

APOSTILLA

À CENSURA

DO SR.

ALBERTO DE MORAES CARVALHO

SOBRE A

PRIMEIRA PARTE

DO

PROJECTO DE CODIGO CIVIL

FOR

ANTONIO LUIZ DE SEABRA.

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

HORAT.

COIMBRA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE.

1858.

APOSTILLA

A CENSURA

DO SR.

ALBERTO DE MORAES CARVALHO.

N.º 2.

ADVERTENCIA.

Vamos continuar a nossa resposta ás observações do Sr. Moraes Carvalho; não por deprimir a sua pessoa, que muito respeitámos, mas por amor da verdade, da causa pública, e da obrigação, em que estamos, de dar a razão de quanto propomos. Alguem nos tem arguido de nimia severidade para com o douto censor. Relendo o nosso escripto não achámos cousa de que nos devessemos retractar. Pareceu-nos (e estes são os unicos fundamentos da arguição) que o douto censor não era muito versado no que hoje se chama Philosophia de Direito, e que por vezes se deixava predominar de velhos preconceitos: dissemos o que sentiamos. Seria isto uma offensa? Não foi essa a nossa intenção; e entendemos que não excediamos os limites da *inculpada tutela*, revelando a origem de mil impertinentissimas censuras. Assim mesmo parece-nos que não podia o douto censor queixar-se de o não termos proclamado — *eximio philosopho progressista* — tendo-nos primeiro ferido desapiedadamente com os estigmas de *barbaro, retrogado, despotico, ignorante*, etc.

REPAROS SOBRE O TITULO 1.º DA 1.ª PARTE.

Verum est, etiamsi contradicendo rumpatur
Molindus.

D'ARGENTRÉ, *Coutume de Bretagne.*

Na nossa Philosophia do Direito acha-se consignado o principio — *quod tibi non vis alteri ne facias*. E para que se veja com quanto mais razão nos poderíamos nós queixar do douto censor — antecipamos a nossa resposta ao ultimo titulo da 1.ª Parte, onde mais se enfurece, a sua sem-razão, o seu prurido de censurar. É aqui que cê o Carmo. *Prosopopeas, apostrophes, hyperboles*, não ha figura na Rhetorica que o douto censor não invoque para tornar de maior effeito o seu ultimo golpe. Mas ver-se-ha, que, em meio d'este temporal despeito de eloquencia, o nosso pobre baixel, apoiado sobre solidas ancoras, não garra uma linha. O que sentimos é vermo-nos forçados a desperdiçar o nosso tempo com tanta frivolidade, que bem se poderia e deveria escusar; mas — *quis tam ferreus ut teneat se?*

Artigo 1.º

Censura. Confunde-se (diz o douto censor) a capacidade civil com a capacidade juridica; empregando-se estas locuções, sem distincção, em varios artigos.

Resposta. É um aleive: pois nem confundimos a capacidade juridica com a civil, nem estas palavras são empregadas, como se diz, indistinctamente. É o que resulta com evidencia da leitura e combinação dos artigos 1, 3 e 6.

Censura. Seria melhor conservar em harmonia a phrase dos artigos, dizendo em todos, como na rubrica — *capacidade civil*.

Resposta. Propõe-nos o douto censor, como emenda, a confusão de que acaba de arguir-nos. Estas palavras não podem ser empregadas uniformemente em todos os artigos — porque contém ideias diversas, a que não podem corresponder.

Censura. A palavra *homem*, empregada no artigo, poderia ser substituida, com mais propriedade, pela pala-

vra *peçoas*, de accordo com a divisão d'ellas em *physicas* e *moraes*, e com a verdadeira significação juridica.

Resposta. A emenda proposta importa, nada menos, que um *progresso retrogrado* de mais de vinte seculos (segundo a expressão de Marcadé) (a) na ordem das ideias juridicas: propõe-se o restabelecimento de uma antigualha (*velharia* no moderno estylo parlamentar) condemnada desde muito pela *Philosophia* do Direito (com venia do douto censor) e repellida de todas as codificações modernas. Entre os Romanos a palavra *peçoas* tinha uma significação privativa e importante; porque nem todos os homens eram *peçoas*: mas hoje, que essa distincção absurda tem desaparecido da jurisprudencia de todos os povos, sem excepção d'aquelles que admittem ainda a escravatura, a que fim restabelecer semelhante terminologia? É verdade que alguns codigos modernos, entre elles o francez, têm adoptado a divisão Justinianea de *peçoas*, *cousas* e *acções*; mas nenhum d'elles se lembrou de tomar a palavra *peçoas* no sentido privativo do Direito Romano. Nestas legislações a palavra *peçoas* significa o *homem*, o *individuo* nas suas differentes relações juridicas, que podem variar segundo as circumstancias, mas sem que deixe jámais de ser o que é. E é sem fundamento que Toullier, a quem o douto censor se encosta, commentando a inscripção do Livro 1.º do Codigo

(a) Já Aulo Gellio ridicularizou no seu tempo certos JCtos, que pretendiam restabelecer o direito dos *Aborigenes* e dos *Faunos*. — Noct. Att. L. 10, C. 10, §. 7.

civil francez, pretende que *peçoas* signifique sómente a posição que o homem occupa na sociedade em relação aos direitos e deveres, resultantes d'essa mesma posição, abstrahindo do individuo. Esta intelligencia é tão extranha ao Direito Romano, como inutil no Direito moderno; por isso que não passa de uma denominação arbitraria, esteril, e que não póde servir de principio determinante na ordem juridica.

« Somos de parecer (diz Demolombe) que hoje é melhor, mais simples e mais exacto não distinguir doutrinamente o *homem*, o *individuo* da *peçoas*. Esta distincção abstracta e metaphysica só póde servir, 'num Codigo civil, de manancial de obscuridades e de embaraço. Não conhecemos no nosso Direito essas mudanças e *diminuições de cabeça*, que entre os Romanos effectivamente operavam a certos respeitoos uma especie de transformação e metamorphose do mesmo individuo em outra *peçoas* juridica (Ducaurroy, Instit. Expliq. de usu-fruct. §. 3). »

Demais, se adoptassemos a emenda proposta, teriamos de redigir o nosso artigo nos termos seguintes: — *sómente as peçoas são susceptiveis de direitos e obrigações*. Ora como *peçoas* é synonimo de *estado*, ou de certa relação juridica, teriamos em resultado a luminosa idéa de que — *só a peçoas é susceptivel de ser peçoas* — um ridiculo paralogismo. Não é isto o que nos ensina a *Philosophia* do Direito.

O que nos propozemos foi definir em que consistia a

capacidade jurídica; e como esta capacidade não é attributo de especie alguma de homens em particular, não podíamos deixar de empregar a palavra *homem*, e pozemos de parte a palavra *pessoa*, que o mesmo censor reconhece que é recebida em uma significação mais restricta.

Pretende mais o douto censor, que empregando-se a palavra *pessoa*, nos poríamos em harmonia com a divisão de *peçoas* em *physicas* e *moraes*, e com a rubrica do titulo 6.º Ainda aqui tem de insurgir-se a Philosophia do Direito contra o nosso douto censor: e felizmente com o apoio do mesmo Toullier, a quem o douto censor se soccorre, e que escreve — *en toutes lettres* — que *peçoas em jurisprudencia* são seres *moraes* ou abstractos. Ora, já vê o douto censor que implica contradicção, que um ente abstracto seja ao mesmo tempo um ente physico. Não ha dúvida que se tem empregado a denominação de *peçoas moraes* para designar as corporações, associações, as entidades jurídicas collectivas — mas não por anthitese ou contraposição a *peçoas physicas*, mas sim ás entidades jurídicas singulares: e aquelles Jurisconsultos, que têm indigitado semelhante divisão (de *peçoas physicas* e *moraes*) ou não eram por certo muito fortes na Philosophia do Direito — ou abusavam evidentemente dos termos empregando-os com a maior impropriedade.

A unica emenda, que teríamos a fazer — seria substituir na rubrica do titulo 6.º — as palavras *peçoas moraes* — pela palavra *corporações* ou *associações*, como se lê nos codigos de *Hollanda* e *Luiziana* — para evitar que

algum novo commentador nos viesse attribuir idéas, que não podíamos conceber.

Emfim, tudo o que o douto censor imagina (repetindo antigas supposições) ácerca das *peçoas* que morrem, e dos *homens* que sobrevivem, dos *homens* que morrem e *peçoas* que ficam de boa saude, apenas poderia hoje passar, metaphoricamente nos devaneios de alguma ode pindarica — mas não na linguagem logica e severa do Direito. Em uma palavra, para nós o *homem* é a *pessoa* — e o estado não é o *homem* nem a *pessoa* — é uma situação jurídica do *homem* ou da *pessoa*.

Artigo 2.º

Censura. A definição de direito, que se dá 'neste artigo, abrange mais que o definido, porisso que a faculdade de practicar ou deixar de praticar certos actos comprehende todos os direitos, inclusivamente os emanados do direito natural, e aqui unicamente se tracta dos direitos civis, que constituem a capacidade civil.

Resposta. A censura é infundada. A definição, que aqui se dá do direito, não é restricta á *capacidade civil* sómente, refere-se á *capacidade jurídica*, de que se tractou no artigo antecedente, a que este artigo se liga, como se declara nas palavras — *entende-se por direito 'neste sentido*: isto é, no sentido do artigo antecedente. Este erro do douto censor foi já demonstrado por um illustrado Jurisconsulto no Jornal a *Nação* n.º 3066 (a).

(a) Dizem-nos que estes artigos são do Ill.º Sr. Carlos Ra-

Censura. A definição não abrange todo o definido, porque o nosso direito não se limita a praticar ou deixar de praticar certos actos, estende-se também a obrigar ou deixar de obrigar os outros a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Resposta. O illustrado Jcto, que acabamos de mencionar, já demonstrou ao douto censor — que o direito implicava necessariamente uma obrigação correlativa — e por consequencia — comprehendia o direito de coacção — ou não seria direito. Mas como ha 'nesta resposta certo perfume de Philosophia de Direito, sciencia que o douto censor não admite; recorreremos a uma argumentação mais trivial e 'comesinha — deduzida da logica e da grammatica; — ora diga-nos o douto censor — obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa — será ou não praticar um acto? — Parece-nos que a resposta não pôde ser negativa. — É claro pois que a primeira proposição encerra a segunda — e que o additamento seria um verdadeiro pleonasm — e não uma falta, como se argue.

Censura. As palavras *possuir e dispor exclusivamente* de certas cousas tornam-se superfluas, por estarem implicitas na faculdade de praticar certos actos.

Resposta. Assim parece á primeira vista — mas tivemos uma razão ponderosa para accrescentar essas palavras; —

miro Coutinho, joven Jcto, um dos ornamentos do fóro Lisboense. Muito sentimos que S. S.^a não proseguisse na sua analyse, tão auspiciosamente começada.

esta razão é a seguinte: o homem, no exercício da sua condição juridica, a fim de preencher o seu fim racional — não sómente põe em acção as suas faculdades (direito de liberdade), mas também incorpora em si os productos da sua acção juridica (direito de propriedade, ou antes de apropriação). Considerado o direito debaixo d'este ponto de vista — o direito de propriedade, que recae sobre o producto da acção, não é o mesmo direito de acção — e com quanto em referencia ao gozo da propriedade adquirida, esse gozo, como uma acção, entre na primeira hypothese — forma evidentemente um direito secundario em quanto ao objecto adquirido, que se não pôde confundir com o primeiro direito. É por isso que Ahrens observou, com razão, que o direito de propriedade encerra um duplice direito — é por assim dizer o direito em segunda potencia. — Receámos portanto que se duvidasse se a nossa definição comprehendia ou não o direito de propriedade, ou era restricta ao direito de acção (Liberdade), e por isso accrescentámos aquellas palavras — que podiam ser uteis, e que nunca poderiam prejudicar. Por outro lado, havendo quem sustente que o direito de propriedade — é um roubo — e não tem fundamento legitimo — pareceu-nos que muito conveniente seria declarar aqui — que esse direito era para nós comprehendido na esphera mais lata do direito.

