podiamos responder com as palavras da primeira apostilla a pag. 28=*o direito determinador depende inteiramente do direito sanccionador*=, dependencia esta que se não deve quebrar, separando esses direitos para dois codigos differentes: não obstante, será dado maior desenvolvimento a esta materia.

Mell. Fr. ¹ diz:=*Actiones nos hic accipimus non tanquam jura, quæ nobis competunt, sed tanquam medium jus nostrum in judicio prosequendi*=. Correia Tell. ² define:=*Acção é um remedio de direito para pedir ao juiz que obrigue outro a dar ou fazer aquillo de que tem obrigação perfeita*=. Da mesma fórma a define o sr. Rocha ³, e outros muitos; e pelo contrario Blondeau, e com elle o sr. Seabra, querem que as acções não sejam simples meios de tornar effectivos os nossos direitos, mas sim verdadeiros direitos; d'est'arte a questão

¹ Mell. Fr., Inst. Jur. Civ., l. iv tit. 6.º §. 1.º

² Corr. Tell., Tr. de Acc., § 1.º

³ Rocha, Inst. de Dir. Civ., § 171.º

fica reduzida a uma definição; assentada ella, as consequencias a deduzir tornam-se faceis.

Em sentido lato não se pôde duvidar de que as acções sejam direitos; mas n'esse sentido a expressão envolve maior amplidão do que imagina o illustre Apostillador: poderá todavia sustentar-se em sentido estricto, que a acção contenha um direito realisavel, independente e distincto do direito que a produz? Se os direitos são vantagens ou beneficios, para aquelle que os gosa, como diz Bentham ¹, poderá imaginar-se direito que não tenha um valor, ou obrigação que não tenha um encargo?

Se não ha direito sem obrigação que lhe corresponda, qual será a respeitante ao direito de acção? Satisfazer ao pedido... Essa já existia como correlativa ao direito anterior; e o demandado, de certo, não será a final condemnado em mais que o conteudo na obrigação originaria. Se a acção, como direito, deve ter um valor, quanto darão por ella alem do valor do direito, que a baseou? Pelo contrario, a acção, tornando litigioso o direito, diminue-lhe o valor; e direito, que se resolve em prejuizo, não merece as honras da denominação.

Alem d'isto, se a acção é um direito, é forçoso convir que esse direito pertence tanto a quem tem direito, como a quem o não tem, porque tanto um como outro podem intentar a acção. Parece pois improprio que se chame direito a uma faculdade, que pôde ser exercida por quem não tenha direito a exercer-la; e esta consideração levou um insigne escriptor ² a censurar os jurisconsultos, que consideraram a acção como direito.

¹ Bentham, Princ. du Cod. Civ., cap. 1.º

² Coffinières, Encyclop. Met., Verb. Action.

Prescindamos porém, por um pouco, de taes argumentos, e concedamos que a acção, em logar de ser meio, é direito; concedamos que são exactas as doutrinas que se apresentam; se o direito de demandar pôde ser considerado debaixo de dois aspectos diversos, conhecidos sob a denominação de principios *determinadores* e *sanccionadores*, é illação necessaria que ambos esses principios pertencem ao direito de demandar; ambos são direitos, e como taes os denomina o sr. Seabra na primeira apostilla: por consequencia todos elles deveriam pertencer ao codigo civil, que ficaria absorvendo o codigo do processo, supprimido por inutil.

O douto escriptor, o sr. Ferrer¹ assevera que no direito positivo os codigos de processo civil, criminal, etc. determinam a jurisprudencia do juiz, as fórmulas das acções, e toda a ordem dos processos até final execução. Belime², tratando do processo judicial, n'elle comprehende o conhecimento da natureza intima das diversas acções, a organização e jerarchia dos tribunaes, a instrucção do processo, as provas, as regras de julgamento, os meios e recursos para a sua reforma, as oppozições, as vias de execução, etc. O nobre Codificador pelo contrario quer agglomerar tudo isso no codigo civil, e deixar para o do processo sómente os formularios, em cujo caso não teriamos um codigo de processo, mas apenas uma collecção de formulas: e deverão amesquinhar-se a este ponto as proporções de um tal codigo? Deverá d'esta fórmula ser materializado, ou pelo contrario deverá a elle tambem chegar a influencia da philosophia? Quem pretender orientar-se sobre a importancia

1 Sr. Ferrer, *Philosoph. de Dir.*, § 250.º n. c.

2 Belime, *Philosoph. du Droit*, l. 3.º cap. 9.º § 1.º

e proporções de um código de processo, pôde consultar a nova obra de Raymond Bordeaux, intitulada — *Philosophie de la procedure civile*, e ficará convencido da distancia que o separa de um mero formulario.

Artigo 6.º

Reconhece o nobre Apostillador a disparidade que existe entre este artigo e o artigo 109.º, contendo materia identica; e convem em que, para evitar duvidas, se emende aquelle em harmonia com este; lembraremos que convem emendar tambem o artigo 1538.º, que é a terceira edição da mesma disposição; e isto deve convencer do quanto é util o evitar repetições.

A materia do artigo, em que se trata de definir a epocha em que se adquire a capacidade juridica, é das mais espinhosas; e nós nas nossas observações nos abstivemos de enunciar opinião, porque em todos os systemas encontramos inconvenientes. Consta-nos que na Associação dos Advogados se apresentaram immensas substituições a este artigo; e basta o erudito commentario do illustre Apostillador para justificar a nossa modesta hesitação.

Assevera-se que nenhum código attribue todos os direitos ao facto da concepção, o que seria um insigne absurdo, pois para adquirir direitos é indispensavel nascer com vida. O código de Dinamarca artigo 202.º diz: — *Pour succeder il faut nécessairement ou exister, ou être conçu à l'instant de l'ouverture de la succession* —. Estas palavras provam que basta ser concebido para succeder, e muito mais não sendo seguidas de outras que indiquem, como no código francez: — que é incapaz de succeder o infante que não é nascido. —

O código de Allemanha ¹ expressa-se quasi pelos mesmos termos, e especificando os incapazes de succeder, usa das palavras=*celui qui n'est pas conçu*=, e não torna incapaz aquelle que não é nascido. Imaginemos porém que existem outras disposições, que nós não conhecemos, nem o sr. Seabra cita, e vamos a occupar-nos do que mais interessa.

Não se pense, pelo que imos dizer agora, que vamos entrar nos vastos campos da philosophia, o que seria temeridade, sem primeiro ter obtido o diploma assignado pelo sr. Seabra; o que vamos ponderar são apenas duvidas, que desejaríamos fossem dissipadas pelo illustre Apostillador, insigne em taes materias.

Sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações: é n'isso que consiste a sua capacidade juridica ². Os direitos naturaes primitivos absolutos estão inherentes á personalidade humana: a lei civil apenas os regula, reconhece e garante ³; mas não pôde destrui-los: a qualidade de homem é innata, e não pôde perder-se, e por isso por nenhuma circumstancia, por nenhum facto elle perde a faculdade do direito ⁴. Mas em que consiste essa personalidade? Dizer que o homem porque é pessoa tem direitos, e que tem direitos porque é pessoa, é cair n'um circulo vicioso: para o evitar o mesmo Ahrens ⁵ diz, que a personalidade humana consiste na união de dois elementos distinctos, um absoluto, natural e divino, que se ma-

¹ Quando damos á collecção de leis de Allemanha a denominação de Código, não induzimos em equivoco, attenta a advertencia que precede as nossas observações, e que se escreveu para ser lida.

² Pr. de Cod. Civ., art. 1.º

³ Apostil. 2.ª, pag. 18.

⁴ Ahrens, *Philosoph. du Droit*, P. 1.ª cap. 3.º § 3.º

⁵ Ahrens, dit. P. 2.ª cap. 1.º

nifesta na rasão; outro finito, a individualidade: vae portanto filiar a personalidade n'essa rasão, que elle denomina *luz divina* para esclarecer o homem. O sr. Seabra ¹ diz que—entre as faculdades de que o homem é dotado se distinguem o instincto, a sensibilidade, e a intelligencia, sendo por esta que a sensação se eleva á categoria da idéa, da percepção; e a nossa existencia posta debaixo da salva-guarda da reflexão e previsão, apanagio exclusivo da especie humana, recebe o seu derradeiro complemento; que n'este encadeamento de causas e effeitos, n'esta correlação intima e necessaria entre os fins e os meios da existencia, n'esta lei da natureza é que se fundam os direitos imprescriptiveis do homem.—

Assentadas taes proposições, entra a nossa duvida, e perguntâmos; em que epocha se infiltra na individualidade essa luz divina, que deve produzir a reflexão e a previsão; ou, por outros termos, em que epocha começa a personabilidade, que é a base da capacidade juridica? Responda a philosophia; responda o sr. Seabra; e se poder demonstrar que essa maravilha se opéra no acto do nascimento, então ser-lhe-ha desculpavel capitular de insigne absurdo a attribuição de direitos ao facto da concepção.

No fim da gestação apparece o individuo dado á luz perfeito e capaz de viver; mas os partos intempestivos provam sobejamente que os fetos de poucos mezes já estão saídos do estado de embrião, e reduzidos a perfeitas creaturas humanas.

A sciencia medica ensina, que o estado de embrião termina aos tres mezes, achando-se então a creatura completamente organizada, e tomando o nome de feto. Numerosos

¹ Philosoph. do Dir., a pag. 7.

exemplos de infantes, que nasceram de cinco mezes, e viveram longo tempo, referem Avicenna, Diemberbroeck, Valimeri, Adr. Sigel, Paul Amman, Schenck, Vallésius, Ferdinand Menu, Capuron, e outros ¹: e todos os escriptores de medicina convêm em que o infante nascido de sete mezes pôde viver, e que são assás numerosos os exemplos que provam esta verdade. Partindo de taes principios, não nos podemos persuadir de que haja alguém que sustente, que o facto do nascimento traga comsigo a personalidade; e assim onde está a philosophia do principio, que só dá a capacidade juridica ao que nasce com vida? Não será n'este caso a lei civil destruidora dos direitos absolutos?

O infante, que nasce morto, mas perfeitamente organizado, mostra que teve desenvolvimento e vida: se existe a personalidade e a capacidade juridica antes do nascimento, o facto da morte não deve aniquilar, mas transmittir o direito; se só o nascimento com vida constitue a personalidade, os posthumos não podem herdar dos paes defuntos: estabelecer que a capacidade juridica se adquire pelo nascimento, mas que no individuo procreado podem recair direitos durante a gestação, é dar direitos a quem não tem capacidade para os adquirir: é estabelecer principios diametralmente oppostos.

A disposição do projecto, que nós tivemos no codigo do Cantão de Friburgo, tem uma genealogia muito antiga, reclamada pelo seu auctor, no Direito Romano, nas leis 2.^a e 3.^a Cod. de Posthum. Notaremos (já que se não contenta com a citação da fonte próxima) que essa materia tambem tem assento na lei 129.^a Dig. de Verb. Sign.; e que foi adoptada pela nossa

¹ Devergie, Méd. leg., cap. 11.^o

legislação, que considera o Direito Romano como subsidia-rio. Ord., liv. 3.º tit. 64.º, lei de 18 de agosto de 1769.

Pelo que respeita á legislação hespanhola, as leis 3.ª e 5.ª do tit. 23.º da Partida 4.ª; e lei 20.ª tit. 2.º da Partida 6.ª; e lei 8.ª tit. 33.º da Partida 7.ª, estabeleciam o principio conforme com as disposições da legislação romana. A lei 17.ª tit. 2.º liv. 4.º do Fuero Juzgo exigiu que a creatura vivesse dez dias, e fosse baptisada; a lei 3.ª tit. 6.º liv. 3.º do Fuero Real apenas exigiu o baptismo; e a lei do Toro é que exigiu o nascimento com vida continuada por vinte e quatro horas natu-raes, e o baptismo. Ultimamente o novo Cod. Hespanhol ¹ estabeleceu o praso de quarenta e oito horas, a cujo respeito diz Goyena, um dos seus eminentes collaboradores— que na ver-dade devia parecer sufficiente o praso de vinte e quatro horas estabelecido na lei do Toro; porém, que havia no seio da commissão pessoas respeitaveis, que consideravam como uma espoliação feita á familia do pae ou mãe defuntos, a subita transmissão de bens pela unica circumstancia de sobreviver a creatura vinte e quatro horas; e pretendiam prolongar esse praso muito alem dos dez dias do Fuero Juzgo; que por con-sequencia a consignação do termo das quarenta e oito horas foi uma especie de transacção. —

Diz o illustre Apostillador, para dar a primazia ao princi-pio, que adoptou, — que não pôde annuir ao systema de esta-belecer um praso depois do nascimento, porque a capacidade do individuo, como creatura humana, não pôde medir-se pela

¹ Este codigo, feito por uma commissão de grandes illustrações, não passa de projecto, ainda não approved, mas que nós muitas vezes citá-mos, attenta a auctoridade dos homens eminentes que o confeccionaram.

oscillação de uma pendula ; mas o seu systema produz os mesmos effeitos ; o feto, que morre um instante antes de sair 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 trata da viabilidade e maturidade dos fetos, ensina que o feto que não tiver cinco mezes nasce morto ; que o que nascer 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 ¹. 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 transmite-os ; no entretanto, que o de nove mezes, que morreu na occasião de um parto laborioso, nem adquire, nem transmite direitos.

A pendula do relógio que marca as horas da vida foi favoravel ao que existiu menos tempo. Se se quer prescindir 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 consequencia 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 succeder* ² =. 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

¹ Foderé, Méd. leg., T. 1.º cap. 11.º p. 306.º

² Pothier, Tr. de Success., cap. 1.º sect. 2.ª art. 1.º

que quer succeder nos seus direitos, Cod. Civ. de França artigo 135.º Ordinariamente os partos apenas são presenceados, alem dos domesticos, pela parteira; e deverá dar-se credito ao testemunho d'aquelles e d'esta? Sendo assim, não haverá lillio, 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.

Acresce, que ha immensos casos de morte apparente, assim como ha muitos indicios que parecem de vida em feto morto. O infante que nasce morto póde abrir a bôca, elevar os olhos, éstender os braços, as pernas, etc., e ser já cadaver: estes movimentos podem ser o effeito do ar atmospherico, que tende a penetrar nos pulmões, que obra pela primeira e ultima vez sobre a fibra muscular; assim o sustentam varios escriptores ¹.