Entretanto não faremos questão d'isto, não porque haja na realidade a redundancia, que se nota; mas porque a dúvida, que podesse restar, seria completa-

mente removida no titulo em que se tracta dos direitos originarios.

Por ultimo appresenta-nos o douto censor duas definições de Direito — uma de Corrêa Telles, e outra de sua' lavra — que considera muito superiores á nossa. Vejamos o que isto importa. — *Toda a faculdade* (diz Corrêa Telles) *que a Lei concede a alguma pessoa de dar ou fazer, ou não fazer, ou de prohibir que outra dê, ou faça, é um direito.* Mas se o douto censor achou redundante a nossa definição — porque possuir e dispôr está incluído na faculdade de praticar certos actos — como é que não vê que — *dar* — importa a idéa de possuir e dispôr? — Nesta parte não vemos differença nas duas definições. — A superioridade supposta da definição de Corrêa Telles não pôde pois consistir, para o douto censor, senão no additamento — *ou de prohibir que outro dê ou faça* — que mostrámos achar-se comprehendido no primeiro membro da definição.

A definição do douto censor é a seguinte: = Direito é a faculdade, concedida pela Lei civil, de praticar, ou deixar de praticar, ou de obrigar outrem a que pratique ou deixe de praticar certos actos. — Reduz-se a copiar a definição de Corrêa Telles — ajunctando á palavra *Lei* a restricção — *Civil* — e, supprimindo as palavras *dar*, e *dê*, — cabe por consequencia na mesma redundancia que censura — e, o que mais é, restringe ao direito civil a definição que, tanto no nosso artigo como no de Corrêa Telles, se refere a todo o direito, baralhando

todas as idéas do Projecto, e assentando um principio falso — a idéa de que o direito só pôde ser constituído pela *Lei Civil*.

La critique est aisée, faire mieux c'est difficile.

Aqui faremos agora duas observações, com referencia ás considerações do talentoso Jurisconsulto insertas no jornal acima citado. A primeira é que não foi por luxo e apparato scientifico que inserimos no primeiro titulo do codigo esta definição — mas, só e unicamente, pela necessidade, que sentimos, de appresentar as nossas idéas com certa ordem, claresa e deducção. Não ha ahi nada de scientifico; appresenta-se a idéa trivial e generica do direito como todos a poderão facilmente comprehender, deixando intacta a questão do seu principio determinante, em que na verdade não podíamos entrar sem aberrar dos limites da nossa missão. 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 acceção.

Artigo 3.º

Censura. Extranha o douto censor que se falle neste artigo de *capacidade politica*, porque este objecto está fóra da rubrica do titulo.

Resposta. Como podíamos nós discriminar e definir precisamente em que consiste a capacidade civil, sem ter

em vista as raías que a separam da capacidade politica? E isto não está por certo fóra da rubrica do titulo; — fazer conhecer o que são os direitos civis declarando as differentes especies de capacidade juridica — não é legislar sobre direitos politicos — o que na realidade seria inadmissivel.

Censura. Nota mais o douto censor que não fazemos menção de outros direitos e obrigações, que hoje são regulados pelo Codigo Administrativo.

Resposta. Parece que por coherencia devia o douto censor applaudir semelhante omissão, tendo-nos reprehendido por fallar em cousa que não fosse de Direito civil — *preso por ter cão e preso por não ter cão*. Mas engana-se o douto censor. A verdade é que fallámos 'nesses Direitos: e quer saber o douto censor aonde? — nas palavras *Direito publico nacional*, porisso que o Direito administrativo, faz parte integrante d'esse Direito; — e não é culpa nossa se estas philosophias do Direito são extranhas ao douto censor.

E comtudo, bastaria que o douto censor se recordasse do que de certo deve ter apprendido nas Institutas, L. 1, t. 1, §. 4, ou nas Pandectas de Heinocio, L. 1, t. 1, §. 3. — A Legislação de cada paiz (diz um Illustre escriptor moderno) consta de dois elementos, a saber: o *direito publico*, e o *direito privado*. O *direito publico*, na sua acceção restricta e especial, é o que regula a Constituição politica do Estado, e as relações entre o governo e os governados: comprehende, pois, como diziam os Roma-

nos *quod ad statum reipublicae spectat* — assim como o direito privado, ou civil, comprehendia sómente — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*. (*Et sic passim*).

Artigo 4.º

Censura. Observa o douto censor, que a primeira proposição contida 'neste artigo, pela qual se enuncia que o homem tem direitos e obrigações, que resultam immediatamente da sua natureza, está fóra da rubrica do titulo, que se limita a tractar da capacidade civil, objecto e natureza da Lei Civil em geral.

Resposta. A capacidade civil, como se disse no artigo precedente, é a capacidade juridica applicada às relações particulares, aos direitos e obrigações de interesse privado: e como esses direitos, evidentemente os mais importantes, provêm da natureza do homem — e a Lei Civil não faz mais que reconhecê-los, e garantil-os — fica evidente — que a proposição condemnada entra forçosamente na rubrica do titulo.

Censura. Todos os direitos e obrigações civis têm a sua base na Lei Civil, e por conseguinte não se pôde dizer, que ha direitos que se adquirem por outra fórmula, ou principio, que não seja a disposição da mesma Lei.

Resposta. O douto censor labora aqui 'numa deploravel confusão de idéas. Primeiramente confunde a constituição dos direitos, com as garantias dos mesmos direitos; — em segundo lugar não distingue, como devêra, os direitos que se adquirem *mediata* ou *imediatamente* por disposição da Lei. O erro do douto censor nasce de

estar persuadido que não ha direito, que não seja creado pela Lei Civil — o que conduz ao grave absurdo de supôr, que os mesmos direitos naturaes são creados pela Lei Civil — quando esta Lei não faz mais que reconhecer-os e garantil-os. E para que o douto censor possa palpar o absurdo da sua doutrina — veja quaes serão as consequencias d'ella; supponha que se tracta do direito de liberdade, e propriedade. Se a Lei Civil é que cria estes direitos, teremos que poderá o legislador dispôr, como bem lhe parecer, da pessoa e bens do cidadão — deixal-o livre, ou fazel-o escravo — espolial-o em seu proveito ou de outrem, sem que possa haver impedimento racional, ou motivo para queixa. A Lei turca, argelina, será tão justa como a Lei franceza ou ingleza. A escravidão, o confisco, o communismo — tudo emfim que for estabelecido pela Lei, será sancto e justo. Para nós o direito (e esta é a opinião geralmente seguida pelos escriptores da philosophia de direito) preexiste á Lei Civil: a Lei não faz mais que prestar-lhe a sua sancção, o apoio da força social, e regular o seu exercicio. «A Lei (diz o illustre Ahrens) não é mais que a fórmula social do direito, d'este principio eterno, fundado na natureza racional do homem, posto que se desenvolve com a intelligencia, com as necessidades, e relações geraes dos povos. Bem sabemos que Bentham, Montesquieu, e alguns outros têm ensinado que o direito de propriedade *nasce e acaba com a Lei*; — mas esta opinião, refutada por Comte, Ahrens, e mil outros, não se ex-

tende, no seu modo de vêr, aos outros direitos originarios — pois seria negar a existencia do direito natural — anniquilar a dignidade do homem, o seu livre alvedrio, o seu fim racional.

Mas se a Lei, nos dirá o douto censor, não faz mais que reconhecer e garantir direitos, como é que se diz — que ha direitos que podem ser adquiridos por *mera disposição da Lei*.

Respondemos, que com quanto o ministerio da Lei seja em geral reconhecer e garantir direitos (e isto muito principalmente em materias de direito civil) — é certo que essa mesma Lei pôde estabelecer certas provisões especiaes reguladoras, como restricções aos direitos de cada um, para que se possam conciliar com o direito de todos, e estas provisões, são as que constituem a *especie* de direitos que se podem dizer especialmente *derivados* da Lei; posto que tenham o seu fundamento num direito preexistente.

Quando dizemos pois que ha direitos, que emanam da natureza do homem, de facto proprio, de facto proprio e de outrem, ou de facto de outrem — não queremos dizer que estes direitos se podem tornar effectivos independentemente da sancção da Lei, — mas sim que não derivam immediatamente da sua disposição — mas que pressupõem um principio anterior de existencia — o que se não dá com effeito, com tanta evidencia, nas provisões especiaes de que fallamos.

Nem este modo de fallar devia parecer extranho a

quem se suppõe habilitado para exercer a supremacia da censura em materias de Direito. Não ha codigo, em que a cada passo se não encontre esta especie de anthitese na classificação dos direitos civis.

Abra-se, por exemplo, o codigo francez no artigo 579 — o *usufructo*, diz elle, *estabelece-se pela Lei, ou pela vontade do homem*. Vejam-se, no mesmo sentido, os artigos 639 e 649.

Por ultimo diremos que as auctoridades de Paschoal e Toullier, que o douto censor invoca em seu auxilio nada vêm para o caso; porque dizer, que são *obrigações civis* as que nascem da Lei ou do direito — ou que não ha obrigação que não provenha de uma Lei anterior — não é negar a distincção de Lei natural e positiva, nem affirmar que todos os direitos vêm *immediatamente* da Lei, ou que só 'nella tenham a *sua base*. Bem pelo contrario, tanto Paschoal como Toullier reconhecem a pre-existencia da Lei natural e dos direitos originarios; e tractando da aquisição de certos direitos, como os de usufructo, alimentos, se conformam, sem hesitação, com o *systema* do codigo francez, e de quantos codigos existem.

Censura. Os quatro artigos precedentes devem ser eliminados, porque são didacticos.

Resposta. Porque são *didacticos*? Pois ha alguma Lei, que não ensine alguma cousa? Creio que o douto censor quer dizer — que os artigos sobreditos devem ser eliminados, porque são *meramente* doutrinaes. Mas para que a sua condemnação proceda — é preciso que se mos-

tre primeiro que os artigos condemnados de nada servem aqui em relação, ou á doutrina, ou á fórmula do codigo. E é isto o que o douto censor não poderá demonstrar. (Veja-se o que já ponderámos a este respeito na primeira Apostilla.)

Artigo 5.º

Censura. Deve este artigo ser eliminado. Não é preciso dizer qual é o objecto da Lei civil, porque isso se conhece da consignação das suas disposições.

Resposta. O que deixamos dicto nos artigos precedente, responde de sobejo a este reparo; — mas accrescentaremos ainda — que, em nossa opinião, tudo o que póde contribuir para melhor fazer comprehender o *systema* e economia do codigo, e ajudar a memoria do estudioso, longe de ser um defeito, é uma necessidade, ou pelo menos um merito.

Esta mesma demasia, que o douto censor nota e reprehende, é julgada indispensavel por Jurisconsultos da primeira ordem. Eis-aqui o que diz *Blondeau*, notando a falta de semelhantes disposições no projecto do codigo civil dos Paizes Baixos (*Themis*, tom. 6, pag. 289): «Era necessario, diz elle, não sómente fixar a linha de demarcação entre o codigo civil, e o codigo do Processo, mas tambem discriminar por todos os lados os limites do primeiro; em uma palavra, era preciso começar por explicar claramente o que se intende por codigo civil. Já Bentham notou, com razão, que a palavra *civil* é em legislação uma palavra grandemente ambigua; é opposta,

algumas vezes, á palavra *natural*, outras á palavra *político*, outros ás palavras *criminal*, ou *penal*, *militar*, *ecclesiastico*, *commercial*, etc.

Na linguagem do Direito romano, Direito civil, é ordinariamente a parte de legislação privativa dos cidadãos romanos, isto é, que os estrangeiros, e muito menos os escravos, não podiam invocar; é opposto ao *Direito natural*, e das *Gentes*, um dos quaes se compõe das disposições, que podem ser reclamados pelos estrangeiros, e o outro d'aquellas, que aproveitam aos mesmos escravos, e não deve ser considerado senão como um ramo do *Direito privado*. »

Blondéau, reconhecendo depois, que a distincção entre direito *publico* e direito *civil* é geralmente adoptada nos codigos modernos, mostra, que esta distincção não é por si sufficiente para fazer conhecer os limites de cada um d'estes direitos.

Censura. Diz-se, que a Lei civil ordena os meios necessarios para a defesa dos direitos, e sua restituição, quando forem violados. Estes meios, que se denominam *acções*, pertencem ao codigo do Processo.

Resposta. É na verdade penoso vermo-nos obrigados a descer a cada passo a explicações, que nenhum Jurisconsulto medeamente instruido deveria precisar; mas é forçoso, que levemos a nossa cruz ao Calvario.

As *acções*, diz o douto censor, pertencem ao codigo de Processo. Não ha dúvida, se intendermos por *acções* os meios practicos, ou o formulario, que deve pôr em

acção os principios estabelecidos no codigo civil, a fim de que se consiga a restituição dos direitos offendidos; mas, se remontarmos aos principios determinadores d'esses meios ou garantias, não é menos certo, que esses principios, o direito de acção, pertencem propriamente ao codigo civil. Por outras palavras, o direito de demandar em Juizo o que é nosso, ou nos é devido, pôde ser considerado debaixo de dois aspectos diversos, conhecidos entre os Jurisconsultos modernos sob a denominação de principios determinadores e sancionadores.

Os principios determinadores pertencem ao codigo civil; os principios sancionadores pertencem ao codigo de Processo. É assim, que, censurando o silencio do codigo civil francez sobre a materia das acções, acrescenta o distincto Jurisconsulto supracitado (na sua analyse do tractado das acções de Poncet) — pensariam os redactores do codigo civil que a materia das acções pertencia ao codigo de Processo? Seria um grave erro, como demonstraremos... O codigo de Processo (*Procedure*) não é mais, que a collecção de formulas, que devem ser observadas no exercicio dos direitos; e as acções são propriamente direitos. São comprehendidos effectivamente debaixo da denominação de acções, *lato senso*, todos os direitos, que nascem quando outros direitos são violados; por isso mesmo que, quando uma pessoa experimenta algum obstaculo no exercicio de um direito ordinario, é concedendo-lhe um outro direito, que o legislador vem

em seu auxilio (a). O que provavelmente tem induzido alguns Jurisconsultos a confundir as acções com o processo, é que este apresenta ordinariamente a idéa de um obstaculo, de uma resistencia, de uma contestação, em uma palavra, de um processo; e as acções supõem precisamente esta mesma resistencia, este obstaculo ao exercicio dos direitos ordinarios. Mas, por outro lado, a palavra *processo*, no seu verdadeiro sentido, abraça todas as formulas, que devem ser observadas no exercicio dos direitos em geral; e as acções não são os unicos direitos para que se tem prescripto formulas, e isto mesmo se comprova pela distincção de processos judiciaes e extrajudiciaes. Por outro lado, o mesmo direito de *perseguir*, suppondo, que se tem querido restringir assim o emprego da palavra *acção*, tanto se não pôde confundir com o modo de perseguir, como se não pôde confundir o direito de casamento com as formulas reguladoras do mesmo casamento.

Ora, é 'neste sentido, que intendemos tractar no nosso codigo das acções, e 'neste sentido devem ser entendidas as palavras do artigo censurado « *e ordena os meios necessarios para a sua defeza e restituição* »: e é, quando chegarmos ao exame da ultima parte do codigo, que po-

(a) Como toda a sociedade é algumas vezes interessada na violação de um simples direito privado, pôde acontecer, que esta violação produza ao mesmo tempo duas acções, uma privada ou civil, e outra pública ou criminal.

derá ver-se, se nos conservámos ou não dentro dos limites do direito civil determinador. Nem este systema é inteiramente novo; o mesmo Justiniano o adoptou nas *Institutas*, e se propunham seguil-o os redactores do Projecto do Codigo Civil dos Paizes Baixos. Diferentes tribunaes francezes igualmente o indicaram como necessario nas suas observações ao Projecto do Codigo Napoleão.

Art. 6.º

Censura. Repara-se que, declarando nós no art. 109, que, para se adquirirem os direitos de filho, era necessario, que o individuo nascesse com vida e figura humana, aqui, para se adquirir a capacidade juridica, se falle unicamente no nascimento com vida.

Resposta. O mesmo censor reconhece, que estes dois artigos se completam um pelo outro; mas convimos, para evitar duvidas, que se emende o artigo 6.º em harmonia com o artigo 109.

Censura. O douto censor, indicando os diversos systemas adoptados sobre o character de *vitalidade*, que deve importar a attribuição da capacidade juridica, não ousa declarar-se por algum d'elles, deixando a resolução d'este ponto ao bom censo do auctor e dos sabios revisores, e limitando-se a indicar, que a nossa doutrina, fundada no Codigo de Friburgo, art. 12, lhe não parece a melhor.

Resposta. Sentimos, que o douto censor nos não quizesse esclarecer com os fundamentos da sua auctorizada opinião 'nesta importante questão. Encarregados de for-

mular a Lei não nos podíamos acolher a tão prudente reserva. Regeitámos a theoria da *viabilidade*, bem como a de certo praso de existencia, mas não porque nos deslumbrásse a auctoridade do Codigo de Friburgo. Outras razões tivemos presentes, que vamos expender.

Quatro systemas indica o douto censor, a saber:

1.º O systema dos Codigos de Dinamarca (art. 202), Russia (art. 925), Allemanha (a) (artigo 273), que, segundo affirma o douto censor, attribuem todos os direitos no facto da *concepção*.

2.º O systema dos Codigos, que exigem um certo tempo de vida, depois do nascimento, por exemplo, o da America do Sul, que requer vinte e quatro horas, e o de Hespanha, que requer quarenta e oito horas.

3.º O systema dos Codigos, que exigem a *viabilidade*, taes como o de França (art. 725), Haiti (art. 586), Noruega (art. 115), Tessino (art. 441), Neuchatel (art. 577), Berne (art. 10), Valais (art. 9), Austria (art. 22, §. 4) (b).

4.º O systema adoptado no artigo e no Codigo de Friburgo.

(a) Para evitar equivocos devemos notar, que este supposto Codigo allemão não é mais, que uma compillação (feita por M. Bergson) de regras geraes de direito subsidiario na Allemanha; e que o supposto Codigo de Hespanha citado em o numero seguinte, não passa de um projecto, abortado.

(b) O Codigo de Austria é aqui citado inexactamente, pois a theoria da *viabilidade* não é 'nelle adoptada. Certamente o equivoco do douto censor proveio de não intender o sentido,

Começaremos por observar que o primeiro systema, apontado pelo douto censor — a saber, que concede *todos os direitos ao facto da concepção*, não é conhecido na Jurisprudencia, nem ha codigo algum que estabeleça similhante doutrina. Se se tracta de proteger o infante concebido — não ha codigo algum que o não proteja: — se se tracta dos direitos successorios — não ha codigo algum que não habilite o infante, a contar da concepção; — mas se se tracta da effectividade d'este direito e de outros similhantes, não ha codigo algum que os confira, não se verificando o nascimento, ou seja com vida, ou seja com *viabilidade*. Os mesmos codigos, que o douto censor invoca — não estabelecem, nem podiam estabelecer, outra doutrina — que na realidade seria um insigne absurdo. O codigo de Dinamarca diz apenas no artigo citado (202): « *para succeder é indispensavel existir ou ser concebido no momento da abertura da successão* » — é o mesmo exactamente que dizem a Compilação Allema e o Codigo Russo, e se acha consignado no artigo 725 do Codigo Francez; — mas nenhum d'esses codigos admite que o infante, que nasce morto, possa succeder — o que devia necessariamente admittir-se na hypothese de que *todos os direitos* se adquiriam sómente pela concepção.

em que 'neste Codigo se emprega a palavra *viable*, segundo a traducção franceza, e que ahí corresponde simplesmente á palavra vivo (*vivant*), por opposição á palavra morto, como se deprehende do artigo 23.

O segundo systema aproxima-se do nosso, com a differença, que exige que o infante não só nasça vivo, mas que dure certo tempo, v. g. 24 ou 48 horas. O primeiro d'estes prazos é o único que tem força legal, tanto na Hespanha, como na America do Sul, que segue a mesma Legislação. (Veja-se a Lei 13.^a de *Toro*, ou a *Notissima Recopilacion*, L. 10, tit. 5.^o, L. 2.) Esta doutrina é adoptada pelo nosso Corrêa Telles no seu Digesto, tom. 2, art. 853.

A Lei Hespanhola exige comtudo mais alguma cousa — a saber: 1.^o que o infante nasça *todo* (a); 2.^o que *haja sido baptisado*: e nas questões de paternidade legitima exige a condição de *viabilidade* (b). Por este modo propunha-se o legislador Hespanhol pôr termo ás immensas questões, que se suscitavam acerca dos recém-nascidos, que morriam, para se determinar se eram ou não abortivos: e com effeito ha ahí melhoramento, mas

(a) Por *todo* entende Gomes *ad Leg. Taur. 13.^a n.^o 4 — integer non declinans ad monstrum vel prodigium* como — se a palavra *todo* fosse equivalente da palavra — *perfecte* — que se lê na L. 3, *Cod. de Posth.* Mas segundo observa Savigny — o termo — *perfecte* — significa a inteira separação do seio da mãe.

(b) *Viabilidade* — usamos d'esta palavra franceza para evitar duvidas. — Mas devemos notar, que a palavra *vital*, *vitalidade* é a que empregam como equivalente os escriptores Latinos, e os nossos Jctos. *Viable* — vem de *vitalis habilis* — e não de *via habilis* — como quer Vellepin, citado pelo Sr. Moraes. Esta é a opinião de quasi todos os Jctos Francezes de nota.

fica ainda, em nossa opinião, muito áquem do que era necessario.

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

Mas qual é o fundamento d'esta doutrina? que quer dizer este requisito de certas horas? Esta doutrina parte evidentemente do presupposto que o infante que não vive 24 horas não é *viavel* — é incapaz de viver, não tem na sua organização as condições necessarias á vida. — Ora esta supposição é horivelmente arbitraria: isto mesmo se convence da variedade de opiniões que se encontram neste ponto. A Lei de *Toro* crê que o infante que não vive 24 horas não é *viavel* — o Projecto Hespanhol dobra a parada. Mr. Boulay, na discussão do Código francez, propunha o praso de dez dias. — Não, responde Mr. Regnault de Angely — devem ser quinze. — Estas supposições, acode o Consul Cambacères, sobre a duração que pôde ter um infante não *viavel* — não são admissíveis — não é possível 'nesta parte assignar regras certas á Natureza. — A isto accrescentava o sabio *Foucroy*: não é possível reconhecer por signaes certos a idade do recém-nascido. Não temos senão indicios equivocos e fallazes. A questão dos nascimentos tardios tem dado lo-

gar a opiniões e julgamentos os mais disparatados, em diversos tempos e logares (a).