D'esta fórma se os proprios professores se podem illudir sobre os signaes da vida ou da morte, o que não diremos dos casos em que apenas intervem 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, n'este systema, em que o recém-nascido nasça morto, ou morra logo depois de nascido, que não suscité renhidas questões, prolongados processus, despezas e odios; e as leis devem, quanto lhes seja possivel, evitar estes flagellos sociaes.

Se havemos nótado os inconvenientes d'esta doutrina, não

¹ Federé, Méd. leg., T. 1.º cap. 11.º.—J. Briand, Man. de Méd. leg., P. 1.ª art. 7.º § 1.º

dissimulámos que não são menores os que acompanham o systema da viabilidade ¹ estabelecido no codigo francez e outros, e seguido pelos-nossos escriptores Lobão e Rocha; e de bom grado nos associámos ás doutrinas de Savigny, bellamente desenvolvidas pelo sr. Seabra.

Bastaria ver as variadas definições de *viabilidade*, dadas por Foderé, 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 vicios de conformação, que excluem a viabilidade, relacionados por Devergie ², 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 satisfaze-lo. Quizeramos, se fosse seguro, que o acto da concepção fosse o que fixasse a capacidade juridica e civil, tornando o embrião habil para adquirir todos os direitos, porque considerámos que n'esse momento fica depositado no seio da mãe esse rudimento primitivo, esse germen, que depois se vae desenvolvendo, e apresentando os dois elementos—o da individualidade, e o da rasão—, em que os

¹ O douto Apostillador pensa que a palavra *viabilidade* traz a sua etymologia das palavras—*vita habilis*—e não de—*viv habilis*—persuadindo-se que esta opinião é sómente de Villepin, por nós citado. Deveremos dizer que é a opinião da maior parte dos medicos-legistas, o que affirmam Devergie, *Medic. legal*, cap. 11.º; Histen, *Diccion. de Medic.*, verbo—*viabilis*—: e só com esta distincção se póde estabelecer a verdadeira differença entre vitalidade e viabilidade.

² Devergie, *Méd. leg.*, cap. 11.º

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 desconhecer que o acto da concepção é cuberto de um véu 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; n'estas circumstancias, havendo a necessidade indeclinavel de ser tomado pela lei civil um arbítrio, escolheríamos aquelle em que divisámos menores inconvenientes, e considerámos como 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.

Havemos demonstrado a rasão por que dissemos que o systema adoptado no projecto não nos parecia o melhor; e a isso nos deliberámos para que se não imaginasse que tivemos o proposito de fazer censuras infundadas.

Artigo 7.º

Foi modificado pelo douto Codificador na ultima edição. Nada temos a dizer a seu respeito.

Artigo 8.º

Limitada foi a observação, que fizemos a este artigo, mas bastante para suscitar a longa dissertação do illustre Apostillador sobre o principio da não retroactividade das leis, transcrevendo as doutrinas dos juriconsultos, que cita, e especialmente de Merlin, que trata a materia magistralmente: faremos tambem sobre ella algumas considerações (sem lamentarmos, como perdido, o tempo n'ellas gasto), e mostraremos que, se não estamos em tudo de accordo com s. ex.^a, estamos mais approximados do que um e outro imaginavamos, sendo poucos os pontos de divergencia.

O principio da não retroactividade tem por objecto pôr diques ao arbitrio, e garantir o cidadão para que a segurança individual, e o direito de propriedade, não estejam oscillantes, e sem consistencia, sujeitos aos caprichos do legislador. O passado é passado; a lei regula o futuro; e são eloquentes as palavras a este respeito proferidas por Mr. Portalis na exposição dos motivos do codigo civil; mas não se considere tão absoluto o principio, que não possa haver casos que exijam a sua modificação, e se assim não fôra, a humanidade ficaria condemnada a um perpetuo estacionamento.

No tempo do imperio a constituição franceza do anno 3.º no artigo 4.º prohibia ao legislador o decretar leis retroactivas; mas nenhuma das constituições posteriores consignou esse principio. Em 1848 um membro da assembléa constituinte exigiu que, a exemplo d'aquella constituição, se proclamassè o principio da não retroactividade; respondeu-se-lhe que em certos casos a retroactividade pôde ser justa, humana, e necessaria; e que seria perigoso tirar ao legislador o

direito de decretar o que for exigido pela justiça e pela humanidade; e o principio não foi adoptado¹.

Se aquelle principio não fosse subordinado aos da justiça e da humanidade, não teria a lei franceza de 4 de agosto de 1789 destruido a servidão pessoal, e o feudalismo; não teria a de 14 de novembro de 1792 abolido as substituições fidei-commissarias; não teriam as leis de muitas nações dado os foros da personalidade aos escravos e filhos das escravas, que eram considerados como cousas; não teria o grande Marquez de Pombal providenciado, da fórma que o fez, pela lei de 9 de Setembro de 1769 sobre a instituição de capellas, de que tanto se havia abusado; não teria o mesmo estadista extinto os vinculos insignificantes, regulando os outros mesmo, quanto ao preterito, na sua sabia lei de 3 de agosto de 1770; não teria o incomparavel Mousinho da Silveira providenciado sobre o mesmo objecto, no decreto de 4 de abril de 1832, nem sobre foraes e doações regias no decreto de 13^o de agosto do dito anno; não teriam sido extinctos os dizimos por decreto de 30 de julho de 1832; não teria o sr. Aguiar, esse grande vulto politico, extinto as ordens religiosas; não teriam emfim existido as grandes transformações sociaes, sem as quaes as nações nunca saíriam do estacionamento primitivo, embora rude, e offensivo das normas de justo.

Exceptuando os casos extraordinarios, em que a imperiosa lei do progresso, não respeitando direitos, ou antes abusos, introduzidos por leis viciosas, tendo em mira os interesses do maior numero, os foros da humanidade, e os principios da justiça, introduz as salutaes reformas; deve o principio da

¹ Mourlon, Exam. du Cod. Nap., T. 1.^o art. 2.^o

não retroactividade ser o marco em que o legislador leia em letras indeleveis — *aqui finda o teu poder* —; e é de certo para isso que varias constituições, e a nossa, o tem adoptado. Mas não foi para o legislador, que faz as leis, que este artigo do projecto estatue o principio da não retroactividade; foi para o magistrado, que tem de as applicar, e n'esta parte é bem explicito.

Surge porém uma difficuldade. Supponhamos que a lei retroage claramente; que ella preceita, que seja applicada mesmo ao preterito; n'este caso poderá sustentar-se a doutrina do artigo? Não: o magistrado tem de applicar, e não de apreciar a lei; as suas funcções são de julgador, e não de legislador. Esta doutrina é sustentada por Merlin ¹, por Mourlon ², pelo sr. Seabra, e muitos outros; e de outra fórma o poder judicial invadiria as attribuições do poder legislativo, e do moderador.

Não podemos pois conceber que o artigo tenha applicação senão aos casos em que a lei não retroage claramente, e aos de lei interpretativa; e para introduzir alguma luz em questão tão complicada, partindo do principio de que — para haver retroactividade na lei, é mister que ella, não só mude o passado, mas que o mude em prejuizo de direitos adquiridos — firmaremos as seguintes premissas:

1.º A lei nunca se presume ter effeito retroactivo com prejuizo de direitos adquiridos.

2.º A limitação do direito, por meio de condição ou termo, não lhe destroe a sua natureza.

¹ Merlin, Repert. de Jur. V. Effet. refr.

² Mourlon, Exam. du Cod. Nap., T. 1.º ao art. 2.º

3.º A faculdade de acção conferida, ou auctorisada pela lei, emquanto não é reduzida a acto, não constitue direito.

4.º A simples expectativa, isto é, aquella que pôde ser destruida pelo facto de terceiro, não pôde constituir direito.

5.º Os que não existem não podem ter direitos alguns.

6.º A lei interpretativa fixa a intelligencia da lei interpretada, mas não pôde offender os direitos adquiridos, nem os actos consummados de diverso modo.

Estes principios, que são firmados por muitos escriptores, e em parte seguidos pelo sr. Seabra, são o fio que pôde guiar-nos no labyrintho de tão intrincada materia, e são elles os que podem resolver immensas difficuldades da não retroactividade, applicada ás questões attinentes ao estado, capacidade, ou incapacidade das pessoas; aos contratos gratuitos, ou onerosos; aos quasi contratos; ás successões testamentarias, ou legitimas; ás formulas dos actos publicos, aos actos do processo; aos julgamentos; ás execuções; aos delictos, e quasi delictos; ás prescripções, etc. As proporções d'este opusculo não comportam desenvolver aqui essa materia; e por isso nos limitaremos a indicar os pontos de discrepancia em que nos achámos com o sr. Seabra.

Capacidade juridica.—O illustre Apostillador, exemplificando a sua doutrina com a supposição de uma lei nova, que prolonga, ou encurta o praso da maioridade, ou da emancipação, sustenta que deve ser desde logo cumprida, salvos os direitos adquiridos no intervallo da prolongação do praso; e que se a nova lei encontrar o pupillo emancipado, ou já maior, deve voltar de novo á tutela, ou sujeição do poder paternal, seguindo n'isto a opinião de varios escriptores. Não podemos annuir a esta ultima conclusão, a despeito da veneração de-

vida a taes auctoridades. Pela maioridade ou emancipação o menor adquire o direito de reger sua pessoa e bens, como se fosse maior: a faculdade ou direito de acção já está reduzido a exercicio effectivo; e se a nova lei destroe o acto da emancipação, já consummada, ella vem a ter inquestionavelmente um effeito retroactivo com offensa de direitos adquiridos, o que não vae de accordo com a premissa terceira, estabelecida tambem pelo sr. Seabra a pag. 40 da 2.^a apostilla.

Imaginemos que o emancipado, no intersticio da emancipação á nova lei, fez contratos a que a emancipação o auctorisava; deverão elles ser cumpridos? Sem duvida, se nos responderá, pois são actos consummados. Mas replicaremos, e se a execução d'esses contratos tiver de se realisar em epocha posterior á lei, *quid juris?* Supponhamos que o emancipado ajustou uma empreitada, em que tem de empregar material e obra; que ajustou a administração de uma casa, envolvendo variadas transacções; que em conformidade do artigo 1291.^o do projecto contratou uma sociedade de bens e industria, e se estipulou que seria elle o gerente; n'estas hypotheses (e immensas outras se podem imaginar), ficarão sem effeito estes contratos, ou hão de ter execução? E os actos do empreiteiro, os do administrador, os de socio gerente hão de estar sujeitos ao poder paternal, ou á tutela? Quem se animará a affirma-lo? E no supposto da negativa não seria irrisorio, não seria um contrasenso, que o mesmo individuo fosse considerado capaz e habil para gerir os negocios alheios, e inhabil para administrar sua pessoa e bens?

Pela emancipação cessa tambem o usufructo dos paes; e não será isto um direito effectivamente adquirido para o emancipado? Não será retroactiva a lei que d'elle o privar? Mer-

lin¹, fulminando com razão o absurdo, que se quiz estabelecer, de que o usufructo dos paes era um direito indivisivel do poder paternal, vae buscar uma outra rasão, que não é mais defensavel, dizendo que o usufructo é o salario da administração: rasão esta, que conduziria a concluir que todo o administrador tem direito ao usufructo de todos os bens que administra; o que seria transtornar os principios da jurisprudencia, que estabelecem a verdadeira distincção entre usufructo e administração. Fugir para a omnipotencia da lei, é confundir o direito constituido com os principios da justiça, que nem sempre são harmonicos; é esquecer que se trata de organizar um novo codigo.

Faculdade de dispor entre vivos.— Diz o illustre Apostillador, que a lei póde constituir diversamente o emphyteuse, o censo, o vinculo; mas o que não póde é esbulhar o administrador, o senhorio, o emphytheuta do direito de que se acha investido, isto é, da propriedade; e que portanto os não possuidores actuaes, os que apenas gosam de um direito de expectativa, rigorosamente não terão que se queixar da nova lei; todavia, que é justo, que o legislador respeite mesmo esperanças fundadas.—A este respeito apenas divergimos emquanto considera que os que não forem actuaes possuidores não teriam direito a queixar-se da lei; pois, quanto aos existentes successores de vinculos, e quanto a prazos, em certas circumstancias, nos parece que ha considerações ponderosas a fazer.

Para na materia se estabelecer a doutrina verdadeira, cumpre saber o que se entende por simples expectativas. Mourlon

¹ Repert. de Jur., Verb. Effet. retroact., sec. 3.^a § 2.^o art. 8.^o

diz ¹: que como taes se devem considerar as que podem ser destruidas por facto de um terceiro, como a esperanza de um legatario, ou de um herdeiro presumptivo, quanto aos bens de homem vivo; porém, estará n'estas circumstancias o immediato successor de um vinculo? Poderá o administrador ou alguma outra pessoa priva-lo do direito de succeder n'elle, ou de transmittir esse direito aos seus successores? Se o immediato successor não tem direito positivo, e apenas direito de expectativa, por que rasão a lei o manda ouvir nos aforamentos, nas hypothecas, nas subrogações, etc.? D'esta fórma a lei, que alterar ou aniquilar os vinculos, deve resalvar, ou indemnizar, não só os direitos dos actuaes administradores, como tambem dos successores existentes ao tempo da sua promulgação, não carecendo de ter a menor consideração para com os não existentes, porque esses não são susceptiveis de direitos.

Esta mesma doutrina sustenta Merlin ² dizendo: = *Ainsi, sous le régime des substitutions fidei-commissaires, une loi postérieure, soit au contrat qui avait fondé une substitution graduelle ou perpétuelle, soit au décès du testateur qui avait fait une disposition du même genre, ne pouvait pas, sans retroactivité, priver de l'expectative qui en résultait, le substitué que se trouvait-né ou conçu au moment où elle paraissait.* =

Se um praso de vidas estiver na primeira, e na sua investidura se nomear para segunda ou terceira a mulher do emphyteuta, ou uma pessoa existente certa e designada, a nova lei não deve offender o direito d'essas pessoas, porque é um

¹ Mourlon, Exam. du Cod. Nap., tit. prelim. § 2.º

² Merlin, Repert. Verb. Effet retroactif, sec. 3.ª § 3.º art. 3.º n.º 11.

direito certo, que não pôde confundir-se com a mera expectativa. N'estas hypotheses e equivalentes não podemos conformar-nos com a doutrina do sr. Seabra.

Lesão e causas resolutorias. — O illustre Apostillador, reconhecendo que os jurisconsultos não estão de accordo a este respeito, sustenta que a lesão, resolução, e rescisão dos contratos importa uma faculdade, que a lei pôde retirar, ou modificar sem retroacção, comtanto que fiquem resalvados os direitos em exercicio por effeito d'essa concessão, e apresenta as razões expendidas por Meyer, com as quaes nos não podemos conformar. Firmado por lei o direito de haver a indemnisação da lesão, esse direito nasce com a celebração do contrato lesivo; e a lei posterior, que o aniquilasse, seria injusta como retroactiva: esse direito não se pôde confundir com a simples faculdade, e tanto que, para que cesse, é mister a prescripção, meio legal de adquirir e extinguir direitos.

D'esta mesma opinião é o citado Merlin¹ que diz: = *Que l'action en lesion, ayant sa cause dans le contrat même au quel elle est inhérente, et qu'elle rend, dès son principe, passible de rescision, lorsque la loi du temp du contrat l'admet, se n'est que d'après la loi du contrat qu'elle doit être admise ou rejetée* =; e mais abaixo² se expressa d'esta fórma: = *Les parties n'ont traité comme elles l'ont fait, que dans la confiance ou dans l'attente que, si l'une d'elles se trompait sur la valeur de l'object de leur convention, la loi viendrait à son secours et remédierait à la lesion qu'elle aurait éprouvée. C'est donc dans le contrat de la vente lui même que ce droit a sa racine.* =

¹ Merlin, dit. art. 4.º

² Merlin, dit. art. 5.º

A lei da lesão dá aos contrahentes uma certeza de que não serão grandemente lesados, e de que, se o forem, tem estabelecido um direito, que lhes garante a sua indemnisação; portanto, entendemos que a lei posterior, que quizesse destruir o principio da lesão, devia respeitar os direitos adquiridos por virtude dos contratos lesivos, anteriormente feitos; estabelecendo um praso dentro do qual elles podessem ser exercidos: esta doutrina até vae de conformidade com a que o illustre Apostillador estabelece respeito á prescripção, que elle tambem considera como faculdade, e não obstante sustenta que *será indispensavel prevenir o sujeito do direito, a fim de que possa usar do seu direito adquirido de acção*: é exactamente o principio, que queremos applicar ao caso da acção de lesão, ou rescisão de contrato.

Capacidade de testar. — Estamos de accordo que, como faculdade, pôde ser a todo o tempo modificada pela lei. Apresenta-se porém a questão: — Mas se o testador, habil, houver feito testamento, e depois esta faculdade lhe for retirada, valerá o testamento feito? —

O illustre Apostillador, reconhecendo que, segundo a sua regra, parece que deve prevalecer; não obstante, quer estabelecer-lhe limitação, e sustenta o contrario, pelas rasões seguintes: — 1.^a, a disposição testamentaria é um acto complexo, que não se considera ultimado, senão por morte do testador: 2.^a, a factura do testamento não passa de um projecto, que pôde ser revogado; e portanto não é acto consummado: 3.^a, não pôde resultar d'elle isoladamente direito algum, emquanto ao herdeiro ou legatario; porque esse direito só se adquire no momento da morte do testador. — Examinemos o seu peso.

A 1.^a rasão é summamente inconsiderada: o testamento para ser completo não carece de acto algum posterior; pelo contrario, o que é mister é que não haja acto posterior que o destrua, isto é, revogação: póde pois dizer-se que é um acto revogavel, mas não que seja um acto incompleto.

A 2.^a não merece as honras de uma resposta: a factura do testamento não passa de um projecto, porque póde ser revogado! Se a possibilidade da revogação converte o acto em projecto, as leis sancionadas não passam de meros projectos, porque podem ser revogadas: o testamento está nas mesmas circumstaneias: é uma lei, que o homem dicta sobre o que se ha de fazer dos seus bens por sua morte; é uma disposição completa e acabada; mas disposição que o testador, como verdadeiro legislador, póde revogar, porque não offende direitos adquiridos.

A 3.^a confunde o direito do testador com o direito do herdeiro ou legatario: não se offende o direito d'estes, porque elles apenas tinham uma simples esperança, uma meia expectativa: porém offende-se o direito do testador, que, tendo na lei vigente, ao acto de testar, o direito ou a faculdade de acção, isto é, de fazer testamento; e tendo-a levado a exercicio e effectividade, a lei posterior, que invalidasse, tornando-o incapaz, o testamento feito, teria effeito retroactivo sobre actos já consummados, o que é opposto ás bases estabelecidas pelo illustre Apostillador.

Com similhante doutrina vem a exigir-se no testador a capacidade de testar não só ao tempo da factura do testamento, como tambem ao tempo da morte; mas os que a seguem, para serem consequentes devem sustentar, que o testamento d'aquelle que morre tendo perdido, ou pela loucura, ou pelo ac-

cesso da febre, ou outro qualquer motivo, o seu juizo, é nullo e não produz effeitos, porque todas as legislações estabelecem (e o mesmo projecto no artigo 1895.º) que são inhibidos de testar os que não estiverem em seu juizo perfeito.

Finalmente respondemos ao sr. Seabra com o sr. Seabra. No artigo 1897.º do seu projecto diz elle:—*A capacidade do testador será regulada segundo o seu estado ao tempo em que o testamento for feito, excepto no caso do n.º 2 do artigo 1901.º, em que se attenderá ao tempo da morte do testador, e não ao da factura do testamento.*—Sem nos occuparmos com a injustiça da excepção, respeitante aos effeitos da pena capital, que temos combatido nas nossas observações ao artigo 361.º, e havemos de continuar a combater, só notaremos aqui, que, admittida a excepção, ella firma a regra em contrario; e se, segundo esta, a capacidade do testador se afere pela epocha da feitura do testamento, como se póde sustentar a doutrina contraria exposta na apostilla? Se em ambas ha verdade, quem nos convencer d'isso não terá difficuldade em nos demonstrar a quadratura do circulo.

As considerações até aqui expostas respeitam ás leis em geral, vamos agora a tratar das meramente interpretativas, a respeito das quaes vemos dois systemas oppostos.

O sr. Seabra quer que essas leis não possam resolver as questões em litigio, que não possam ser applicadas á intelligencia dos actos e contratos anteriormente celebrados, embora não executados: segue a doutrina apresentada pelo tribunal de Agen nas suas observações ao codigo civil francez que sustenta, que—*os contratos celebrados segundo a maneira constante de entender e applicar a disposição das leis, devem ser tão respeitados como as sentenças e transacções*

a que tem dado logar=; a do Chanceller de França que dizia: *=C'est son obscurité (da lei) ou son insuffisance qui sont acquises aux parties, et non l'évidence recente de ces dispositions=*; e a do conde Molé, que sustentava, que a lei declaratoria é sempre uma lei nova, que modifica a antiga, e que portanto nunca podiam ter logar as leis de interpretação.

Nós pelo contrario, escudados com immensas e boas auctoridades, seguimos que a lei interpretativa não contém disposição nova, mas sim a explicação do sentido escuro da lei anterior; que existem realmente, e sempre existiram, leis interpretativas; que ellas não podem offender direitos adquiridos, nem firmar a intelligencia de actos ou contratos já executados, nem alterar as decisões anteriores, mas que devem regular a intelligencia escura, e não definida, com relação a actos ou contratos anteriores, que não estiverem n'aquellas circumstancias, retrotrahindo-se ao tempo da publicação da lei interpretada: eis os dois systemas, sobre os quaes faremos algumas considerações.

O tribunal de Agen falla dos contratos *celebrados segundo a maneira constante de entender e applicar as disposições das leis*; se ha essa constancia de intelligencia e applicação da lei, é porque ella é clara; nunca suscitou duvidas; nunca sobre a sua interpretação divergiram as opiniões; e em taes termos a lei não é escura, é clara, clarissima, e não póde suscitar a necessidade de disposição interpretativa: se esta se desse, seria uma excrescencia abusiva, um proceder injustificavel que, com o falso pretexto de interpretação, ia estabelecer um direito novo.

Pedimos venia para nos affastarmos da opinião do Chanceller de França emquanto diz:—que o direito adquirido pe-

las partès é a obscuridade e insufficiencia da lei interpretada, e não a evidencia das disposições recentes—.

Este dito pôde ser considerado como engenhoso, mas não deixa de ser paradoxal, e absurdo:—que quer dizer direito á obscuridade e insufficiencia? É o direito á incerteza, é o direito ao arbitrio dos juizes. O principio geral da retroactividade só respeita os direitos certos, isto é, aquelles que nos não podem ser arrancados pelo arbitrio de um terceiro ¹. Portanto, esse denominado direito, que depende da vontade do juiz, sem que a parte possa queixar-se de injustiça, não entra na classe d'aquelles, que a lei não possa offender; ou, diremos melhor, que a lei não possa definir, e fixar.

Pelo que respeita á opinião do conde Molé, como o illustre Apostillador, conformando-se com ella, serve-se d'este dilemma—se a lei interpretativa não faz mais, que repetir o que se acha disposto claramente, é desnecessaria e absurda; se ordena cousa, que não esteja claramente na lei anterior, é uma lei nova, e cria um direito novo, que não pôde ser applicado aos factos anteriores—; deve, pensando d'esta fórmula, propôr a revogação do § 6.º do artigo 15.º da Carta Constitucional; porque é absurda a disposição que dá ao corpo legislativo a faculdade de interpretar as leis.

~~A lei interpretativa nem repete o que se acha disposto claramente, nem ordena ou cria direito novo, como presume o nobre Apostillador; ella explica o que é escuro, tornando claro o direito existente. Desçamos ao campo da exemplificação para melhor fazer sobresair esta doutrina.~~

A Ord. Liv. 4.º tit. 13.º § 10.º preceita que seja nullo o con-

¹ Murlon, Examen. du Cod. Nap., tit. prelim. § 2.º

trato em que se der lesão enormissima, mas não define o que seja essa lesão; os jurisconsultos têm-se dividido, pensando uns que deve ser de mais de dois terços, sustentando outros que se deve deixar ao arbitrio do julgador ¹. A lei que, definindo a lesão enormissima, conservasse a disposição da nulidade dos contratos em que ella interviesse, não estabelecia um direito novo, declarava, e interpretava a lei existente. O mesmo asseverámos respeito á Ord. Liv. 4.º tit. 46.º § 1.º, que para communicação dos bens no casamento, celebrado segundo o costume do reino, exige a copula; a cujo respeito os jurisconsultos se têm dividido, assentando uns, como Gama, Guerreiro, e Lobão, que basta a anterior; e outros, como Barbosa, Mello Freire, Borges Carneiro, e Correia Telles, que é indispensavel a posterior e sacramental; e isto tem dado occasião a decisões encontradas: a lei que viesse firmar a intelligencia d'esta Ordenação não criava direito novo, interpretava a lei existente.

O illustre Apostillador em vista da nossa asserção — que os contratos feitos antes da lei interpretativa, que tiverem de ser executados posteriormente, devem por ella ser regulados —, deduziu que nós queriamos que se violassem os contratos feitos, em que claramente se tivesse estabelecido direitos certos; que se violassem as transacções explicitas, mas em sentido contrario á lei interpretativa: justas eram as suas censuras se esse fosse o nosso pensamento; mas vemos que elle se occupou em edificar fortalezas para ter o gosto de as arrasar.

Os contratos, não sendo dos reprovados, são os que constituem a lei entre os contrahentes: se estes formarem um

¹ Silv. á Ord. Liv. 4.º ad Rubr., art. 4.º n.º 81.º, Correia Tell., Tr. de Acç., § 361.º n.º 2.º

contrato á sombra de uma lei escura, mas n'elle fixarem qual é a intelligencia que lhe dão, não pôde haver a menor questão, que para elles desapareceu a incerteza, a amphibologia; e nem o magistrado pôde interpretar a lei de diverso modo; nem uma lei posterior pôde offender esses direitos claros, certos, e definidos pelos mesmos contrahentes. Mas quando fazem o contrato, sem que n'elle desatem o nó; quando o contrato está não explicito e claro, mas dominado pela escuridade da lei, é então que nós queremos que elle, não tendo sido executado, seja regulado pela lei interpretativa.

Paulo tendo a Maria teuda e manteuada em sua companhia, ausentou-se para paiz longinquo, e de lá por procuração effectuouse o casamento; mas morreu sem regressar; ou, vivendo com ella, casou á hora da morte: serão meeiros em seus bens? Uma lei interpretativa da Ordenação, promulgada posteriormente, que declare que basta a copula anterior pôde ser-lhes applicavel?

Se o casamento fosse precedido de um contrato antenupcial, em que se declarasse, que elles casavam segundo o costume do reino, mas que entendiam que a communicação de bens dependia da união posterior e copula sacramental, a lei interpretativa não podia destruir o estipulado, porque estava claro, e não admittia duvidas. Se não tivesse havido contrato antenupcial, e os herdeiros de Paulo disputassem a Maria a meação, e tivessem feito uma transacção, fosse em que sentido fosse, esta tinha destruido para com os estipulantes a escuridade e incerteza da lei, e firmado os seus direitos, que não podiam ser destruidos pela lei posterior.

Imaginemos porém que nem tinha havido contrato, nem transacção nos termos indicados; a intelligencia do contrato de casamento, quanto á communicação, ficava dependente unica-

mente da disposição da lei: esta é escura, tendo sido entendida de diversas maneiras, e dando occasião a decisões oppostas; e n'estas circumstancias, que, se apparecesse uma lei interpretativa, nós sustentámos que o contrato devia ser por ella regulado, que os magistrados não tinham auctoridade de dar á lei interpretada uma diversa intelligencia, e isto pelos motivos seguintes:

Porque d'outra fôrma teríamos estabelecido o absurdo da primazia da interpretação doutrinal, ou antes do arbitrio judicial, sobre a interpretação authentica.

Porque a interpretação authentica tem a presumpção, de que firma a intelligencia conforme com o espirito primitivo do legislador.

Porque não considerámos, que a escuridade da lei possa firmar direitos certos.

Porque as esperanças, que são firmadas em a variedade de opiniões, e de decisões encontradas, não podem elevar-se á categoria de direitos.