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

O 3.º systema, seguido por Lobão e Rocha, pareceunos egualmente inadmissivel. Responderá por nós o judicioso Savigny no seu Tractado de Direito Romano.

Esta doutrina (diz elle, tom. 2.º append.) nem mesmo é susceptivel de uma applicação real e verdadeira. Não é *viavel*, dizem, o que nasce antes que decorram 182 dias desde a concepção. Mas como se pôde conhecer o dia da concepção? Ora é precisamente porque é impossivel conhecer o dia da concepção, que os Romanos tomaram por ponto de partida do seu calculo o dia conhecido e certo do nascimento. Para sahir do circulo em que se encerraram não tinham os partidarios da doutrina, que combato, senão um meio: chamar os medicos para que elles declarem, segundo o estado de imperleição da criança se tem, ou não, permanecido mais de 182 dias no seio da mãe, e se conhece se não é *viavel*. Procedendo d'esta maneira, o numero dos dias é inteiramente inutil;

(a) Vide Locré, tom. 3, p. 22, Ed. Belga. Estas razões pareceram a final assás fortes, e a doutrina proposta foi rejeitada.

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

Nestes termos, é evidente o perigo dos juizos individuaes, a que se abre a porta sem nenhuma necessidade, perigo que, debaixo de outro aspecto, o Direito Romano soube evitar, pela presumpção da paternidade. E não se me objecte, que se no meu systema é preciso provar a vida, tambem se pôde provar a *viabilidade*. A differença entre os dois casos é manifesta. A vida da criança é um facto, cuja percepção cáe em grande parte sob os sentidos, e por consequencia pôde ser, como qualquer outro facto, provado por testemunhas, sem nenhum perigo. A apreciação da *viabilidade* pertence á sciencia, e sobre este ponto os medicos estão longe de accôrdo. Acrescentarei, que na exposição das suas theorias supõem sempre que a criança fallece. Se pois, em seguida ao nascimento, se formar um relatorio exacto do estado da criança e for endereçado a uma faculdade de medicina, e muitos mezes depois a faculdade declarar a não *viabilidade* da criança, e sua incapacidade juridica, e esta

criança chegar todavia a uma idade avançada, haverá algum partidario d'esta doutrina, que ouse declarar sem direitos, como incapaz de viver, o mesmo homem que, vivendo, está provando essa capacidade?

« Eis-aqui outros inconvenientes (acrescenta o mesmo auctor): supponhamos que uma criança vem á luz em tempo, que dá signaes incontestaveis de vida, e morre immediatamente. Abre-se-lhe o corpo, e reconhece-se que um vicio organico tornava impossivel a prolongação da vida. A sua não *viabilidade* é muito mais certa que a dos nascidos antes de tempo, e todavia não se contesta ordinariamente a sua capacidade juridica. Applicar a este caso as consequencias logicas do principio, e pronunciar a incapacidade, seria ainda aggravar o perigo da arbitrariedade e a incerteza do Direito. »

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

O 4.º e ultimo systema — é o que adoptamos; mas não se pense que não temos por nós senão a mesquinha auctoridade do Codice de Friburgo, como crê o douto

censor. Primeiramente saiba que é esta a nossa Lei actual, — não Lei escripta na verdade, mas Lei subsidiaria. E é a nossa Lei subsidiaria, porque é esta a doutrina do Direito Romano, 'nesta parte em perfeita harmonia com os dictames da razão. O assento d'esta materia 'nesse Direito são as Leis 2.ª e 3.ª do Cod. de Posthum. (6, 29). Estas Leis, observa ainda o citado Savigny, decidem que a criança adquire a capacidade juridica logo que se completa o seu nascimento (*perfecte nascitur*), ainda que morra immediatamente (*illico discesserit*), por exemplo, entre as mãos da parteira: e sendo este o lugar de distinguir se a morte foi ou não resultado da não *viabilidade*, a Lei não distingue, nem limita, e nós não podemos egualmente distinguir nem limitar. — Estão comnosco muitos outros Jctos, tanto Reinicolas como Estrangeiros. Veja-se Gomes, *ad Leges Tauri* 13.ª n.º 1; Carpzow, *Jurisprud. forens.* p. 3, const. 17, det. 18; Cardoso, *in praxi v. testamentum*, n.º 59, que dá esta doutrina como corrente, e cita as Leis supra; Baldo, Paulo de Castro, Alexandre, Jason, Caldas Pereira, Portugal, Arouca, Pinheiro, etc. A estes Jctos podemos adicionar, entre os modernos, J. A. Seiffert, Vangerow, e o citado Savigny. — Esta mesma doutrina é Lei na Prussia (V. o Cod. Pr. 1.ª P. t. 1, §. 12 e 13), na Austria (C. A. art. 22), em Lucerna (art. 10 e 11), em Argovia (art. 21), etc. etc.

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

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

(a) *Oeltze* pertence aos utilitarios Hobbesianos, que não consideram como justo senão o que é util, e util o que convem ao maior numero: doutrina que não seguimos, e da qual disse o poeta *Lucano*:

... *Sidera terra*

Ut distant, ut flamma mari, sic utile recto:

Pharsal. L. 8.

e que Belime energicamente fulmina nos termos seguintes: — vós não tendes direito, ainda mesmo pela salvação de todos, a fazer cair um cabelo da cabeça do innocente.

Não entraremos no exame das complicações, que a doutrina da *viabilidad*z pôde offerecer em relação ao direito criminal, por ser materia extranha ao nosso proposito; mas podem consultar-se a este respeito as considerações de Savigny ao appendice mencionado.

Por ultimo observaremos que é preciso não confundir a theoria da capacidade juridica com a theoria que regula a paternidade, e filiação.

O que nasce de justas nupcias é presumido filho dos conjuges, — mas esta presumpção está sujeita a certas condições excepçionaes, que podem destruil-a. Aqui era indispensavel conciliar o direito da creatura com o direito do progenitor, e dar sómente a cada um o que na realidade lhe pertencia, — pelo menos quanto o permitissem os acanhados limites da sciencia humana.

Já vê, pois, o douto censor que não nos decidimos de leve pela adopção da doutrina do artigo *analisado*, com quanto lhe não pareça a melhor.

Artigo 7.º

Censura. Sobre este artigo observa o douto censor unicamente — que o preceito — que a Lei será igual para todos — é da Carta Constitucional, e que já antes d'ella o estabelecia o Alvará do 1.º de Agosto de 1774 — que a Lei obrigua a todos em um e outro fóro.

Resposta. Este ultimo principio é muito mais antigo do que pensa o douto censor, e mesmo uma condição inherente á natureza da Lei, e tão antiga como ella: — assim o vemos consignado, entre nós, na Ordenação, L.

1, t. 2, §. 10, no Alvará de 16 de Janeiro de 1768, §. 6, na Lei de 24 de Outubro de 1764, e no Alvará de 12 de Maio de 1709 — *et passim*.

Este artigo foi por nós modificado na ultima edição. Substituímos o principio *obligatorio* pelo principio da *igualdade*, deixando aquelle para outro lugar, por isso que a limitação addicionada convém mais ao primeiro que ao segundo.

Artigo 8.º

Censura. Observa o douto censor que é necessario tornar o artigo mais explicito, dando-se-lhe outra redacção, até para evitar a illação que d'elle se poderia tirar, de que a Lei não interpretativa tambem póde ter applicação retroactiva, resalvada a offensa de direitos adquiridos.

Resposta. A redacção é elara: e a illação, que o douto censor receia, é de absoluta necessidade; nem de outro modo se póde entender o principio da não retroacção, consignado na Carta.

A gravidade e difficuldade d'esta materia demanda algumas explicações.

Nada mais singelo e natural que o principio de que as Leis não devem ter effeito retroactivo.

A retroacção na Lei, dizia Benjamin Constant, é a ruptura do pacto social; é a annullação das condições, pelas quaes a sociedade tem o direito de exigir a obediencia do individuo; porque lhe rouba as garantias que lhe assegurava em troco d'essa obediencia, que é um sacri-

ficio. A Lei que retroage, não é Lei.—A liberdade civil, dizia Portalis, consiste no direito de fazer o que a Lei não prohibe: é considerado como permittido tudo o que a Lei não prohibe. Que seria pois a liberdade civil se o cidadão tivesse que recear vêr-se exposto ao perigo de ser incommodado por suas acções, ou perturbado em seus direitos adquiridos por uma Lei posterior? Assim, já o direito Romano havia consagrado o principio (2, 7, *Cod. de Legibus*) — *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*. Ninguém ignora o brocardo — *Non est Janus in legibus* (a). O accordo é universal em quanto á regra; — mas será ella de tal modo absoluta, que nenhuma das consequencias proximas ou remotas de um acto juridico não possa ser regulado senão pela *Lei que existisse ao tempo d'esse acto*?

Aqui começam as difficuldades e os dissentimentos.

Não entraremos na discussão das differentes soluções que se têm pretendido dar a este problema; — seria preciso escrever um grosso volume, e não temos vagar nem saude para isso. Mas reflectimos maduramente sobre cada um d'esses alvitres, e concluímos pela adopção do principio consignado no artigo, como o mais razoavel, simples e facil.

E com effeito, que pretende a Lei constitucional, consagrando o principio da não retroacção? Sem duvida proteger a liberdade e a propriedade, os direitos civis do

(a) Bacon, Aphorismo 47 e 51 — ou *Lex non respicit retro*.

cidadão contra as veleidades e abusos tanto do legislador como do executor da Lei. E poderá dizer-se que ha offensa do direito do cidadão, em quanto elle lhe não pertencer effectivamente? Parece-nos que não. Poderá objectar-se, que o cidadão pôde ter formado expectativas (*attentes* em francez), pôde ter concebido esperanças á sombra da Lei, e que não seria rasoavel esbulhal-o d'ellas. É verdade: mas este inconveniente deve ceder na presença de outros maiores. Primeiramente, desde que se considerar como direito adquirido a nossa expectativa, e se assentar como principio inflexivel tanto na confecção, como na execução da Lei, cahiremos no absurdo de tornar a ordem social impossivel: condemnaremos o Estado a uma perpetua immobildade: nenhuma reforma, nenhum melhoramento, nenhum progresso se poderia mais operar. Nenhuma Lei nova deixa de ferir alguma expectativa; não faltaria nunca quem se queixasse de uma esperança malograda. Em segundo logar, para attenuar o inconveniente, se se quizesse distinguir entre as expectativas as que parecessem mais attendiveis, não poderia firmar-se regra que não cahisse no arbitrario, pela impossibilidade de apreciar com exacção a variedade infinita das concepções e relações humanas, d'estes factos, que são como os corpos polygonos, que nenhum tem a mesma forma e face. E é isto precisamente o que se evidencia nas theorias fundadas em semelhante presuppsto.

Mas, se o Legislador só pôde verdadeiramente considerar-se limitado na sua acção pela presença de direitos

adquiridos, — nem por isso, uma vez que a Lei appareça legalmente promulgada, poderá deixar de ser cumprida pelos Tribunaes. Não é ahi que a Lei pôde ser discutida no seu merito intrinseco, — não é ahi que poderia ser revogada, *dura lex sed lex*. Outros são os meios que a constituição estabelece para evitar, ou remediar semelhantes abusos.

Mas, se isto assim é, a que vem a inserção d'esta regra no Codigo Civil?