Porque é mais util aos interesses da sociedade que por essa fôrma cessem, e se evitem immensas demandas, que a escuridade da lei alimentava, com manifesto prejuizo dos interesses das familias.

Esta nossa opinião, como reconhece o d.º Apostillador, não deixa de ter auctoridades em que se firma: alem do Direito Romano, e do Codigo de Sardenha, citado na observação, existe o de Hollanda, que no artigo 8.º admite o effeito retroactivo ás leis interpretativas; o da Prussia que nos artigos 19.º a 21.º determina que as leis interpretativas se applicuem ás contestações pendentes; e alem dos Codigos existem auctoridades de grandes juriconsultos.

Mourlon¹, que trata esta materia com proficiencia, diz:==
Les lois explicatives d'une loi antérieure, ayant uniquement pour object de déclarer que cette loi a toujours dû être entendue en tel sens, doivent nécessairement servir de règle même pour les faits antérieurs à leur promulgation; elles sont, en effet contemporaines de la loi qu'elles expliquent, à laquelle elles se rattachent par le fait même de l'interprétation. Il est bien entendu, au rest, que les lois interpretatives n'ont aucune influence sur les affaires déjà terminées par une transaction, ou par un jugement passé en force de chose jugée.==

Goyena² exprime-se d'esta fórma:== *La interpretation ó aclaration regirá aun en los casos contenciosos, pero no fenecidos por transaccion ó sentencia.*==

Belime³ diz:== *La loi interpretative rétroagit au jour de la loi interpretée, en ce sens que les contrats et les autres faits juridiques postérieures à la première loi, mais antérieurs à la seconde, doivent pourtant être jugés d'après celle-ci, quoi qu'elle n'ait été décrétée que depuis. Cela tient à ce que le législateur n'entend pas innover; il explique seulement ce qui était. Les deux lois ont le même principe, elles s'incorporent ensemble, elles se placent dans le même berceau;*== e depois passa a demonstrar que o contratante não pôde ter um direito adquirido ao pensamento do magistrado sobre a applicação da lei.

Malher de Chassat⁴, que mui profundamente tratou a ma-

¹ Mourlon, Examen. du Cod. Nap., tit. prelim. § 2^o

² Concordancias del Cod. Civ., art. 3.^o

³ Belime, Philos. du Droit., T. 1.^o liv. 4.^o cap. 3.^o § 1.^o

⁴ Malher de Chassat, Tr. de la retroactivité des lois, Pr. Gen. sect. 1.^a

teria, diz:— Si la loi précédente était obscure, ambiguë, ou rédigée de manière à donner naissance aux fausses interprétations, pourvu qu'elle renfermat virtuellement le sens qu'il importait de découvrir, et qui est devenu plus tard l'objet de la loi interprétative, je reconnais sans peine que cette dernière loi, bien qu'elle renverse toutes les interprétations précédentes, devait être considéré comme exprimant la pensée réelle et primitive de la loi interprétée, et comme elle se trouvera dès lors sa contemporaine.==

Podíamos transcrever a opinião de muitos outros escriptores, mas estes bastam para convencer o illustre Apostillador de que a nossa está escorada em boas auctoridades; e de que a censura não é destituida de fundamento.

Por fim o nobre Apostillador quer fazer sobresair a differença, que nota entre o seu artigo e as fontes, que lhe indicámos, para que ninguem pense que apenas se deu ao trabalho de copiar o que achou escripto, o que poderia servir para mais tarde se lhe disputar a propriedade do projecto. Sobre isto temos a ponderar:—primeiro, que não é de rigor que o texto esteja sempre em harmonia com as fontes; e que, se o nobre Apostillador tivesse lido a advertencia que precede as nossas observações, não teria feito similhante reparo; segundo, que o grande crime de lhe negar a propriedade do projecto já está consummado na nossa resposta á primeira apostilla. Reconhecemos que o illustre Apostillador desempenhou um grande trabalho, e fez um grande serviço; que é merecedor de recompensa honorifica, e retribuição pecuniaria, se a exigir; mas não lhe podemos reconhecer a propriedade, que se quer arrogar; terceiro, que se ninguem deve pensar que s. ex.^a foi mero plagiario, tambem ninguem se deve persuadir de que

foi sempre innovador (o que lhe era impossivel); e para que não pareça infundada esta nossa asserção, póde o leitor cotejar, alem de outros muitos logares, a materia que no projecto decorre desde artigo 934.º até 950.º com os artigos do Codigo de Hespanha desde 1752.º até 1767.º, e encontrará uma fiel traducção sem alteração de um só pensamento; e a dos artigos 1302.º e seguintes, com os do mesmo Codigo de Hespanha artigo 1575.º e seguintes, em que pouca divergencia se encontra;—e se a confrontação for feita com os outros codigos, bem poucas disposições se verão que possam aspirar aos fóros da novidade. Sirva isto de resposta á jactancia, e não de recusa ao merito.

Artigo 9.º

Depois de haver o douto Apostillador declarado, que o artigo o não satisfaz, e que por isso o decompozera na ultima edição; depois de haver n'esta apparecido de uma maneira, que não nos suscita objecção alguma, cessou o motivo da discussão.

Artigo 10.º

Como se assevera, que o pensamento, que presidiu á disposição do artigo, combina com a nossa observação; e se convem, para maior clareza, que se adopte o additamento do Codigo de Modena, por nós lembrado, estamos de accordo. Eis a utilidade da discussão: e taes confissões ou concessões não deshonram, ennobrecem.

Artigo 11.º

Se a contravenção ás leis imperativas ou prohibitivas im-

porta nullidade, aindaque não seja expressamente fulminada, é uma questão (diz o illustre Apostillador) das que mais tem atormentado os jurisconsultos; e para sustentar a affirmativa, que nós combatemos, estabelece o principio de que, a lei, ou decreto, ou prohiba, importa sempre a sujeição e obediencia, aliás não seria lei, ou seria apenas permissiva; que em consequencia a lei não póde legitimar os actos praticados em sua contravenção, e serão radicalmente nullos, salvo se a mesma lei decretar que de algum modo possam subsistir, ou sanar-se. Se este principio fosse admissivel, estava cortado o nó da divergencia, e só seria para lastimar, que objecto de tão facil solução tivesse atormentado os jurisconsultos; e ainda mais a cegueira de todas as legislações do mundo, que têm seguido diverso rumo.

Combinámos em que a lei, ou preceptiva, ou prohibitiva, deva ser sempre obedecida, e para isso é que ao edicto costuma unir-se a sancção; mas, quando esta não imponha a nullidade, será consequencia, que os actos, feitos em sua contravenção, sejam nullos? Não vemos, que ella se contenha nos principios; pois, para se fazer effectiva a obediencia, existem outros meios.

Entrando no campo da exemplificação, fizemos referencia ao artigo 228.º do Cod. Civ. de França, que prohibe ás viúvas contrahir segundas nupcias antes de passarem dez mezes, a contar da morte do marido, e perguntavamos se seria nullo o casamento feito com transgressão d'essa disposição? O nobre Apostillador responde: = *Seria se a lei não fizesse excepção, como faz, tanto no projecto como nos codigos estrangeiros.* — Pedimos venia para dizer, que isto é uma evasiva, que offende a exactidão.

O projecto do codigo do sr. Seabra, estabelecendo igual disposição, teve a cautela de determinar no artigo 1117.^o, que a contravenção não importaria algum outro effeito mais, que as penas comminadas aos contraventores; d'esta fórma ficava liquido, que o casamento não era nullo. Mas o nosso argumento não era deduzido da disposição do projecto, que n'esta parte ainda não tinha sido publicado: o nosso argumento foi tirado do Codigo de França, onde se estabelece a prohibição das segundas nupcias dentro dos dez mezes, e não se encontra providencia sobre os effeitos da contravenção, sendo mister que os commentadores digam uns, como Merlin ¹ impugnando Toulhier, que o tit. 4.^o do Cod. Civ. Fr. trata das acções de nullidade de casamento, e não comprehende o artigo 228.^o, o que equivale a dizer que não ha nullidade pela infracção das leis prohibitivas, sem ser claramente fulminada: outros, como Mourlon, e Rogron ², que essa disposição não contém um obstaculo prohibitivo, e que o casamento fica válido, com o fundamento de que = *nulle part nullité n'est prononcée* —: segundo o principio do sr. Seabra, estatuido no artigo 11.^o, de que tratámos, o casamento pelo Cod. Fr. seria nullo, por ser opposto a uma lei prohibitiva, e o nosso argumento permanece em toda a sua força, reconhecendo-se a inexactidão da generalidade com que o sr. Seabra se refere aos codigos estrangeiros.

Argumentámos mais com o artigo 123.^o do projecto, que prohibe ao que faz em separado o reconhecimento de um filho natural, declarar a pessoa de quem o houve, e perguntámos se a declaração, feita em transgressão da lei, importaria nulli-

¹ Recueil des Questions de Droit au mot-nullité, n. 7.

² Mourlon, Examen. du Cod. Nap., tit. 6.^o cap. 8.^o; Rogron les Cod. Fr. Expliq., commentario ao art. 228.^o

dade, o que nos parecia ser repellido pela razão e pelo bom senso. O illustre Apostillador responde, — que a razão e o bom senso exigem que, o que se faz contra a lei, não seja reconhecido por ella; que os paes, que a transgredirem, só de si se podem queixar; que o parócho e escrivão não escreveriam essa declaração se lhe não fosse feita pelo perfilhante. —

Vejamos a força d'estas rasões.

A Lei exige nos tabelliães habilitações para bem desempenharem as suas obrigações, e não exige essas habilitações nos contrahentes, que estipulam os contratos, o que seria tornar o povo todo jurisperito: O perfilhante apresenta-se ao tabellião, e diz-lhe — que quer reconhecer um filho, — que lhe faça a escriptura; — mas o tabellião pergunta-lhe o nome da mãe, e declara-o: de quem foi a transgressão, do estipulante ignorante, ou do empregado perito? E a vontade do pae não está sufficientemente manifestada? Com que razão o erro do tabellião ha de ser castigado na pessoa do filho innocente?

Por isso, com reconhecida justiça, o Cod. d'Hesp. artigo 126.º impõe multa ao parócho ou escrivão, que contravierem aquelle preceito, mas não annulla o perfilhamento. É singular o modo como o douto Apostillador se insurge contra as multas, dizendo que isso é pôr em almoeda o cumprimento das leis; que a igualdade das leis desaparece logo que se permite aos ricos o que se nega aos pobres; e adduz o caso do Quirite, que, com a bolsa na mão, esbofeteou o povo romano, para convencer o legislador da sua inepecia. Tudo isto parece poesia! O entusiasmo do estro muitas vezes produz seus devaneios.

Se a multa é uma pena, que merece as exprobrações de S. Ex.^a, substitua-a por outra; mas não queira que os resultados da ignorancia do empregado, que deve saber do seu officio,

recaia sobre o innocente: todavia, se aqui fosse logar competente, mostraríamos ao Sr. Seabra que as multas entraram na legislação penal de todos os povos da antiguidade; que entram em quasi todos os codigos modernos, como no de França, de Hespanha, dos Paizes Baixos, das Duas Sicilias, d'Austria, da Baviera, da Prussia, do Brasil, e de Portugal: mostraríamos com que condições ellas podem ser admittidas, e como se podem obviar os seus inconvenientes; mas pensâmos que isto seria uma digressão alheia dô nosso proposito; e nos limitâmos a admirar a affouteza, e denodo heroico, com que o Sr. Seabra fulmina certas proposições!

Sim, admirâmo-nos de tanta irritação, e ainda mais de tanta inconsequencia! O Sr. Seabra, para nos combater, esquece-se de si proprio; esquece-se das suas doutrinas; esquece-se dos seus actos; esquece-se do que tem escripto. No Decreto de 7 de Agosto de 1852, em que S. Ex.^a figurou como Ministro da Justiça, no artigo 12.^o n.^o 4.^o, e no artigo 28.^o, lá se acham impostas multas ás inobservancias da lei; e, sem sairmos fóra do seu projecto de codigo, vejam-se os artigos 218.^o, 577.^o, 729.^o, 2090.^o, e 2118.^o, e ahí se encontrarão disposições com a designação de multa pela sua infracção. Pretenderia S. Ex.^a pôr o desprezo da lei em almoeda? Quereria metter a bolsa na mão do rico para, a seu arbitrio, escarnecer do seu codigo, e convencer de inepecia o seu auctor? Desanima o combate com um contradictor, que, sem o minimo escrupulo, empunha a bigunea arma da contradicção, e com ella, tentando ferir o seu adversario, se suicida, deixando a este um vencimento inglorio.

Sustenta o illustre Apostillador, que todas as deliberações do conselho de familia, em que entre como vogal um que tiver sido removido de uma tutella, devem considerar-se como

nullas, segundo a doutrina do artigo ; e que a responsabilidade recahirá sobre quem lhe der causa. Isto prova o quanto, antes de serem adoptadas, devem ser meditadas, e ruminadas as innovações.

Se o juiz e o tutor ignorarem que o parente, chamado para fazer parte do conselho, já foi removido de uma tutela ; se elle, sendo intimado para comparecer, aceitar, ignorando a incapacidade, que a lei lhe fulmina, quem será o responsavel ? Se dos actos d'esse conselho, e dos contratos em virtude d'elles celebrados, resultarem grandes interesses para os menores, que conveniencia haverá em os annullar ? Pois não basta, como remedio, a restituição concedida aos mesmos, quando lezados ?

E se o voto d'esse vogal fosse vencido nas deliberações, ou nada influisse n'ellas, por serem baseadas no voto de todos os outros, ou da maioria, qual seria o fundamento da nullidade ? E com que rasão, os que contrataram em boa fé com um tutor, sabendo que elle estava judicialmente auctorisado, e os que contrataram em praça publica sobre os bens dos menores em virtude das deliberações do conselho de familia, hão de ficar sujeitos aos effeitos da nullidade ? Esta sem rasão não tem rasão ; e, se a tem, é tão methaphysica que não podemos penetra-la.