Esta regra é indispensavel, não para os casos em que a Lei retroage expressamente, mas para aquelles em que durante a Lei nova appareçam factos intimamente connexos com outros factos passados durante a Lei velha, — e sobre os quaes nada se acha providenciado, — e que necessariamente devem ser resolvidos pelos Tribunaes.

Temos pois a regra, que a Lei não poderá ser applicada com offensa de direitos legitimamente adquiridos. É preciso primeiro que tudo fixar bem a significação d'estas palavras.

Por *direitos adquiridos* entendemos aquelles de que o sujeito dos direitos se acha definitivamente investido, que estão no seu dominio, na sua propriedade, de um modo irrevogavel. O direito adquirido pois differe da expectativa, que não é mais que a possibilidade de um direito. O direito *térá* a sua força do passado; a expectativa recebe-a do porvir. O direito adquirido exerce-se na actualidade; a expectativa não tem actualidade.

Aqui poderá entrar em dúbida se os direitos conferi-

dos sob condição ou termo, devem, ou não, ser considerados como effectivamente adquiridos, ou como novas expectativas. Mas esta duvida está resolvida desde muito. Fallando a Jurisconsultos (assim se exprime Duvergier), não será preciso dizer-lhes, que quando um termo é assignado ao exercicio de algum direito, não deixa por isso esse mesmo direito de ter uma existencia certa e actual; — que quando um direito é subordinado a uma condição, e esta se consegue, o seu effecto se retrotráe, ~~ao~~ tempo em que o germe do direito se constituiu. É a mesma doutrina que, entre nós, também ensinavam Portugal (Donat., prel. 1, §. 2, n. 3, e Phebo, 1.ª P. decis. 83, n. 2) com as Leis Romanas, e muitos auctores que citam.

E poderá considerar-se como direito adquirido qualquer faculdade de acção conferida ou auctorizada pela Lei?

Aqui uma distincção é necessaria.

A faculdade de acção não pôde, em si mesma, constituir direito adquirido. — A faculdade de acção é essencialmente um meio de adquirir direitos. Se este meio se não exerce, em quanto ao producto, a Lei nova não pôde retroagir por falta de objecto. — Se foi exercido, o seu producto constitue necessariamente um direito adquirido, que deve ser respeitado. As faculdades que a Lei confere não podem manietal-a em quanto ao futuro: aqui tem lugar o brocardo — *ejus est tollere cujus est condere*.

Entendidas assim as cousas, mil questões difficilimas, em qualquer outra theoria, se aplanam e tornam facilimas: tiraremos a contra-prova applicando a nossa doutrina ás especies mais controversas.

Capacidade juridica.

A *capacidade juridica* é um direito de acção, é uma faculdade, geralmente fallando; — e já se vê, que em quanto ao preterito não pôde haver direitos adquiridos senão os que resultarem effectivamente do exercicio d'essa faculdade.

Exemplos. Supponhamos que uma Lei nova prolonga ou encurta o prazo da maioridade, ou da emancipação: deverá ser cumprida a Lei nova desde logo? *Sem dúvida.* Salvos os direitos adquiridos no intervallo da prolongação do prazo.

Não falta quem sustente, que, se a Lei nova ~~encontrar~~ o pupillo emancipado, ou já maior, não deve ser ~~reduzido~~ de novo á tutella, á sujeição do poder paternal; ~~mas~~ a opinião contraria tem prevalecido geralmente, e parece-nos que com razão: — primeiramente, porque teriamos de quebrar a regra geral; — e em segundo lugar, porque semelhantes leis são inteiramente calculadas no interesse dos menores para conservar e não para offender seus direitos. Veja-se 'neste sentido Merlin, Marcadé, Demolombe, Duvergier, etc.

Legitimações e filiações. — Se a legitimação é ligada pela Lei a um facto como o do casamento, ou nasci-

mento, dadas certas circumstancias, consummado esse facto resulta d'elle uma qualidade ou estado, um direito adquirido, que não pôde ser violado pela Lei nova. Mas se a legitimação é uma faculdade, como o reconhecimento do filho, ou a acção d'este, não é nem pôde constituir um direito adquirido, senão em quanto aos factos praticados anteriormente em consequencia da faculdade concedida.

Consortio. — As condições para a celebração do casamento importam uma faculdade geral, que pôde ser a todo o tempo modificada. — Mas, celebrado o consorcio, adquirem os conjuges direitos e obrigações relativamente á sua pessoa e bens, que devem ser respeitados nos termos da Lei do tempo em que o dicto casamento foi celebrado.

Faculdade de dispôr entre vivos. — Nenhuma dúvida pôde offerecer 'nesta parte a applicação da regra.

Alguns Jurisconsultos fazem distincção entre effeitos immediatos e immediatos dos contractos, entre effeitos e consequencias. — É uma doutrina inextricavel, que se confunde com a doutrina das *expectativas*. Os direitos e obrigações nos contractos, resultam da vontade expressa ou tacita das partes; e é bem claro, que não podem ter concebido a vontade de submeter-se a obrigações desconhecidas, e que talvez, sendo previstas, não teriam sido consentidas. — Assim pois o que adquire por contracto um direito, entende manifestamente havel-o como elle é em si, em toda a sua plenitude, e tanto com os

seus effeitos actuaes, como eventuaes, condicionaes, proximos, ou remotos, que têm sua origem no contracto.

Mas, se isto assim é (dir-se-ha), nenhuma Lei nova pôde regular de outro modo qualquer direito adquirido por contracto á sombra da Lei velha, — por exemplo, uma emphyteuse, um censo, uma capella, um morgado.

Esta questão pôde ser encarada debaixo de dous aspectos: 1.º em relação á Lei; 2.º em relação á sua execução.

Em quanto á execução é evidente, que, não havendo na Lei retroacção expressa, não poderão de modo algum os tribunaes deixar de respeitar os direitos adquiridos na fórma do contracto, ou da Lei velha. Mas, se a Lei nova retroagir, poderá dizer-se que os direitos adquiridos são violados, e por consequencia, que ha infracção da Lei fundamental.

Ainda aqui temos de fazer uma distincção. Se o legislador anniquila o direito na sua substancia em prejuizo d'aquelle a quem pertence segundo a Lei antiga, sem dúvida alguma teremos retroacção. Mas se a Lei não faz mais que regular o exercicio d'esse direito na sua fórma, pondo o interesse particular em harmonia com o interesse geral, não vemos, que possa haver retroacção nem offensa da Lei constitucional. O bem geral não pôde ser sacrificado a nenhuma consideração de interesse privado, e é condição esta que se presuppõe necessariamente na existencia de todo o direito social.

A Lei pôde constituir diversamente a emphyteuse, o

censo, o vínculo; o que não pôde é esbulhar o administrador, o senhorio, o emphyteuta, do direito de que se acha investido, quereamos dizer da sua propriedade.—*De que se acha investido* dissemos nós, e com isto declaramos que os não possuidores actuaes, — os que apenas gozam de um direito de expectativa, — rigorosamente não teriam que queixar-se da Lei nova, — mas, como é conveniente e justo, que o legislador respeite mesmo esperanças fundadas, — será para desejar que em casos semelhantes essas mesmas esperanças sejam resalvadas. — Os que não existem, os que estão apenas na massa dos possíveis, é bem certo, que não podem ter direitos adquiridos.

Lesão e causas resolutorias.—Deverá a Lei nova, que abolir a acção de lesão, ou outra causa da resolução ou rescisão, applicar-se aos contractos celebrados debaixo da Lei abolida? se a Lei não retroagir expressamente, devem os tribunaes governar-se pela Lei anterior, porque, em caso de dúvida, assim lhe cumpre proceder. — Mas poderá dizer-se que a Lei, que 'nesta parte ordenar a sua immediata e completa execução, retroage? Os actos não estão de accôrdo a este respeito.—Emquanto a nós, partindo sempre do principio adoptado, diremos que a lesão, resolução, rescisão, importa uma faculdade, que a Lei pôde retirar, ou modificar sem retroacção, com tanto que fiquem resalvados os direitos em exercicio por effeito d'essa concessão. — Demais a rescisão por lesão ou outra causa, não é um elemento natural e necessario dos

contractos, e nesta parte, parecem-nos de todo o peso as seguintes considerações de Meyer (a), posto que impugnadas por Chabot (b), e Merlin (c).

Nenhuma acção rescisoria por effeito da Lei (diz elle) e não de pacto expresso pôde ser considerada uma consequencia immediata e necessaria dos actos anteriores á nova Lei: pelo contrario, se as partes houvessem acréditado que tal acção teria lugar, de certo se não teriam obrigado. Esta acção é um remedio concedido pela Lei contra o voto dos contrahentes, e para remedear, ou a desigualdade existente no momento do contracto, ou os effeitos não previstos. Não se pôde portanto dizer, que as partes tacitamente se têm submettido á disposição da Lei. — Não se pôde dizer que a seguirão, porque só dispõe para um caso inesperado, e contrario á sua vontade. — Esta supposição seria subversiva do contracto, e não se pôde admittir a hypothese de que os contrahentes não tenham vontade séria de obrigar-se. Ainda mais, em todas as causas em que a rescisão pôde ter lugar, torna-se indispensavel uma nova declaração da vontade da parte lesada, é preciso um novo facto para que cessem os effeitos do contracto, ou acto, e este novo facto não pôde deixar de ser submettido a Lei vigente no momento em que teve lugar.

(a) *Principes sur les questions transitaires.*

(b) *Questions transitaires.*

(c) *Repert. verbo Effet retroactif.*

Disposições testamentarias.— A Lei nova pôde alterar: 1.º a capacidade do testador; 2.º a quota disponível; 3.º a capacidade do herdeiro, ou do legatário; 4.º as solemnidades testamentarias. — Percorramos rapidamente cada um d'estes capitulos.

Em quanto á capacidade do testador, — como faculdade pôde ser a todo o tempo livremente modificada pela Lei. Mas se o testador habil houver feito testamento, e depois esta faculdade lhe fôr retirada, valerá o testamento feito? segundo a nossa regra, parece á primeira vista, que o testamento deverá prevalecer; mas ha aqui uma circumstancia, que não pôde deixar de limitar essa regra — se é, que não está no seu espirito. A disposição testamentaria é um acto complexo, que não se considera ultimado senão por morte do testador. A factura do testamento não é propriamente mais que um projecto, que pôde ser revogado pelo testador até á hora da sua morte. Já se vê pois, que debaixo d'este ponto de vista não é um acto consummado, nem pôde resultar d'elle isoladamente direito algum, em quanto ao herdeiro ou legatário, porque esse direito sómente se adquire no momento da morte do testador; — consequentemente a Lei nova deverá ser cumprida desde logo sem que possa notar-se de retroactiva. Mas supponhamos que alguém faz testamento sendo inhabil, e depois outra Lei lhe retira essa inhabilidade, valerá o testamento feito? não certamente, aliás a Lei seria retroactiva.

Em quanto á quota disponível, — são lhe applicaveis os

principios, que acabamos de expender. — A Lei nova deve produzir desde logo o seu effeito em relação a todas as heranças não abertas ao tempo da sua promulgação. — De um lado temos uma faculdade sujeita á Lei, e de outro um direito, que se não pôde dizer adquirido senão por morte do testador.

Em quanto ás solemnidades testamentarias, — a Lei nova não pôde ser applicada aos testamentos, que, ao tempo da sua publicação, se achassem legalmente celebrados. — A razão é, porque, celebrado o testamento, em quanto á fórma resulta d'elle um direito effectivo e determinado, que não pôde ser destruido sem retroacção, a saber, a sua força probatoria, a que unicamente se encaminham as formalidade externas. — Esta inferencia, que é conforme com as regras que regem os actos em geral, não poderia mesmo deixar de ter lugar sem graves consequencias, e prejuizos irreparaveis, ainda que a nova Lei concedesse certos prazos para a reforma do acto; porquanto em muitos casos essa reforma seria impossivel.

Successões legitimas. — Nesta parte nenhuma dúbida pôde haver. — A Lei nova não tem que respeitar senão os direitos adquiridos pela abertura effectiva das heranças.

Prescrição. — A prescrição é uma faculdade de adquirir ou de livrar de uma obrigação; e não ha nem pôde haver direito adquirido antes que as condições d'essa faculdade se verifiquem, se completem. — Antes não ha mais, que uma simples expectativa.

Assim a Lei nova deve regular todas as prescripções não consummadas. Sómente nos casos em que a Lei nova estabelece um prazo mais curto, que a antiga, será indispensavel prevenir o sujeito do direito, o crêdor, ou o proprietario com tempo, a fim de que possa usar do seu direito adquirido de acção; se o desprezar, a si deve imputar o prejuizo que soffrer. É para satisfazer a este principio de justiça, que temos de propôr um additamento ao nosso artigo 657, que será concebido 'nestes termos:

Se as prescripções começadas demandarem menos tempo, nunca poderão realizar-se sem que decorra, pelo menos, o prazo de trez mezes, a contar da publicação da nova Lei.

Os Codigos modernos, preocupados do falso presuppuesto de que, em materia de prescripção, pôde dar-se direito adquirido antes do complemento da mesma prescripção, mandam respeitar as prescripções começadas debaixo da Lei anterior; mas, nos casos em que estabelecem uma prescripção mais curta, infringem, sem escrupulo, o principio adoptado; determinando, que o prazo anterior não será respeitado sendo maior que o de trinta annos; porque 'nesse caso se observará a Lei nova. — Pretende-se com isto abbreviar o predomínio da Lei velha, que se entende inadmissivel, — mas não se reflecte, que esse inconveniente se prolongará em muitos outros casos em prejuizo da ordem pública, e da uniformidade, que convem na legislação. Varios Jctos da 1.^a ordem estão de

accôrdo com a nossa doutrina, e nomeadamente Troplong, *Prescript.*, n. 1075; Merlin, *V. Effet retroact.*, Sect. 3, §. 3, n. 11, e todos os antigos Jctos francezes (Vej. Merlin, *Prescrip. Domat. Vasselie, etc.*).

Reparações de damnos, obrigações resultantes de quasi contractos, delictos e quasi delictos. — Este direito, se resulta de um facto anterior, não pôde ser destruido pela Lei nova: mas importa não confundir o direito em si mesmo com o seu exercicio e execução. O que diz respeito á execução, á sua fôrma, é regulado tanto a este respeito, como de quaesquer outros direitos, pelas Leis vigentes na época em que os direitos são exercidos ou executados. — As leis do processo são de ordem pública, e não dependem de nenhum direito particular. — O direito civil não permite que seja alguém privado dos seus direitos adquiridos: mas o modo porque estes direitos devem ser garantidos pertence ao direito público, que não pôde ser determinado senão pelos interesses geraes: Isto comtudo não quer dizer, que os actos executorios, consummados á sombra da Lei não devam ser respeitados nesta parte; fica em pé o principio, que rege todos os actos em geral.

Mas em quanto á substancia do direito adquirido em conformidade com a Lei anterior, é indubitavel, que não pôde ser alterado pela Lei nova (Veja-se Merlin, *Repert. Effet retroactif.*, Sect. 3, §§. 8 e 11); posto que não falte quem ainda, 'nesta parte, proponha certas modificações, que não admittimos (Veja-se Blondeau, *Dissert. en Sirey*

9, 2, 277, 286—9; Soudart, *Traité de la responsabilité* tom. 1, n. 108).

Voltando agora aos reparos do douto censor: fica manifesto de tudo o que deixamos ponderado, que não é a distincção de Lei interpretativa, ou não interpretativa, que deve regular a apreciação da sua retroacção; — seja qual for esta Lei, ou a denominação que se lhe queira dar, é sómente o seu effeito em relação aos direitos, que se devem tomar em consideração.

O douto censor deixou-se preoccupar da antiga distincção e maxima vulgar — *que as Leis interpretativas se retrotrahem ao tempo da publicação da Lei interpretada*. Neste systema são resalvados os casos julgados, e as questões resolvidas por transacções, *et similia*, como diz Portugal (De Donat, l. X, n. 119, e Barbosa, *axioma* 136, n. 23).

É a doutrina do Direito Romano: *L. causas cod. de transact.*, e do Código de Sardenha, que o douto censor refere.

Mas as questões (em litigio) devem ser resolvidas pela Lei interpretativa.—Ora é precisamente para arredar semelhante doutrina, que no artigo se declara, que a Lei ou seja interpretativa, ou não, não póde ser applicada retroactivamente.—A razão é clara.—Se a Lei interpretativa não faz mais, que repetir o que se acha disposto claramente, é desnecessaria e absurda; — se ordena coisa que não esteja claramente na Lei anterior, é uma Lei nova, e cria um direito novo, que não póde ser applicado aos

factos anteriores, queremos dizer aos direitos adquiridos.

É certo que os Juizes na falta de Lei (o que bem se demonstra pela publicação da Lei interpretativa) podem, em quanto aos casos anteriores, conformar-se com a sua decisão, mas não *necessitate legis*.

Se admittissemos a doutrina contraria, seguir-se-hia, que as questões pendentes viriam a ser na realidade julgadas pelo *Poder Legislativo*, o que importaria a confusão dos poderes consagrada na Lei fundamental: inconveniente que se não dava, por certo, nos governos absolutos, em que o imperante reunia todos os poderes: e para os quaes essa regra foi primitivamente formulada.

Esta nossa opinião, posto que pouco vulgar, não é nova. Foi appresentada pelo Tribunal de *Agen* nas suas observações sobre o Código Civil Francez. « É impossivel (dizia esse Tribunal) que uma Lei *explicativa*, que regula o passado deixe de ser retroactiva. Os contractos celebrados segundo a maneira constante de entender e applicar a disposição das Leis, devem ser tão respeitadas, como as *sentenças* e *transacções* a que têm dado logar. A auctoridade da *cousa julgada*, ou da *transacção* não altera, em eguaes circumstancias, o estado das partes. »

Esta opinião foi então desprezada pela Commissão do Código, pela sua *singularidade*. Mas é do destino de todas as ideas exactas triumpharem mais cedo, ou mais tarde: e vinte e tantos annos depois recebia o principio proclamado a mais solemne sancção na Lei de 30 de Julho

de 1828. — « Quando se tracta (assim se exprimia o chanceller de França na camara dos Deputados) de uma Lei obscura, cujo sentido, até então não comprehendido, vem a ser revelado por uma Lei tardia, de uma Lei inintelligivel, a que uma disposição nova vem dar um sentido — de uma Lei cujas disposições vão receber, pela primeira vez, uma applicação nova, — tal Lei não pôde ser considerada como conhecida, ou promulgada antes da sua interpretação — *c'est son obscurité, ou son insuffisance qui sont acquises aux partiers et non l'evidence recente de ses dispositions*. O processo não teria sido provavelmente sustentado, se a disposição fosse clara e completa. Seria uma injustiça subordinar a sentença do tribunal a uma explicação ulterior, que houvera prevenido o debate judiciario » (*Monitor* de 25 de Maio de 1828, p. 703).

« Como é (dizia o Conde Molé na Camara dos Pares) que o legislador poderá remediar a essa especie de anarchia, que resulta da obscuridade da Lei? Será por uma formula declaratoria, por essa interpretação que os publicistas chamam *authentica* ou *legislativa*? Não, senhores: ha-de remedial-o por uma Lei nova por que o acto legislativo que modifica a Lei antiga é uma Lei nova. Mas quando, me perguntarão, terá lugar a interpretação? — *Nunca!* » (a).

(a) Veja-se sobre este objecto Foucher, *De la Législation en matière d'interprétation des Lois en France*; Isambert, *De l'in-*

Os contractos feitos (acrescenta o douto censor) *antes da Lei interpretativa, que tiverem de ser executados posteriormente devem por ella ser regulados: porque, se a Lei anterior era escura, não pôde depois ser entendida contra esta interpretação authentica.*

O que fica dicto bastaria para responder ao douto censor: mas, para maior clareza, ajunctaremos algumas observações, que não serão mais que desenvolvimento das precedentes. Supponha o douto censor que dous individuos na intelligencia de que a lei lhes conferia certo direito, celebram entre si um contracto. Supponha que em seguida apparece uma Lei, que interpretando a anterior em que as partes se fundaram, declara que um tal direito lhes não compete. — É claro que se o contracto não estiver executado, ficará sem effeito segundo a doutrina do douto censor. E será isto justo? Não é o contracto Lei entre as partes? Não é licito a cada um fazer o que a Lei não prohibe expressamente? Poderá a circumstancia de não se achar o contracto effectivamente executado, alterar os direitos adquiridos em boa fé? — Ignora o douto censor que a força dos contractos provém do consenso das partes, da estipulação, e não da execução, que não é mais que uma consequencia necessaria da mesma estipulação?

Comparemos agora a regra com a excessão da *transacção*, do caso *julgado*. Supponhamos que as partes esti-

terpretation Législative, Revue de Législation et Jurisprudence, Tom. 1, p. 241.

pulando o contracto não estabelecem tão claramente o seu direito como na hypothese antecedente, — que crescem duvidas e debates judiciaes, — e que as mesmas partes celebram uma transacção, — e que em seguida apparece a Lei interpretativa em sentido inverso ao supposto na *transacção*. — 'Neste caso, quer o douto censor que subsista a *transacção*. Onde está aqui a razão da differença? Pois a transacção não é essencialmente um contracto? — Pois ha de subsistir um contracto sobre um direito mal definido na sua origem pelos interessados, e ha-de caducar o contracto em que anteriormente se acharam de accôrdo? Se houvesse de admittir-se differença, parece-nos que a primeira hypothese seria muito mais attendivel. Em quanto á *sentença*, que não é, nem pôde ser, senão declaratoria de direitos preexistentes, — é claro que não ha razão para que seja mais respeitada que a Lei do contracto.

De principio persuadimo-nos, para relevar de algum modo a doutrina do douto censor, que fallando da *execução* dos contractos se poderia referir — ao processo; — mas essa supposição é incompativel com a idea de *interpretação* do contracto, — de que aqui unicamente se tracta.

Concluiremos as nossas observações sobre este artigo com uma consideração geral.

Aponta o douto censor como fontes do nosso artigo o Decreto de 17 de Julho de 1778, o Alvará de 27 de Abril de 1802, o Codigo da Sardenha, artt. 11 e 16, o Codigo do Haiti, art. 2, e a Carta Constitucional.

Quem se não dêr ao trabalho de cotejar as fontes citadas com o nosso artigo, pensará naturalmente que nada mais fazemos que copiar o que achamos escripto, isto poderia servir para mais tarde se nos disputar a propriedade do nosso Projecto. É justo que previnamos o Leitor, que pôde ser induzido em erro, se repousar inteiramente *in verbo magistri*.

Que diz o Decreto de 1778? — *Todas estas reaes resoluções se guardarão da data d'este em diante sem respeito algum ao preterito. Quid hoc ad edictum Praetoris?* Aqui ha apenas uma disposição excepcional, — que poderá dar logor a duvidar-se — se firma ou não a regra em contrario.