Receia o illustre Apostillador que a nossa doutrina sirva de auctorisar o desprezo e relaxamento da lei, que não será mais que letra morta ; para firmar esta proposição cumpria-lhe demonstrar, que as leis não podiam ter outra sancção que não fosse a pena de nullidade ; e que maravilhoças conclusões se não derivariam de semelhante principio ! Houve esbulho, annulle-se o esbulho, porque a lei o veda ; houve turbação, annulle-se a turbação ; nos assentos do registo civil não deve

haver entre um e outro mais do que o intervalo de uma linha coberta com um traço de penna (Projecto de Cod., artigo 2821.º); o parochio, em lugar de uma, deixou duas linhas de intervalo, em lugar de cobrir com traço de penna usou de tiralinhas; annullem-se todos os assentos de baptismo, casamento, e obito.

Argumentemos com cordialidade; deixemos o parollogismo e o sophisma, e convenhamos em que a lei, sem estabelecer como regra que a sua transgressão importa nullidade, tem immensos meios de se fazer respeitar; não sabemos de código ou de legislação alguma, que tenha adoptado a regra estabelecida n'este artigo; e nem por isso as leis têm sido letra morta; nem se tem auctorizado o seu desprezo e relaxamento.

O nobre Apostillador, para defender a sua doutrina, não deixou de recorrer á nossa legislação antiga e moderna; e posto se trata *de jure constituendo*, não fugimos a acompanhá-lo n'essa digressão, mostrando que em parte foi deficiente, e n'outra paralogistico.

Lei de processo criminal. — Cita-se a Ord. Liv. 5.º tit. 12.º, que consente que, em caso de appellação, possam os juizes supprir a falta de solemnidades, sendo os casos provados, e parecendo que convem, a bem da justiça, castigarem-se os culpados; mas alem d'ella existe o Regim. de 12 de Setembro de 1652, § 6.º, e 13 de Outubro de 1754, § 25.º, que estabeleceram que a nullidade dos autos se possa supprir nas Relações, se assim o pedir o bem da justiça. Existe o artigo 841.º da Noviss. Ref. Jud., que limita a nullidade aos casos em que a lei expressamente a decretar; em que sendo supprivel não for supprida; em que dando-se infracção de lei, houver pro-

testo ; e em que faltar alguma formalidade substancial, sem a qual se não preencha o fim da lei. Existe a lei de 7 de Agosto de 1852 (revogada), que citámos por ser obra do Sr. Seabra, na qual se designam os unicos casos, em que tem logar a nullidade nos processos crimes. Já se vê pois que S. Ex.^a não é de opinião de applicar a taes leis o seu principio.

Lei de processo civil.— Regida esta materia pela Ord. Liv. 3.^o tit. 63.^o, reconheceu o illustre Apostillador que ella permite o julgamento pela verdade sabida e provada, aindaque o processo seja mal ordenado ; e que estabelece algumas nullidades insanaveis ; este mesmo principio foi adoptado na Noviss. Ref. Jud., artigo 841.^o; e não deixa de ser terminante sobre a questão a disposição da lei de 19 de Dezembro de 1843, artigo 1.^o § 1.^o, onde diz: = *É nullo o processo em que houver preterição de algum acto essencial, ou de formula para elle estabelecida por lei com pena de nullidade.* = Tudo isto nos convence que o principio do Sr. Seabra, — *que é nullo tudo quanto se obra contra a determinação da lei* —, nem na legislação antiga, nem na moderna, jámais foi applicado ás irregularidades do processo. Mais abaixo veremos como S. Ex.^a se vê forçado a modificar a generalidade do seu principio, confessando que não tem applicação ás leis do processo civil.

Leis civis, imperativas, e prohibitivas.— Da Ord. Liv. 1.^o, tit. 3.^o § 4.^o, nas palavras: — *e os desembargos e sentenças em que se não guardem as Ordenações serão nenhuns* — e da Ord. Liv. 3.^o, tit. 75.^o pr. nas palavras: — *é nulla a sentença dada contra direito expresso* — quer o illustre Apostillador deduzir a nullidade proveniente da infracção, tanto das leis prohibitivas, como das preceptivas ; porque, onde a lei não distingue, tambem não devemos distinguir ; e a lei que é obri-

gatoria para os juizes, não pôde deixar de o ser para todo o cidadão. Parece incrível que S. Ex.^a não visse a verdadeira distincção, onde ella é tão palpavel, e se olvidasse de outras leis attinentes ao mesmo objecto.

A Ord. Liv. 3.^o tit. 75.^o pr., declarando nulla a sentença dada contra direito expresso, fixou a sua intelligencia por meio da exemplificação, dizendo: *== assim como se o Juiz julgasse directamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento ==*: é necessario pois que haja uma formal opposição da sentença com a lei, e essa não existe quando o Juiz decidir; v. g. — que, supposto ter entrado um vogal incapaz nas deliberações do conselho de familia, não tendo n'ellas influido o seu voto, ellas são validas e firmes: — que, supposto houvesse omissão de obrigar o curador a prestar fiança, sendo esta uma garantia da responsabilidade, os actos da curadoria são validos. Pelo contrario, se elle decidisse, que o inhabil podia ser vogal, ou que a fiança não devia ser prestada pelo curador, então é que as sentenças eram contrarias a direito, e como taes nullas. Eis-ahi a distincção, que o nobre Apostillador não descobriu.

Se houvera recordação do Alvará de 3 de Novembro de 1768, ahi se encontraria o preceito de só se attenderem para o caso de revista as nullidades litteralmente expressas nos preambulos da Ord. Liv. 3.^o tit. 75.^o pr., e tit. 95.^o, com o qual desapparece o argumento tirado da Ord. Liv. 1.^o tit. 5.^o § 4.^o; e o mesmo se deduz na Lei de 19 de Dezembro de 1843 artigo 1.^o, e até do Decreto do sr. Seabra de 7 de Agosto de 1852.

E que disparidade não existe entre o magistrado executor das leis, e as partes ignorantes do direito! Por isso a Ord.

Liv. 1.º tit. 5.º § 4.º positiva e distinctamente fallava de desembargos e sentenças, em que se não guardarem as ordenações; e não dos contratos e actos dos particulares, em que regulam outros principios.

Emfim, sobre este objecto não appellaremos para quantos jurisconsultos têm exercido o fóro; mas appellaremos, com confiança, para o sr. Seabra que nos diga; se, como magistrado, sempre entendeu e applicou as leis segundo o principio que estabelece no artigo 11.º do seu projecto; e nem carecemos da resposta, elle mesmo diz na apostilla a pag. 79 que quer *justificar a novidade, que a sua theoria apresenta.*

Feito este succinto e incompleto esboço do nosso direito positivo, e constituido, vejamos os fundamentos com que se tenta justificar essa novidade projectada. Recorrendo o illustre Apostillador á auctoridade, teve de primeiro se occupar em refutar a de Aguesscau, e Toullier, a que nós tinhamos recorrido; e depois passou a enumerar outros insignes escriptores, mas que infelizmente todos lhe são adversos; e por isso vê-se na necessidade de os refutar, ao mesmo passo que quer basear-se nas suas doutrinas.

Se um dos principios seguidos por Perrin é: *== sendo as nullidades uma pena, devem ser consideradas de direito stricto, e os juizes não podem irrogar senão as que se acham impostas por lei ==*; se outro consiste em que: *== em caso de duvida deve o juiz preferir a opinião favoravel á manutenção do acto ==*, poderá haver auctoridade mais avessa á innovação, que se tenta fazer na jurisprudencia?

Merlin, que foi o que mais profundamente tem tratado esta materia, e tambem o que mais tem sustentado o principio da

nullidade resultante da infracção das leis, tanto prohibitivas, como preceptivas, não ousou ir tão longe como o illustre collicador; antes faz completa distincção ¹ entre as cousas que são substanciaes aos actos, e aquellas que são accidentaes: não desconhecemos que ha difficuldade em formar uma exacta classificação do que é ou não substancial; mas não se queira cortar esta difficuldade com a espada de Alexandre, estabelecendo uma regra absoluta, d'onde devem emanar incalculaveis prejuizos á sociedade, pondo em contingencia a validade de quasi todos os contratos, e actos da vida civil, porque raro é aquelle em que se não possa descobrir alguma irregularidade.

O sr. Seabra, não tendo lei, nem escriptor, que lhe sustente a generalidade do seu principio, e não querendo deixar de o tutelar, attentos os deveres da paternidade, soccorreu-se á distincção de actos praticados pelas partes, nas suas relações juridicas, dependentes de facto seu, e actos encarregados pelas leis a officiaes publicos, e já convem em que se não deve applicar a nullidade aos actos formulados por official publico, *senão em caso de extrema necessidade, ou na presença de um grande interesse publico*; e, confessando a pag. 87 que o seu projecto contém diferentes formularios, convem em que ao artigo se addicione um paragrapho em que se declare: *— que as disposições que prescrevem a forma dos actos juridicos, que devam ser exarados por officiaes publicos, sómente importarão nullidade, sendo esta expressamente irrogada.* — Bem se vê que já temos desmoroñado uma grande parte do edificio da innovação, e lisonjea-nos vêr que as nossas humildes observações já tem dado origem a tantas rectificações. Applaudimo-

¹ Merlin Repert. verbo Nullité, § 1.º n.º 6.º

nos do effeito, sem nos considerar com jús a encomios: se ferimos o nosso adversario é porque tem calcanhar d'Achiles; se aluimos alguns dos setus monumentos, é porque tem pés de barro, qual estatua de Nabuchodonosor.

Artigo 13.º até 17.º

Não houve observações a estes artigos, o que mostra que só fizemos censura ao que nos pareceu merece-la. Diz o douto Apostillador, que apenas nos entretivemos com a exploração de algumas fontes, que nada tem de originarias: o leitor combine esses artigos com os do Dig. Port., d'onde foram extraídos, e ficará convencido de que apenas houve alteração de palavras, e não de pensamento.

Artigo 18.º

Quem ler este artigo reconhecerá a sua desnecessidade, pois não contém preceito algum, que defina, ou regule direitos ou obrigações.

O illustre Apostillador, com o pretexto de que pretendia mostrar a rasão com que se queixava, saltou ao titulo ultimo da primeira parte; deixando de responder ás nossas observações até ao artigo 360.º: não nos parece que tivesse rasão, pois as nossas censuras, especialmente sobre as disposições respeitantes á legitimação *per subsequens matrimonium*, não foram menos fortes. Mas s. ex.^a foge d'esse ponto, onde se fez patente a anomalia das suas opiniões, e a elasticidade dos principios, por elle estabelecidos, sobre moralidade. Escolheria melhor terreno para a pejeja? Vamos vê-lo.

TITULO XIV

DA INCAPACIDADE POR EFEITO DA SENTENÇA CONDEMNATORIA

Humano capiti cervicem pictor equinam
Jungere si velit, et varias inducere plumas,
Undique collatis membris, ut turpiter atrum
Desinat in piscem mulier formosa superne,
Spectatum admissi risum teneatis, amici?

HORAT.

SECÇÃO 1.ª

DOS CONDEMNADOS EM JUIZO CONTROVERSO

Artigo 261.º

Do apologo de Esopo, ridicularizando o escriptor Cyclicó, tirou Horacio a lembrança do = *parturient montes, nascetur ridiculus mus* =; e ahi, com igual designio, foi o illustre Apos-tillador buscar a epigraphe, que poz no alto das suas reflexões, sobre as observações que fizemos a este artigo: ao mesmo Ho-racio, que parece ter querido imitar o retrato, que Virgilio fez do monstro Scilla, fomos buscar a epigraphe acima tran-scripta, e faremos sobresair a allegoria, mostrando que a morte civil, tal qual se apresenta no projecto, aperfeiçoada pelo sr. Seabra, converte o condemnado em um verdadeiro monstro

Horaciano. Um ente, que consubstancia o ser e o não ser; que é morto, mas que vive; ou antes, que é o elo de continuidade entre a vida e a morte, assim como o Zoophyto o é entre o vegetal e o animal; um homem que é cidadão mas que não tem direitos politicos nem civis; que simultaneamente tem e não tem capacidade juridica; que ao mesmo tempo é digno e indigno, como se a dignidade fosse materia divisivel; não póde deixar de ser uma raridade monstruosa, cuja concepção promoveria o riso, se este podesse ter cabida em objectos tão ponderosos.

Maravilhou ao nosso adversario o dizermos, que a morte civil era uma morte artificial, que consubstanciava a liberdade com a escravidão, a vida com a morte, e que era a inhumação do homem vivo; e é exactamente isso, quando ella envolve a perda de todos os direitos civis, como, alem de mr. Cauvet, e Lepellitier de la Sarthe, o diz Mourlon ¹, cujas são estas palavras: *—La mort civile est une fiction en vertu de la quelle un homme vivant est réputé mort—*, e assás eloquentes são as de mr. Sedillez, quando no debate, que se suscitou pela discussão do projecto de Cod. Civ. Fr., elle disse que— com tal principio se chegava ao absurdo e á injustiça, e accrescentou: *—que la mort civile etait une spectre fantastique qui n'etait bon qu'à tourmenter les legislatureurs, et à deshonerer la législation.*

O illustre Apostillador reconhece esta verdade, transcrevendo a opinião de Demolombe; mas quer defender-se dizendo, que isso só é applicavel ao caso em que se considera morto um homem cheio de vida, e que continua a viver; mas

¹ Mourlon Examen. du Cod. Nap., L. 1.º tit. 1.º § 1.º

que não é essa a morte civil, que o seu Projecto admite, pois só priva dos direitos civis o condemnado á pena ultima em juizo controverso, e que se acha subindo os degraus do patibulo. Um dilemma destroe o parallogismo: se entre a condemnação e a execução não ha espaço, a morte civil, applicada ao morto, é um pleonasma risivel; se medeia espaço, as nossas objecções são procedentes: a sustentação d'estas pela ordem, em que as collocou a apostilla, melhor demonstrará aquelle asserto.

Primeira objecção. — *Nem ao menos se concede o dispôr da terça a bem da salvação da alma.* — Responde o illustre Apostillador, — que esta exigencia se acha satisfeita no artigo 1895.º do projecto, e com maior favor para o condemnado, que não é adstricto a certa e determinada applicação —. Quando tocámos n'esta materia não podiamos adivinhar que á regra generica estabelecida no artigo 361.º, se havia de fazer posteriormente uma excepção (então inedita), e que se havia de ir collocar tão distante do dito artigo que contém a regra; e nem se diga que lá era o seu logar proprio para ficar debaixo da secção, que tratava — *Dos que podem testar e adquirir por testamento* —, porque na mesma rasão se achava o artigo 365.º, permitindo ao inhibido dispôr por esse modo, e ficou destacado d'aquella secção.

A excepção não nos satisfaz, porque o nobre Apostillador bem sabe que nós não admittimos o principio; e a ampliação, que agora lhe estabeleceu, ha de servir de corpo de delicto para logo fazer avultar as suas inconsequencias.

Segunda objecção. — *É iniquo e barbaro condemnar um homem a duas penas, a duas mortes: a civil, e a natural.* — Não; — diz o illustre Apostillador, — a lei, que julga o homem

indigno da vida, não pôde suppo-lo digno de nenhum outro direito civil; o mais importa o menos. *Mors ultima linea rerum est.* — E quem concede á lei a faculdade de tirar a vida ao homem? Se nós negassemos o direito de impor a pena de morte, caducava a força da resposta; mas, abstraindo de tratar aqui essa questão, perguntaremos como é que o principio de — *a morte acabar tudo* — pôde justificar os effeitos da morte civil? É um enigma difficil de comprehender! Se os effeitos da morte civil ficam annullados pela morte natural, a morte civil é, como dissemos, uma excrescencia sem significação; se se concede a hypothese contraria, temos vigorando a applicação de duas penas, e ambas ellas bem pouco defensaveis.

Terceira objecção. — *Se houvesse um filho havido de justas nupcias, concebido no intervallo da condemnação á execução, elle não seria herdeiro do pae.* — O sr. Seabra nega a possibilidade da hypothese, porque o condemnado está entregue á vigilancia da justiça, e sequestrado inteiramente da sociedade; que mesmo não se pôde humanamente conceber que em taes circumstancias haja outras lembranças que não sejam as religiosas. — Da condemnação á execução pôde mediar longo praso; ha o recurso extraordinario ao Poder Moderador; este decide em conselho; a decisão é precedida do exame do processo; e temos visto constantemente sentenciados á morte estarem longos annos nas cadeias. Ora, durante esse tempo, o homem estará inhibido de fallar, e tratar com sua mulher? Haverá alguma lei, que lh'o vede? Estará absorvido sempre em contemplações religiosas? Não se tem visto muitos condemnados, já no oratorio, sem crer em Deus e nos mysterios da religião? A legislação franceza; postoque injusta, era conse-

quente; dissolvia o matrimonio quanto aos effeitos civis; e assim, não podia haver filhos legitimos posteriores á condemnação; o systema do Sr. Seabra tem aquelle inconveniente, e a resposta não pôde consistir em confundir a difficuldade, ainda quando existisse, com a impossibilidade; accrescendo que o condemnado pôde fugir da prisão, e ter filhos legitimos, emquanto não é de novo preso e executado.

Objecção terceira (aliás quarta). — *É contraria esta doutrina á Carta Constitucional, que não enumera a condemnação a pena de morte entre os casos que importam a perda dos direitos de cidadão*¹. O illustre Apostillador, respondendo, começa por estas palavras: = *É incrível a leviandade com que o douto censor se precipita nos seus juizos e asserções; ora nós vamos mostrar ao douto censor como se acha na Carta o que elle ali não pôde encontrar.* = Quando lemos este trecho, lembraram-nos os versos de Bocage na fabula do corvo e do pavão:

Mas que muito, se ha gente e gente grave,
Que em seus olhos não vê nem uma trave?

A palavra *banido*, diz o Sr. Seabra, de que se usa no artigo 8.º da Constituição, não quer dizer — *expulso do paiz* —; essa significação foi-lhe dada no Cod. Pen. Fr., e entre nós foi usada na lei de 19 de Dezembro de 1834, artigo 2.º, mas esta lei é posterior á Carta, e quando esta foi promulgada já nós tinhamos uma linguagem juridica e nacional, consignada na Ord. Liv. 5.º tit. 126.º § 7.º, que se inscreve = *Dos banidos* =,

¹ Esta objecção é formulada pelo Sr. Seabra; veja-se o que nós dissemos na observação respectiva.

e nos termos d'ella, banidos, segundo o extracto do Repertorio, são = *os absentes malfeitores condemnados pelos juizes da mor alçada* =. Com tal definição julga combater-nos. Vamos pois agora dar as provas da nossa leviandade.

O Sr. Seabra abriu o Repertorio das Ordenações; leu ahi o summario = *Banidos são os ausentes malfeitores* = e cheio de enthusiasmo exclamou — *inveni!* Bello achado! Com elle esmago o meu adversario; e mostro qual é a verdadeira linguagem juridica e nacional da palavra *banido!* . . .

Se aquellas palavras do Repertorio, que foram assim collocadas para apparecerem debaixo da inscripção — *Banidos* — forem transpostas d'esta fórma: — *os ausentes malfeitores são banidos* — que dirá o Sr. Seabra? Se o summario se presta a duas intelligencias, a obrigação era consultar a fonte, examinar a Ordenação, e ver o que d'ella se deprehendia. Eis-aqui as suas palavras no § 7.º: = *Sendo condemnados os absentes pelos juizes de mór alçada, elles os pronunciarão por banidos* =; e d'ellas não se deduz nem directa, nem indirectamente, que banidos sejam os ausentes malfeitores; mas sim que os ausentes malfeitores são banidos: o banimento é effeito da sentença, não é effeito da ausencia.

Se a letra clara da Ordenação não bastava a dar ao sr. Seabra uma idéa exacta do que era — *banido* —, devia consultar não os Repertorios, que são meros indices alphabeticos, mas os dictionarios juridicos, e no de Pereira e Sousa, escripto antes da Constituição, encontraria o seguinte: = *Banido se diz o que é condemnado a sair de um paiz com prohibição de tornar a elle* =. D'aqui se infere que a linguagem juridica e nacional anterior á Carta, era mui diversa da que o illustre Apostillador phantasiou.

Mas seja qual for a intelligencia (prosegue s. ex.^a) que se queira dar á Carta, é sempre certo que, quando trata do banimento, não cogitou senão dos direitos politicos, e não dos civis, combatendo o Dr. Rocha, que sustenta o contrario; e quer fazer sobresair o absurdo que se seguiria, de applicar a perda dos direitos civis ao que se naturalisasse, ou aceitasse emprego em paiz estrangeiro. Não entraremos n'essa questão, que para aqui considerâmos inutil; mas reflectiremos que, se pôde haver condemnados á morte sem serem banidos; se os condemnados á morte eram considerados servos da pena, como se confessa na apostilla; tambem não podemos comprehender como o que se naturalise ou aceite emprego em paiz estrangeiro, perca pela Carta, segundo a opinião do sr. Seabra, os direitos politicos, e não os perca o condemnado a degredo e prisão perpetua, nem o condemnado á morte, quando não fôr banido, pois nenhum d'estes casos lá é mencionado.

Cidadão (diz s. ex.^a) segundo a Carta, é equivalente de portuguez; importa a qualidade politica. — Porém como destruiria isso o argumento que fizemos nas nossas observações? O condemnado á morte (que não é banido) continua a ser cidadão portuguez conforme o artigo 8.^o da mesma Carta; segundo o artigo 52.^o do Cod. Pen., elle perde todos os direitos politicos; pelo artigo 361.^o do projecto perde todos os direitos civis; e assim teremos que o individuo, que pela Carta continua a ser cidadão, não tem direito algum nem politico nem civil. Será isto verdade? Poderá contestar-se esta deducção logica? Serão isto castelinhos de cartas, como se expressa o amavel Apostillador? De taes concepções não nasce o ratinho, mas vae-se desenvolvendo o monstro.

Objecção quarta (aliás quinta). — *Offensa do direito de pro-*

priedade.—Esta objecção foi deduzida do § 21.º do artigo 145.º da Carta Constitucional, que estabelece o principio da garantia da propriedade em toda a sua plenitude; mas o douto Apostillador, apartando-se da materia, que trata em outro logar (do que abaixo nos occuparemos), só cura aqui da questão—se o condemnado á morte deve ser privado da facção testamentaria activa, e os seus bens adjudicados aos herdeiros legitimos, ficando nullo o testamento feito.—Reconhece que muitos escriptores têm seguido, que o condemnado não deve ser inhibido da disposição de seus bens; porém sustenta a opinião contraria.

Em seu abono adduz as razões que se produziram contra essa introdução, quando em França se discutiu em 1854 a lei, que aboliu a morte civil; e, reconhecendo que ella nem se póde justificar pelo principio da intimidação, nem pela esperanza da emenda, soccorre-se á auctoridade de mr. Riché, Relator da Commissão, e de mr. Ronher, commissario do Governo, os quaes sustentam: *—que esta incapacidade é dictada por um pensamento moral e elevado, e entra na classe das indignidades; que foi suggerida como homenagem á moral, á dignidade da lei, e ao mesmo tempo como um estigma que devia ser impresso na fronte do criminoso—*. Estigma, que não opéra nem a emenda do delinquente, nem a intimidação aos outros, é uma concepção que parece ideal; e se o não é, não se lhe poderá descobrir a utilidade. Deixemos porém isto, e vamos ao amago do argumento: a interdicção é uma indignidade, aconselhada pela moral: *—Como poderá (exclama o illustre Apostillador) permittir-se a um homem que a justiça vota ao cadafalso, a um homem que condemna á grilheta, ao carcere perpetuo, que possa exclamar— dico testator et erit lex?—*

Se assim é, tem s. ex.^a de fazer emendas no seu projecto ; n'elle apenas comprehende, na inibição de testar, o condemnado á morte ; aqui diz que é indigno de ser testador tambem o condemnado á grillheta, e ao carcere perpetuo ; e se da indignidade provém a inibição, como é que estes não são excluidos de testar ? Quererá s. ex.^a consentir na offensa da moral e da dignidade da lei ? Que coherencia de principios ! Que elasticidade de moral ! Ou renegar a doutrina, ou emendar o projecto, eis o duro dilemma a que está reduzido-o nobre Apostillador.

Será indigno quem é condemnado á morte ? Fatal philosophia, que faz depender só dos juizos e paixões humanas a apreciação da moral ! Por um tal principio foi indigno um Gomes Freire ; foi indigno um Gravito ; foram indignos todos os que no cadafalso verteram o seu sangue pela liberdade ; foram indignos todos os martyres da religião. A moral aconselhava que nenhum d'elles podesse fazer testamento, e até esta indignidade comprehenderia o proprio Redemptor, que tambem foi condemnado á morte !!! Deixemo-nos de indignidades, consideradas como estigma ; os ferretes da ignominia foram invento de epochas, que já passaram : o seculo presente, nas nações illustradas, proscreeu o odioso cortejo de penas infamantes.

Indigno, segundo os principios da nossa antiga legislação, era aquelle que a lei declarava tal ¹ ; a indignidade era o resultado da pena infamante, como se deduz do Assento de 17 de Novembro de 1791 : hoje que essas penas estão abolidas, não é possivel sustentar, n'este sentido, o principio da indigni-

*

¹ Ord. Liv. 2.º tit. 26.º § 19.º ; Port. de Donat., Liv. 3.º cap. 31.º ; Almeid. e Sous., Tr Emphyt., § 272.º ; Mell. Fr., Liv. 4.º tit. 2.º § 13.º

dade. O illustre Apostillador, prestando preito a esta verdade, no seu projecto não falla em indignos, e colloca os proprios condemnados á morte, na classe dos inhibidos (artigo 1895.^o), mas, vendo que os nossos argumentos o desalojavam d'esse reducto, foi intrincheirar-se nas ruínas do odioso castello, que a philosophia e a civilisação já tinham derrocado.

O profundo philosopho Ahrens (pedimos venia ao sr. Seabra para citar algum philosopho) diz ¹: — que os direitos naturaes de personalidade se referem ou ás qualidades ou ás faculdades: os primeiros, como a *dignidade*, a *honra*, são não só absolutos, mas tambem *illimitados*: os segundos, que se referem ás faculdades ou acções, são sujeitos á restricção da vida social.—Se a *dignidade* é um direito illimitado, o sr. Seabra, estabelecendo o principio da indignidade, mostra-se menos philosopho que quem o combate; e sem o pensar, vae arrastado pela torrente do *progresso retrogrado*; phrased inventada por s. ex.^a, e que, attentas as suas doutrinas, serve de personifica-lo.

O condemnado á morte não pôde testar, porque é indigno! Esta indignidade é-lhe fulminada pela moral! Seria uma immoralidade conferir-se ao condemnado um poder semelhante!!! E é o illustre Codificador que no seculo presente sustenta taes principios?! Pois bem: mostre-nos enfão a sua coherencia, e responda-nos ás perguntas que vamos formular-lhe. A indignidade será algum corpo sujeito á lei da divisibilidade? A moralidade será alguma materia regulada pela lei da elasticidade? A rasão estará na simultaneidade do ser e do não ser? Sustenta o illustre Apostillador, que o condemnado á morte é

¹ Ahrens, Cours. de Droit Naturel, 1.^a Part. generale chap. 3.^o § 4.^o

incapaz de testar; que a moral lhe inflige esse estigma; que o homem votado ao cadafalso não póde ser testador e clamar *dico testator*, e concede-lhe dispor da terça, não só em bem da alma (o que poderia ter escusa nos principios da religião), mas a seu alvedrio; e jacta-se ainda d'esta ampliação? Concebe s. ex.^a a divisão da indignidade, de fórma que o mesmo individuo seja digno e indigno ao mesmo tempo? Acha immoral que o homem possa dispor de dois terços de seus bens, mas acha moral conceder-lhe o dispor do outro terço, e a respeito d'elle, poder exclamar: *== dico testator et erit lex?! ==* Responda, mostre a coherencia de taes principios! E se os seus conceptos não são monstruosidades, iguaes ás inventadas por Virgilio e Horacio, esmague o insignificante parto da montanha; mas não esqueça que tambem existem apologos e fabulas, que symbolisam e estigmatizam a inchação, e a vaidade.

Não deixou nem devia deixar de responder o illustre Apostillador ás observações ao artigo 365.º, em que se trata da mesma questão; e nós o seguiremos passo a passo nas suas considerações.