O Alv. de 1802 estabelece a regra da não retroacção das Leis, — mas nem este Alvará, nem nenhuma das outras fontes indicadas, comprehendem a disposição que se acha no artigo relativamente ás Leis interpretativas.

O que dizemos a respeito das remissões mencionadas, se verifica a respeito de muitas outras: em que não poucas vezes, longe de haver identidade, — ha mesmo opposição manifesta.

De resto muito folgamos que se veja que as nossas ideas se abonam ordinariamente com alguma auctoridade respeitavel: e muito felizes seriamos se jamais nos vissemos na dura precisão de *innovar*; seria isso uma prova de que o direito existente se achava constituido do melhor modo possivel. — Em todo o caso declaramos, que, quando forçados a *innovar*, jámais o fizemos sem repu-

gnancia, e sem trepidar diante da immensa responsabilidade que assumiamos, bem convencidos da sabedoria da regra consignada no Direito Romano — *in rebus novis constituendis evidens esse debet utilitas, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum verum est.*

Artigo 9.º

Censura. A redacção do artigo, estabelecendo que só se possa renunciar ao cumprimento da Lei estabelecida meramente em favor do renunciante, e sobre direitos effectivamente adquiridos, é, posto que justa, extremamente limitada; — pois que ninguém deve ser privado de poder renunciar aos direitos que lhe provém das Leis geraes, uma vez que, com essa renúncia, não offenda direitos de terceiro, nem a moral e os bons costumes.

Resposta. O artigo não distingue se a Lei é geral ou particuliar; — sómente regula a faculdade de renunciar, segundo o direito é, ou não, estabelecido meramente em favor do renunciante. — E se este o não pôde renunciar sem offensa do direito de terceiro, da moral ou dos bons costumes, — é bem claro, que o direito não é meramente estabelecido em seu favor.

Entretanto devemos declarar, que o artigo não nos satisfaz, por outras razões; e por isso o decompozemos na ultima edição, separando idéas, que se acham aqui incongruentemente enucleadas, e remettendo-as para os seus logares competentes.

Artigo 10.º

Censura. Observa o douto censor, que o principio

estabelecido — de que a Lei que restringe o livre exercicio dos direitos do cidadão, fazendo excepção ás regras geraes, não pôde ser applicado a outros casos que não sejam os prescriptos na mesma Lei — deve ser ampliado a todas as Leis excepçionaes.

Resposta. Nem outra podia ser a disposição do artigo. Quando se diz *excepção*, suppõe-se necessariamente uma regra mais ou menos geral. Mas convimos, para maior clareza, que se adopte o additamento do Codigo de Modena.

Em quanto ao principio da Lei de 4 de Dezembro de 1769, que o douto censor recorda, e prohibe aos tribunaes qualquer interpretação restrictiva, ou ampliativa, é claro, que fica modificado pela disposição d'este artigo, combinada com a disposição do nosso artigo 12, — assim como já o havia sido na Lei de 18 d'Agosto de 1769 §. 10, e pelos Estatutos da Universidade L. 2, cap. 2, tit. 5, §. 19, — que são o assento proprio da materia, e não o Decreto de 4 de Dezembro, onde fugitivamente se toca em relação a certo e determinado objecto.

Artigo 11.º

Censura. O principio que as contravenções ás Leis imperativas ou prohibitivas importam nullidade, ainda que não seja comminada expressamente, não pôde ser approvedo.

Resposta. Esta questão é uma das que mais têm atormentado os Jurisconsultos; porém, depois de a termos

examinado, como cumpria, entendemos que não nos restava outro caminho a seguir.

Eis-aqui as nossas razões.

A Lei, ou decreto uma acção ou um acto, ou prohiba uma acção ou um acto, — importa sempre a mesma necessidade de sujeição e obediencia. Se a Lei não importasse essa necessidade, não seria Lei, — ou seria apenas permissiva, de que não temos a occupar-nos aqui. A Lei não pôde pois legitimar os actos praticados em seu menoscabo ou contravenção, — e serão radicalmente nulos, salvo se a mesma Lei decretar, que de algum modo possam subsistir ou sanar-se.

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

Os que admittem que a nullidade não é uma consequencia da contravenção da Lei — não ousam comtudo appresentar a regra de um modo absoluto, — reconhecem que ha casos em que a nullidade deve ter logar. — Mas em que casos? Como discriminál-os? — *Hoc opus hic labor.* — Tudo são hesitações, divergencias e alvitres, a qual menos satisfactorio, porque todos partem de uma base arbitraria.

A importancia d'este assumpto exige que o tractemos com alguma extensão. — Assim, respondendo ao douto censor, firmaremos melhor a doutrina que propomos.

Começaremos por examinar as objecções, que se offerecem á nossa doutrina, — e depois veremos o valor da doutrina opposta.

O codigo francez, artigo 228, observa o douto censor, prohibe ás viúvas contrahir segundas nupcias, antes de passarem dez mezes, a contar da morte do marido. Supponhamos que esta Lei prohibitiva é transgredida, e o casamento se effectua: será por ventura nullo?

Seria, respondemos nós, se a Lei não fizesse excepção, como faz, tanto no Projecto, como nos Codigos estrangeiros. É a mesma resposta, que deu a Grocio o chanceller Coccey no seu *Comm.* ao cap. 5, §. 16, L. 2.

O artigo 125 do Projecto, continúa o douto censor, determina, que quando o reconhecimento do filho natural fór feito pelo pae ou mãe em separado, não poderão revelar, no acto de perfilhação, o nome da pessoa de que houveram o filho reconhecido. Imaginemos que esta prohibição é transgredida: será isso motivo bastante para a nullidade do perfilhamento? Isto seria repellido pela razão, pelo bom senso.

Respondemos, que nem a razão nem o bom senso, a não ser a razão e bom senso do douto censor, podem assim discorrer. — O bom senso e a razão exigem que o que se faz contra a Lei, não seja reconhecido pela Lei; — a razão e o bom senso dizem, que, tendo a Lei prevenido, por uma prescripção terminante, os paes perfilhantes de que a perfilhação só pôde ser feita de certo modo, de ninguém, senão de si mesmos, se poderão

queixar aquelles, que não se conformarem com a Lei. Por que razão ha de ser mais digna de contemplação a veleidade do contraventor, que o preceito da Lei? — Mas (dir-se-ha) o interesse do filho innocente? Esse depende sómente, 'neste caso, da vontade do pae; — e se elle o tem a peito, porque se não ha de conformar com a Lei?

É verdade que o Projecto hespanhol converte a nullidade em certa mulcta, que deve ser imposta ao parochio e ao escrivão. — Mas escreveria o parochio e o escrivão a declaração se lhe não fosse feita pelo perfilhante? A culpa é egual, pelo menos; e em todo o caso o cumprimento da Lei será muito mais incerto e duvidoso, pois que a mesma Lei põe em almoeda o seu despreso — permitindo que possa remir-se por dinheiro. Não ha theoria mais detestavel, que esta de querer assegurar por mulctas pecuniarias o cumprimento das Leis. A egualdade da Lei desaparece, logo que se permite aos ricos o que se denega aos pobres. — Ninguem melhor demonstrou e ridicularisou este vicio da Lei, que aquelle celebre Quirite, que com a bolça na mão esbofeteou o povo romano para convencer o legislador (os Decemviros) da sua inepecia (a).

A isto accrescem as difficuldades que devem occorrer para verificação da pena, e que demandam providencias mais ou menos complicadas.

(a) V. Murena dei Giudici, Brissot, *Theorie des Lois criminelles*, etc.

O artigo 238 (continúa o douto censor) *determina que não possam ser vogaes do conselho de familia, os que tiverem algum dos defeitos ahi mencionados: que entre outros são prohibidos de ser nomeados os removidos de outra tutella por falta de cumprimento de suas obrigações. E se for nomeado membro do conselho de familia algum individuo em taes circumstancias, serão nullas todas as deliberações d'esse conselho?*

Respondemos que, sem dúbida, o conselho assim formado é nullo, — e a nullidade do conselho trará a nullidade de todos os seus actos. E isto mesmo tem logar na Jurisprudencia franceza, como pôde vêr-se em Perrin, *Traité des nullités*, p. 179, e Merlin, *Questions de Droit*, vbo. *Nullité*, §. 1. que observa, *que nem pôde haver quem sustente o contrario.*

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

Nas Leis preceptivas (continúa o douto censor) ainda são maiores os inconvenientes. No artigo 60 se ordena, que o curador, nomeado aos bens do ausente, os receba por inventario, e preste fiança, ou caução; e se contra o disposto não prestar segurança alguma, será nulla a curadoria? Serão annullados os actos em resultado d'ella praticados?

Sem dúvida. E toda a responsabilidade pesará sobre quem tiver dado causa á infracção. De outro modo, quem poderá responder pela execução da Lei? — Toda a ordem pública consiste em que se intenda, que as Leis são feitas para serem irremissivelmente executadas.

No artigo 297 (diz ainda o douto censor) se ordena, que o protutor seja nomeado na mesma sessão, em que o conselho de familia nomear ou confirmar o tutor — que no artigo 209 se prescreve que o conselho seja formado de cinco parentes mais proximos do menor: haverá 'nestes casos nullidade?

Certamente — e pela razão já dicta.

Por ultimo argumenta o douto censor com a auctoridade de *Toullier*, e *d'Aguesseau*, a que o mesmo *Toullier* se encosta. Mas a razão que este Jeto invoca, a saber, que nenhuma legislação tem chegado ao grão de perfeição sufficiente para que se possa estabelecer como principio a nullidade dos actos contrarios á Lei, — pôde ser realmente attendivel, quando se tracta de solver as difficuldades de uma legislação mal ordenada, — mas não quando se tracta de organisar uma legislação de novo. —

A imperfeição do que existe não pôde justificar a continuação do defeito, — antes pelo contrario prova a necessidade da sua emenda: e é para ahi que devem convergir todos os nossos esforços.

E nisto se cifram as objecções do douto censor.

Vejamos agora, como acóde ás necessidades da doutrina que apoia. — Nada mais facil — atira-nos ainda com a opinião de *Toullier*. — Mas nós, que não nos podemos acobertar com auctoridades na constituição das Leis, somos forçados a examinar o que importa essa opinião.

Eis-aqui as regras de *Toullier*, segundo o douto censor: 1.^a Que se não deve irrogar nullidade aos actos em que alguma disposição da Lei não tem sido observada, excepto se esta pena tiver sido expressa, ou equivalentemente pronunciada pela mesma Lei.

Esta regra, assim estabelecida como regra de interpretação na applicação das Leis, que é o que o mesmo Auctor propõe, é anniquilada pela mesma razão com que havia combatido o Systema opposto, — a saber: — que nenhuma Legislação tem chegado ao ponto de perfeição que marque com o devido cuidado os casos em que ha ou não deve haver nullidade. — Como regra de codificação poderia admittir-se, se a opposta não fosse mais logica e natural.

2.^a Que todo o acto, que não contém as formalidades indispensaveis para preencher o fim de sua instituição, o fim que a Lei se propoz, é imperfeito e nullo; e de-

via ser considerado como se não existisse. Que essas formalidades são as intrinsecas, ou substanciaes necessarias á existencia, ou á perfeição do acto, sem as quaes se não pôde preencher o fim da Lei.

É a espada de Damocles levantada sobre a cabeça dos interessados—*qual é o fim da Lei? quaes são as formalidades indispensaveis para se conseguir?* que labirinto, que immenso manancial de questões? Não vemos 'neste systema senão disputas inextricaveis, e no fim a arbitrariedade dos Tribunaes. (V. 'neste sentido Dalloz, vbo. — *Nullité* n. 48.