Primeiro argumento. — *Se é a sentença condemnatoria que opéra a nullidade do testamento do condemnado á morte, seria logico (postoque injusto) annullar o testamento posterior, mas não o anterior: se é o facto criminoso, não se póde justificar a annullação de testamento feito antes de perpetrado o crime.* — A isto responde o illustre Apostillador, que nós confundimos factos com direitos; que nas disposições de ultima vontade o direito considera duas epochas; primeira, aquella em que se faz o testamento; segunda, aquella em que se abre a herança; que em relação ao herdeiro, ou legatario, não ha direito adquirido senão pela realisação da segunda epo-

cha; até á qual o testamento pôde ser revogado; que esses são os principios de direito, e que nós supponmos que o herdeiro tem adquirido direitos antes da morte do testador; que o criminoso pelo delicto cae debaixo da acção da lei, e pôde castigá-lo devidamente na sua personalidade, que comprehende a capacidade juridica; que a faculdade de testar importa a faculdade de revogar o testamento até á morte; e, ou a lei havia de privar o criminoso d'esta faculdade, ou deixar-lh'a, privando-o d'ella, era forçoso annullar o testamento anterior; porque d'outra fórma não seria o testador que dispunha, mas a lei, impedindo-o de o revogar, etc. Analysaremos estas rasões, que apparentam, mas não têm fundamento algum.

Começaremos por dizer, que é inventiva do illustre Apostillador a supposição que nos attribue; pois não sustentámos, nem carecemos sustentar, que o herdeiro ou legatario tem direitos adquiridos antes da morte do testador; e n'esta parte estamos accordes em principios; em que não estamos é nas consequencias que d'elles se tiram, e n'elles se não contém.

O illustre Apostillador encarou o negocio pelo lado dos direitos do herdeiro ou legatario; mas devia não perder de vista que tambem ha direitos de testador; a lei que concede a facção testamentaria activa, confere uma faculdade, que, depois de exercida, se resolve em direito; e este não pôde ser offendido por uma lei posterior: o testamento, á sombra da lei que confere a faculdade de o fazer, é um acto consummado; e se alguém o pôde destruir, sem que o homem o revogue, é a lei que usurpa o lugar do testador, unico a quem pertencia o direito de o revogar: já se vê pois que do testamento feito não resulta para o herdeiro ou legatario direito algum, e sim uma simples expectativa; porém quanto ao testador ha o direito

consummado em virtude da faculdade levada a effeito. Mas n'esse caso (diz o illustre Apostillador), era mister dar-lhe tambem a faculdade de o revogar; nós que sustentámos, não só que o testamento é valido, mas que não deve haver inibição de testar, estamos em terreno plano e sem difficuldades: o sr. Seabra, que sustenta o contrario, por todos os lados encontra embaraços: querendo dar um passo, mais se embrenha no labyrintho, sem que encontre fio salvador.

E por que o condemnado não ha de poder testar e revogar o testamento?! A lei, segundo a offensa commettida (diz a apostilla) deve castiga-lo devidamente na sua personalidade, que comprehende a capacidade juridica. Deve castiga-lo! Já s. ex.^a se esqueceu da auctoridade de mr. Riché, e mr. Ronher, com a qual sustentou que não era pelo pensamento da intimidacão, nem da exemplaridade, e sim por um principio de moral que o condemnado devia ser inibido da faculdade de testar? Em que assentámos? Essa inibição é, ou não é uma pena?

O illustre Apostillador ainda foi mais longe, e disse: *deixando ao criminoso a faculdade de testar, era consequencia deixar-lhe tambem a administração de seus bens*. A defeza de uma ruim causa faz cair, ainda aos mais engenhosos dialecticos, em paradoxos e contradicções. O menor que já tiver completado quatorze annos póde testar (projecto de Cod. artigo 1895.^o): esse menor não póde administrar seus bens emquanto não for emancipado (artigo 282.^o). O prodigo não administra seus bens (artigo 350.^o), mas o prodigo póde testar (artigo 357.^o). Segue-se portanto que póde haver faculdade de dispor, sem haver a administração dos bens. É o sr. Seabra que responde a si proprio.

E os herdeiros testamentarios e legatarios do condemnado

à morte estarão no caso dos que não podem ter mais do que uma expectativa? Não terão direitos adquiridos? É esta uma questão que cumpre aprofundar.

A pena de morte (dizia mr. Tronchet no Conselho d'Estado) traz consigo a morte civil, pois o que n'ella incorre morre incapaz dos diversos effeitos civis, como é a faculdade de testar. O sr. Seabra, seguindo a mesma doutrina, diz a pag. 91: *== Aqui não se trata de expropriação, trata-se de prover sobre os bens de um homem, que é morto sem testamento; pois morto é considerado desde que a lei o condemna irrevogavelmente ==*; e a pag. 99 diz: *== é uma consequencia (a inibição de testar) logica da condemnação a pena ultima, passada em julgado: este homem está legalmente morto, e não pôde portanto ser juridicamente considerado como vivo nos actos juridicos ==*; e consignou esta doutrina no seu artigo 361.º, determinando que o condemnado á morte perde todos os seus direitos civis desde o dia, em que a sentença tiver passado em julgado. É portanto n'este momento fatal que o homem morre civilmente; um momento antes tinha todos os direitos civis, um momento depois não tem nenhuns. D'esta fórma, se o considerarmos um momento antes, elle, conservando a sua capacidade civil, e todos os seus direitos, podia validamente dispor de seus bens; se o considerarmos um momento depois, já é morto; como morto não pôde revogar o testamento; os bens já passaram aos herdeiros escriptos; os direitos d'estes foram firmados no momento da morte; e só uma lei despotica e arbitraria lh'os pôde arrancar.

Mr. Mourlon ¹, referindo-se á opinião de mr. Tronchet, diz:

¹ Mourlon, liv. 1.º tit. 1.º sec. 2.ª § 3.º n.º 4.º

que essa foi a idéa do legislador; porém que evidentemente, esta applicação não é juridica; a idéa que lhe serve de base é absolutamente falsa. Sim (diz elle), o testamento não é valido senão quando o testador morre capaz, porém será verdade que o testador, que morre civilmente, morre incapaz? Eis-ahi está o erro! E com effeito aquelle que morre civilmente é *perfeitamente* capaz no momento em que a morte civil o fere, como o morto naturalmente no momento em que exhala o ultimo suspiro. Sem duvida o morto civilmente torna-se incapaz immediatamente, depois que a morte civil o feriu; mas não succede o mesmo á pessoa que morre naturalmente? Não é ella tambem ferida, para o futuro, de uma incapacidade absoluta? Em outros termos; a morte civil não póde ser severa senão contra os que têm capacidade juridica; portanto aquelle, que morre civilmente, tem capacidade no momento em que a morte civil o fere; e assim o testamento que elle tem feito anteriormente deveria valer, se não fosse considerado senão segundo as regras, que devem regular a capacidade exigida para sua validade: e passando a mencionar que o fundamento da disposição prohibitiva e annullatoria tem a sua base, não na incapacidade, mas na indignidade (principio que já combatemos), acrescenta estas palavras: = *Quel que soit le motif qu'on donne à l'appui de la nullité du testament que le mort civilement avait fait en temps de capacité, la rigueur de la loi à cet égard ne sera jamais pleinement justifiée. Cette nullité contre qui sévit-elle en effet? Contre le testateur sans doute: l'idée que ses biens ne passeront pas à ceux qui l'ont aimé, aidé pendant sa vie, auxquels il avait voulu temoigner son affection et sa reconnaissance, deviendra pour lui la source d'une torture moral! Mais qui en souffre le plus? ne sont-ce*

pas les légataires? Or, qu'ont ils fait, pour leur enlever le legs qui leur a été adressé, et qui n'était peut-être que la réparation d'une injustice dont le testateur s'était, pendant sa vie, rendu coupable envers eux, ou la recompense d'un service? Ne voit on pas qu'en punissant le testateur, la loi fait tomber sa rigueur plus encore sur des innocents que sur le coupable lui même? =

Em presença d'estas considerações ajuizem os espiritos esclarecidos e desprevenidos, se é justa e racional a disposição, ou se ella fere os direitos do testador; e até mesmo os dos herdeiros escriptos: se n'este caso não é a lei que usurpa os direitos d'aquelle, revogando o testamento, que só elle podia revogar.

Segundo argumento. = *É uma contradicção annullar o testamento anterior, e deixar validos os contratos feitos, principalmente depois da perpetração do crime.* = O nobre Apostillador presumiu que d'esta forma nós queriamos que se annullassem esses contratos, o que era uma injustiça; porque elles conferem direitos irrevogavelmente adquiridos: pelo contrario, seriamos os primeiros a clamar contra a tyrannia de uma semelhante lei. O que nós quizemos foi fazer avultar o absurdo do principio da incapacidade; porque não se póde conceber, que o mesmo individuo tenha capacidade para doar, para contratar, e para administrar os seus bens, e não a tenha para testar; que tenha capacidade para o mais, e não a tenha para o menos. Eis-aqui o que nós estigmatizámos como palpavel contradicção; eis-aqui por que dissemos, que taes codificadores, para serem logicos, deviam annullar os contratos, assim como annullavam os testamentos; e pelo absurdo, a que os levava a sua logica, ser-lhes-ia facil inferir que os principios eram falsos.

Terceiro argumento. = *A inibição de testar só servirá para incitar o accusado a contratos fraudulentos, simulados, e lesivos.* = Responde o nobre Apostillador, — que se assim succeder, esses contratos podem ser rescindidos: o sr. Seabra esquecer-se-ia do que escreveu no seu livro — *a propriedade* — sobre estes objectos? Esquecer-se-ia de que no seu projecto não admitte a revogação dos contratos pela lesão? E, prescindindo de taes considerações, será moral a lei que incita a fazer taes contratos? S. ex.^a concede que é natural que o accusado, sabendo não poder dispor por testamento, trataria de dispor entre vivos, d'esses bens, por outro titulo; e acrescenta: = *E' de crer que assim succeda, mas isso mesmo responde ás declamações do illustre censor; por isso que na mão do condemnado está fazer vigorar a sua boa vontade testamentaria, dispondo em favor do instituido v. g. por doação em tempo, em que se não acha interdicto.* = Ainda duvidámos que essas palavras fossem escriptas pelo punho do sr. Seabra.

Prescindiremos de mostrar que, em taes circumstancias, a inutilidade da lei está confessada; pois querendo fulminar o testador de incapacidade ou indignidade, lhe deixa os meios de a burlar e illudir; mas não podemos deixar de perguntar onde está a moralidade de tal disposição? Como pôde a lei animar a sua violação? Como remediará ella os prejuizos no caso de perdão ou amnistia para o perdoado? Como se conceberá n'essa hypothese a justiça de privar o individuo do direito de revogar as suas disposições, quando apenas foram feitas para substituir as testamentarias, que a lei iniquamente lhe annullava? Como sustentar o paradoxo de que o homem está legalmente morto para que não valha o testamento, e está vivo para valerem as doações? Na carencia de rasões plausiveis,

não seria de estranhar que apparecessem as engenhosas; mas nunca pensámos que se rebaixasse a dialectica até á offensa da moral.

Quarto argumento. = *A inibição de testar vae interessar os herdeiros legitimados na condemnação do accusado, e fazer com que descurem a sua defeza.* = Responde a isto o nobre Apostillador: — que o testador tem sobejo tempo, antes de condemnado por sentença passada em julgado, para reconhecer esta infamia de seus parentes; e n'esse caso é-lhe facil dispor em favor de outrem, de seus bens entre vivos. — E se a defeza tiver sido descurada, e por essa razão tiver logar a pena de morte, que seria removida se aquella o não fôra, como obviar os effeitos? Quem restituirá a vida ao executado? Fraco lenitivo o de poder privar os herdeiros de seus bens, quando a cubiça d'elles lhes faz perder a vida! Acresce que a esta resposta são applicaveis as considerações de moralidade que fizemos á anterior.

Quinto argumento. = *A prohibição importa offensa dos principios consignados na Carta, que não permitem que a pena passe alem da pessoa do delinquente; nem haja confiscação de bens.* = A resposta de que o testamento não confere *ipso facto* direitos aos instituidos, já ficou rebatida nas considerações feitas sobre o primeiro argumento, ás quaes nos remettemos; e quanto á offensa da propriedade, diz o illustre Apostillador que — se não é propriedade senão o que a lei considera como tal, é evidente que só póde ser garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade, que a lei reconhece. — Se este é o thermometro da garantia, caduca o systema do direito de propriedade estabelecido pelo sr. Seabra na sua *Philosophia de Direito* —, que é conforme com o de Ahrens; e

prevalece o de Montesquieu e Bentham, affirmando que a propriedade nasce e morre com a lei.

Em face de taes doutrinas, perguntaremos se não é garantido em toda a sua plenitude o direito de propriedade, regulado pela lei turca, ou argelina? Não vê o sr. Seabra, que com taes principios, se a nova lei estabelecer o direito da primogenitura, e o da masculinidade para todas as successões; se aniquilar o direito de testar; se declarar o fisco herdeiro de todos os criminosos; se restabelecer o feudalismo, póde da mesma fórma dizer-se que está garantido, em toda a sua plenitude, o direito de propriedade? Não se confunda o que é com o que deve ser, (já dissemos e repetimos), nem o direito constituido com o constituendo. A lei civil, justa ou injusta, emquanto não é revogada, tem de ser respeitada; mas agora que se trata de organizar um novo Codigo, cumpre regular pelas normas da justiça as suas disposições, para que a disposição da Carta, que garante o direito de propriedade, seja uma verdadeira garantia, e não uma burla; seja uma realidade, e não uma mystificação.

Por ultimo o illustre Apostillador soccorreu-se á lei franceza de 31 de Maio de 1854, para mostrar que se ella aboliu a morte civil = *La mort civile est abolie* = conservou quasi todas as suas consequencias; mas d'ahi que se segue? Que a civilização a forçou a reconhecer o principio; e foi para isso que nós a citámos, embora o despotismo illustrado, que lá domina, não permittisse acabar com todas as consequencias; o tempo fará o resto. Porém, por que não disse palavra o douto Apostillador sobre as outras legislações, que nós tambem citámos? Que nos diz das Constituições e Codigos da Noruega, da Dinamarca, da Toscana, da Belgica, e da Hollanda, que estabeleceram o

principio de que, nenhuma pena importaria a morte civil, nem a perda dos direitos civis? E confrontadas ellas, de que lado estará a rasão, de que lado estará a philosophia?

Depois que o christianismo veiu evangelisar o dogma da igualdade; depois que a sua influencia foi, pouco e pouco, despedaçando os ferros, que opprimiam, e roxeavam os pulsos do escravo; era consequencia obliterar dos Codigos as disposições attinentes a tornar os condemnados, por crimes graves, servos da pena; todavia, com espanto e admiração, ainda n'este seculo ha defensores da morte civil, ou privação de todos os direitos civis; bem que reconheçam não ser esse preceito justificavel, nem pelo principio da intimidacão, nem pelo da exemplaridade, e menos pelo da indemnisação; quer dizer, que não preenche um unico dos fins da penalidade: e não podendo sustentar-se n'esse plano inclinado e escorregadio, recorrem a um miseravel effugio, dizendo que a moral ultrajada reclama se marque o criminoso com o ferrete da indignidade; sem se recordarem que a honra vale mais que a vida; que os direitos respeitantes áquella são absolutos e illimitados; e que a civilisação já tem proclamado o principio da proscricção das penas ignominiosas e infamantes. Alguns, como o douto Apostillador, perplexos e hesitantes entre os principios injustos e barbaros das éras passadas, e as maximas philosophicas e humanitarias dos tempos que correm, concebem uma consubstanciação de liberdade e servidão, de vida e morte, de capacidade e incapacidade, de dignidade e indignidade, que, em ultimo resultado, faz apparecer o *horrendum monstrum*; horrendo pela junção de membros varios, e repellentes; horrendo pelas suas consequencias.

Legisladores portuguezes! insurgi-vos contra tal preceito;

não mancheis com elle o novo Codigo; e tende sempre presentes as sublimes palavras de Mr. Sedillez, quando disse, que a pena de morte civil não era mais que um espectro phantastico, bom sómente para atormentar os legisladores, e deshorrar a legislação.

Artigo 362.º

Não entraremos na questão respectiva á conservação ou proscricção da pena de prisão perpetua, que considerámos como absurda e nociva á sociedade, pois que d'isso aqui se não trata; só diremos que, sem ella, e sem a de morte, na escala penal ainda sobejam os meios de repressão, que obstem á impunidade.

Ponderámos que, effectuando-se algum casamento depois da interdicção, poderia a mulher requerer separação de bens e pessoa, o que seria injusto. Responde o illustre Apostillador: — que o artigo não comporta semelhante intelligencia, pois falla expressamente do que é casado ao tempo da condemnação, e não do que possa casar depois. = O § do artigo diz: = *A mulher do condemnado poderá outrosim requerer separação de pessoa e bens* =: não faz distincção alguma; e a que casa depois da condemnação, de certo não deixa de ser mulher do condemnado. A clareza nas leis nunca é de mais.

Artigo 363.º

Determinando este artigo que o condemnado (no caso do artigo 361.º e 362.º) só poderá ser ouvido, como testemunha não instrumentaria, sendo indispensavel o seu depoimento, e ficando ao prudente arbitrio do julgador te-lo na conta que merecer; dissemos nós, que a doutrina do artigo 18.º do Codigo da No-

ruega, que faz depender essa inibição, não da pena, mas da qualidade do crime, era muito preferível. O illustre Apostillador insiste na preferencia da sua; porque tudo fica ao prudente arbitrio do juiz; ao que redarguimos: —1.º, que o artigo exclue inteiramente esses condemnados de ser testemunhas instrumentarias, e este inconveniente não fica remediado com o arbitrio do juiz, que só pôde intervir em actos judiciaes; —e 2.º, que é esse mesmo arbitrio que nós reprovâmos, preferindo a enumeração dos crimes, que devam produzir essa interdicção.

Artigos 364.º e 365.º

Aquelle não foi objecto de censura, e este já foi analysado conjuntamente com o artigo 364.º

Artigo 366.º

Ponderámos, —*que não vimos a rasão para os condemnados a prisão perpetua apenas serem interdictos de alguns direitos civis, e os condemnados a degredo perpetuo serem privados d'esses direitos*¹ e o mais é a arbitrio do julgador. — O illustre Apostillador responde que não ha arbitrio, porque este fica excluido pelas palavras —*em conformidade com a lei*—.

Pareceu-nos que a lei era essa, que mandava fazer a especificação na sentença, deixando-a ao arbitrio do julgador; — mas não é isso (diz o sr. Seabra), só a sentença pôde privar dos direitos, que forem declarados na lei; — e qual é esta lei?

¹ Se por erro typographico se lê —*direito*— em lugar de —*direitos*—, o resto do periodo tira as duvidas.

Será a penal, ou a civil? O Codigo Penal não considera a perda, ou interdicção dos direitos civis como pena, e deixou judiciosamente essa matéria para o Codigo Civil. O sr. Seabra fez a especificação no artigo 362.º dos direitos civis, de que ficava interdito o condemnado a prisão perpetua; e por que não fez a mesma especificação a respeito do condemnado a degredo perpetuo? Poisque outra lei, a não ser o Codigo Civil, deve fazer essa especificação? Assim, ao passo que defende o artigo, reconhece a deficiencia do seu projecto. A incoherencia de applicar a *interdicção* de direitos aos condemnados a prisão perpetua, e a *perda* d'elles aos condemnados a degredo perpetuo, é tão palpavel, que não pôde ser defendida; nem a desculpa o argumento, deduzido do artigo 9.º da Carta, quanto aos direitos politicos, que só os faz *suspender*, e não *perder* pela sentença condemnatoria a prisão ou degredo, disposição essa, que não destingue, se a pena é perpetua ou temporaria; pelo contrario comprehende na sua generalidade toda a sua duração; e é n'isto que consiste a indistincção, que o douto Apostillador não pôde descobrir.

Artigos 267.º e 279.º

Estes artigos passaram sem observações: é isto um testemunho de que só as fizemos áquelles, que julgavamos merece-las; e de que quizemos ser censores justos, e não criticos exagerados.

Artigo 279.º

Notando a devida distincção entre perda e interdicção de direitos, fizemos sobresair a injustiça d'este artigo, que dava

ao perdão do Poder Moderador o effeito de restituir só os direitos interdictos, e não os perdidos: o illustre Apostillador, que, sem revoltante absurdo, não podia sustentar a justiça d'aquella illação, cura de mostrar que *interdicção* é termo synonymo de *perda*; e que no projecto tomou a palavra *interdicção* comprehendendo, tanto a perda como a suspensão, e acrescenta: *—se não fallámos da perda n'este artigo, não podia ser outra a nossa idéa—*; bem; sendo assim, consignese a idéa por termos claros, e cessa a questão, já que estamos accordes em principios.

Não se pense porém, que o nosso reparo foi mal fundado: no artigo 328.º e seguintes se falla da interdicção, exprimindo a suspensão do exercicio de direitos; e o mesmo se collige de varios artigos d'este tit. 14.º; pelo contrario no artigo 361.º se usa da palavra *perda* de direitos, a respeito do condemnado á morte, —e não é só n'esse: o mesmo se observa no artigo 367.º, quanto aos condemnados a degredo perpetuo; e no artigo 373.º, quanto aos expulsos do reino perpetuamente. Isto mostra quanto é judicioso o dito do jurisconsulto philosopho, de que em um codigo as palavras se devem pesar como diamantes: a diversidade de locuções para exprimir uma mesma idéa, quando em verdade exprimem differentes, é summamente perigosa, e só serve de fomentar as duvidas, e enthronisar o arbitrio.

Ponderosa foi a consideração, que fizemos, notando que, —adjudicando a lei desde o dia, em que a sentença passasse em julgado, os bens do condemnado aos herdeiros legitimos, não poderia o perdão do Poder Moderador ir arrancar-lh'os sem indemnisação, mas que não seria justo, que, cessando a causa, persistissem os effeitos: que mais providente havia sido o Co-

digo de Valais, que pela condemnação dá aos herdeiros a posse provisoria; mas que só lhes transfere o dominio pela execução.—N'esta arguição fômos energicos; e, quando esperavamos uma resposta violenta, na fórma do costume, apparece o illustre Apostillador manso, qual cordeiro, dizendo apenas, que, — sendo já lei entre nós, que a sentença de morte se não pôde executar, e fica suspensa até á resolução do Poder Moderador (artigo 1202.º da Ref. Jud.), era consequente, que os seus accessorios tambem não produzissem effeito, e por isso nada mais acrescenta.—Esta resposta seria dada em boa fé? Não o disputâmos, porque não costumâmos malsinar intenções alheias; mas a affirmativa, ou não abona a intelligencia, ou mostra a pressão do convicto, ao qual a vaidade recusa confessar o erro.

O perdoar as penas é attribuição do Poder Moderador, Carta Constitucional, artigo 74.º § 7.º; e este Poder Moderador será algum tribunal, que pertença ao poder judiciario? Poderá elle confirmar, ou revogar as sentenças? O sr. Seabra, que é codificador, e magistrado, diga-nos o que entende por caso julgado; e estamos seguros, que, ou ha de estabelecer o absurdo, ou renunciar a sua erronea asserção.

Soccorreu-se ao artigo 1202.º da Nov. Ref. Jud., que nada vem para o caso; e esqueceu-se do artigo, immediatamente anterior, 1201.º, em que se determina, que a pena de morte se não execute sem resolução do Poder Moderador, e que o Procurador Regio da Relação, em que a sentença passar em julgado, enviará uma copia d'ella á Secretaria d'Estado dos Negocios de Justiça; d'isto é bem facil de concluir: 1.º, a differença (que ninguem ignora) entre sentença e execução; 2.º, que a sentença passa em julgado antes da remessa da copia ao

Poder Moderador; e até a portaria de 17 de Fevereiro de 1840 mandou reprehender um escrivão por ter passado a certidão de sentença de pena capital, sem ainda ter passado em julgado. Não é mister demorar-nos n'esta demonstração; a doutrina é sabida não só de todos os juriconsultos, mas de todos os procuradores, e solicitadores de causas.

O sr. Seabra, estabeleceu no artigo 361.^o o principio de que—o condemnado, em juizo controverso, a pena de morte, perde todos os seus direitos civis desde o dia *em que a sentença tiver passado em julgado*, e seus herdeiros tomarão conta de seus bens como se fôra fallecido.—Que epocha se menciona aqui? Poderá alguém dizer que seja a da resolução do Poder Moderador, quando esta resolução se não pôde requerer senão com respeito a sentenças, que passaram em julgado? E se apenas a sentença passar em julgado, o dominio dos bens (pelo artigo) se transmite aos herdeiros; como é que a resolução do Poder Moderador lh'os ha de arrancar? O sr. Seabra reconheceu o absurdo da sua doutrina, mas recorreu a uma evasiva, que ainda é mais paradoxal: a intelligencia, que elle quer agora dar ao seu artigo, é fulminada pela lei, pela hermeneutica, pela significação juridica das palavras, e até pelo bom senso; e aos sabios deixámos ajuizar se estas reflexões podem ser caracterizadas de *supina impertinencia*, como lhe chama a *supina pertinencia*, e *cega obstinação*.

Por ultimo notámos que—o artigo, limitado a fallar do perdão do Poder Moderador, não providenciava sobre os effeitos da amnistia—: s. ex.^a diz que esta é uma especie de perdão, e passa a notar-lhe a differença; isto nos basta. Se ha differença (e bem saliente, como demonstram os escriptores); se a Carta Constitucional no artigo 174.^o § 7.^o e 8.^o, as considera

como attribuições distinctas do Poder Moderador, é evidente que a disposição do artigo, limitada ao perdão, e não comprehendendo a amnistia, pecca por deficiente.

Espraia-se o illustre Apostillador em longas considerações sobre os effeitos da amnistia, quanto ás restituições, e reparações de perdas e damnos, e confirma a sua opinião com um enxame de citações: n'isso não teve em vista, por certo, senão fazer ostentação do seu porfiado estudo, ou de um rico peculio, pois essa questão foi extranha ás nossas observações.

Dissemos que no artigo nada se achava disposto sobre a influencia, que a amnistia deva ter na existencia da interdicção dos direitos, e nas reparações, resultantes do facto criminoso, e acrescentámos=*cumpre preencher esta lacuna.*= Se não emittimos opinião sobre o modo de a preencher, segue-se que o sr. Seabra creou a fortaleza, para ter o gosto de assestar contra ella a sua artilheria.

Artigo 361.º

Á observação a este artigo nada houve que objectar: o silencio foi a resposta, e de todas a mais judiciosa.

ADVERTENCIA FINAL

Parece-nos haver demonstrado a justiça das nossas censuras; e não podemos deixar de ser gratos ao sr. Seabra, por ser elle o paraclito, que nos suggeriu, o mais das vezes, as respostas aos seus argumentos, ou antes ás suas inconsequencias; cuja recordação é o mais succinto e expressivo epiphonema, que podemos apresentar aos nossos leitores.

As opiniões, por nós sustentadas, podem não ser as melhores; talvez sejam erroneas; aos sabios cumpre corrigi-las: ser-nos-ha mais agradavel essa correcção, que o louvor dos nescios. = *Melius est a sapiente corripri, quam stultorum adulatione decipi* =; pena é que, sendo o paiz tão rico de capacidades, n'esta vasta seara appareçam tão poucos cegadores. = *Messis quidem multa, operarii autem pauci.* =

Seríamos excessivos na fôrma? A ideopathia philosophica, que domina o illustre Codificador, fez-lhe conceber fumosas pretenções de invulneravel sciencia; por isso, quando publicou a primeira parte do seu projecto, apenas esperava apologeticos encomios, e admiração universal: as nossas modestas observações deviam ser bastantes para mostrar-lhe que as obras do homem sempre estão longe da perfectibilidade; mas o amor proprio, conselheiro infiel, e o inimigo mais pujante do sabio, vendou-lhe os olhos para não vêr a verdade, e o arrastou a escrever a primeira apostilla, cujo estylo altanado foi arguido de severo, e prova sobejamente que a neve dos annos nem sempre torna frias, e prudentes, as cabeças sobre que repousa. A nossa resposta energica e rememorativa de algumas contra-

dicções do sr. Seabra, devia torna-lo menos altivo, e mais circumspecto; comtudo, ao contrario, na segunda apostilla = *Acrior ad pugnam redit, ac vim suscitât ira* =: em termos taes seria covardia não aceitar o repto; mas parece-nos não haver faltado aos usos de cavalleiro; e confessâmos que, se o nosso adversario sâe da liça escalavrado, é mais dos seus, que dos nossos golpes.

D'esta fórma a difficuldade, attenta a vehemencia da provocação, de attenuar a aspereza da phrase, dá jus a esperar se nos releve qualquer excesso, se acaso existir.

FIM