3.º Que o silencio do Legislador sobre o effeito que deve produzir a omissão de uma formalidade, ou a inobservancia de uma disposição, annuncia que elle tem querido repousar sobre a prudencia do juiz.

O silencio do Legislador nunca pôde annunciar o que é contrario á ultima razão da Lei, a necessidade da sua observancia. E se o Legislador quer repousar absolutamente na prudencia do juiz, como sujeitar esta prudencia a condições que não são legaes?—Aqui não ha, pois, regra alguma, ha uma supposição que se não justifica,—e que se infirma ainda pela clausula que se aponta—*que em caso de duvida o juiz deve abster-se de pronunciar a nullidade.*

O que equivale a dizer que, sempre que a Lei não irrogar a nullidade de um modo claro,—não deve o juiz reconhecê-la.

Diga-nos agora o douto censor em boa fé, se na pre-

sença das considerações feitas, não ha lugar para reccar maiores complicações com a doutrina que nos propõe?

Outros Jctos, além de Toullier, partindo egualmente do principio de que a contravenção da Lei (fallam sempre das legislações existentes) nem sempre pôde importar nullidade, não sendo esta expressa,—têm imaginado diversas soluções não menos arbitrarías, não menos insufficientes: e diremos mais, nem podia deixar de ser assim,—porque a causa do mal está na mesma Lei,—na sua falta de systema,—nas suas hesitações.

Permitta-se-nos que apontemos apenas, como por exemplo, a doutrina de *Perrin, Solon e Merlin*.

Segundo o primeiro auctor (que tractou *ex professo* este assumpto) (a), não sendo a nullidade expressa, só deve ser comminada:

1.º Em quanto á forma e linguagem, quando a Lei violada é concebida em termos *negativos, repulsivos ou prohibitivos*;

2.º Em quanto ao espirito ou fim da Lei,—nos casos de falta de poder ou de capacidade,—de irregularidade, ao menos nas formas principaes dos actos constitutivos do estado das pessoas, ou alienativos de immoveis de incapazes,—de omissões de formas constitutivas de julgamentos ou de outros titulos,—ou das que lhe dão força executoria,—da violação de suspensões legaes,—da inobservancia de dilações prefixas,—de contravenções ás

(a) *Traité des nullités du droit, en matière civile.*

Leis fiscaes, — da inobservancia de condições impostas pela Lei, — da omissão de fórmulas intrinsecas e substanciaes, — da violação de Lei de ordem publica.

O Auctor não faz mais que passar em revista os diferentes casos, em que, segundo o Código francez, poderia haver questão, e classificar-os como lhe pareceu mais acertado; — aqui ha resoluções especiaes, — nada porém que se pareça com um systema ou regra geral: a sua doutrina é portanto inutil para nós.

Solon segue outro rumo na sua — Theoria sobre nullidades: á força de generalizar e especificar, deixa-nos ainda em maior confusão.

Eis-aqui as regras que nos propõe no seu tom. 1.º n. 327 e seguintes:

1.ª *Pronunciada a nullidade deve ser cumprida sem que o juiz procure in estigar os motivos da Lei.*

2.ª *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.*

3.ª *Não é necessario que a nullidade seja textualmente comminada, — basta que a intenção do legislador não seja duvidosa.*

Mas como poderá o juiz penetrar o pensamento do legislador quando se não achar claramente enunciado? — Quando deverá o Juiz manter o acto feito com infracção da Lei? — Deve (diz o A.) examinar a natureza do acto ou do facto; o sentido proprio e grammatical, o sentido legal dos termos da Lei; as relações d'estas expressões,

quando são equivocas, com as que são claras e precisas; e finalmente as consequencias que poderão resultar da manutenção do acto ou da sua annullação (n. 333). Depois deve ter em vista os seguintes principios:

1.º Toda a disposição prohibitiva ou imperativa, que tiver por objecto a conservação ou o exercicio de um direito natural, deve em geral ser observada, sob pena de nullidade. 2.º As disposições que não repousam sobre a Lei natural, mas sobre Lei puramente civil e arbitraria não induzem nullidade, não sendo formalmente comminada. 3.º Toda a disposição, que interessa directa e principalmente a ordem publica e os bons costumes, deve ser observada, sob pena de nullidade. 4.º A inobservancia da Lei, que interessé principalmente os particulares, só deve produzir nullidade, achando-se expressa na Lei, ou viciado o acto na sua essencia. 5.º Dá-se nullidade, sem que a Lei a commine, quando o acto é practicado por pessoa a quem a Lei denega o poder de o practicar. 6.º Se a disposição é sancionada por outra pena, presume-se não importar nullidade. 7.º Os preceitos ou prohibições, formalidades ou condições inherentes á substancia de um acto, ou de uma convenção, importam nullidade, ainda que não seja expressa. 8.º Devem ser observadas, sob pena de nullidade, as condições que a Lei impõe á conservação ou aquisição de qualquer direito. 9.º O erro em uma indicação substancial não deve ser assimilado á falta da indicação, salvo sendo tão grave que tolha que o acto produza o seu effeito. 10.º As contravenções ás

disposições que mandam sustar procedimentos, importam nullidade. 11.º Em caso de duvida deve o juiz preferir a opinião favoravel á manutenção do acto.

Vejamos agora como resolve a difficuldade um dos maiores Jctos dos tempos modernos, o erudito e judicioso *Merlin*.

O seu systema é simples, e póde resumir-se nos termos seguintes:

As Leis, assim prohibitivas como preceptivas, importam nullidade. — Mas esta nullidade não se refere senão á substancia ou fórma essencial do acto. — (*Repert. vbo. Nullité*, §. 1, n.ºs 5 e 6.)

Este systema funda-se 'num principio exacto, mas deixa-nos na mesma confusão — não só pela sua extrema generalidade, mas porque nos não livra da eterna questão do que é ou não substancial (a).

Resta-nos fallar em particular do systema que adoptamos — mas é indispensavel que examinemos primeiro, qual é a nossa legislação actual sobre esta importante materia.

Direito Portuguez antigo.

Se houvermos de dar credito ao douto censor, a nossa legislação actual seria a mesma do artigo, pois lhe assigna

(a) V. Toullier tom. 7, L. 3, Sec. 7, n. 500. — Nos seguintes numeros indica e discute as regras que os Jctos têm imaginado para vencer esta difficuldade: e mostra a sua insufficiencia.

por fonte o Alvará de 15 de Setembro de 1696. — Mas a verdade é que esse Alvará diz unicamente — *que o que a Lei prohibe fica nullo e de nenhum vigor*. E o mesmo censor, assustando-se tanto com os perigos da nossa doutrina, mostra bem, que não só a não julga em practica, mas nem mesmo praticavel. Evidentemente não ha aqui mais que o defeito ordinario nas remissões do douto censor.

Mas em todo o caso já vemos que por disposição d'esse Alvará as Leis prohibitivas importam entre nós nullidade: e que ao menos 'nesta parte poderia a practica ter ensinado ao douto censor, que na realidade não havia motivo para se arrecear tanto de semelhante doutrina. E não é sómente 'nesse Alvará que se encontra essa disposição: é trivial nas Ordenações, — acha-se consagrada formalmente no nosso direito subsidiario, — e foi sempre doutrina corrente entre os nossos Reinicolas. — Veja-se Pegas á *Ord. L. 1, T. 1, §. 12, gloz. 82, n. 1*, e seguintes; Soares (a) de *Legibus*, L. 5, C. 25, n. 1, C. 27, n. 2; Mendes in *prax. P. 2, L. 1, C. 2, n. 144*; Brito in *C. de Locat. P. 2, n. 29*.

(a) (*Ad cautellam*). Bem sabemos que o Jesuita Soares era Castelhana de nascimento; mas contamol-o entre os escriptores Reinicolas, porque foi conventual no Collegiõ das Artes de Coimbra, e escreveu o seu livro com o auxilio do Governo, que lhe concedeu uma forte pensão para ter dous amanuenses á sua disposição. Isto foi nos principios do seculo xvii; e aqui estamos nós, bem doentes de cama, corrigindo estas provas, que sabe Deus como irão, sem ter quem nos copie uma linha; e outro tanto nos teria acontecido na vastissima tarefa do Codice Civil sem

Mas que ordenam as nossas Leis em quanto ás disposições preceptivas ou imperativas? Não temos Lei que falle directamente d'esta especie, — mas temos muitas Leis que a comprehendem necessariamente na sua disposição. Citaremos apenas duas.

Lê-se na Ordenação, L. 1, T. 5, §. 4: — *e os desembargos e sentenças em que se não guardarem as Ordenações serão nenhuns*. E na Ord. L. 3, T. 75, pr.: *é nulla a sentença dada contra direito expresso*.

Nenhuma d'estas Ordenações faz distincção entre Leis prohibitivas ou preceptivas: e é certo que onde a Lei não distingue, tambem nós não podemos distinguir. (É expresso no Decreto de 23 de Julho de 1811, AA. de 22 de Setembro de 1774, §. 17, — e de 25 de Janeiro de 1777.)

Ora a Lei, que é obrigatoria para os Juizes, não pôde deixar de o ser para qualquer outro cidadão; é a consequencia necessaria dos fins e natureza da Lei, — e denegar aos actos os seus effeitos em juizo, importa, em verdade, o mesmo que feril-os de nullidade.

Mas esta doutrina, assim estabelecida, soffre uma grande excepção — na parte relativa á ordem do processo ou

cooperação de nossos proprios filhos. É bem que isto se saiba, para que se não pense que temos recebido do Governo alguma especie d'auxílio em todo este trabalho. E comtudo não faltam almas generosas, que disputem ainda ao auctor do projecto (*note-se bem do projecto*) a sua propriedade.

Incere nunc, Melibæe, pyros, et pone ordine vites.

actos judiciaes — a respeito dos quaes se adopta o principio inverso. Cumpre não perder de vista esta especialidade, que rege factos de uma natureza particular, e se não devem confundir com quaesquer outros actos juridicos.

Em quanto pois á ordem do processo, distingue a nossa Ord. — o civil do crime.

No civil (diz ella L. 3, T. 63) julgará o juiz pela verdade provada e sabida do processo, ainda que seja mal ordenado, errado ou lhe falte alguma solemnidade, com tanto que não julgue mais que o pedido. A mesma Ordenação estabelece comtudo algumas nullidades insanneis, — mas por via de excepção a esta regra geral.

A Ordenação procura justificar esta doutrina com a conveniencia de abbreviar as demandas *com guarda do direito e justiça das partes*; mas é licito duvidar que esse direito, essa justiça possa ser convenientemente garantido por via de tão largo *arbitrio*. Pelo menos doutrina é essa, que tem hoje poucos defensores. As solemnidades do processo são a melhor garantia dos direitos das partes: e algumas ha, que não podem ser preteridas sem que esse direito se comprometta: — taes são, por exemplo, a *contestação*, a publicação das testemunhas — que a nossa Ordenação mette na conta de nullidades suppriveis; e por isso com razão disse o nosso mestre Paschoal José de Mello — que esta Lei não era conforme ao Direito natural (a).

(a) Vê Saligman — *Quelles sont au point de vue juridique*

Pelo que toca ao criminal, estabelece a Ordenação L. 1, T. 5, §. 12, que em grão de appellação possam os Juizes em mesa supprir a falta de solemnidades, sendo os casos provados, e parecendo que convém a bem da justiça castigarem-se os culpados. Se rejeitamos tal arbitrio em questões de propriedade, muito menos o poderemos admitir quando se tracta da liberdade, e da vida dos cidadãos, — embora, como na Ordenação, se deixe esse arbitrio aos Juizes superiores e collectivos.

Posta pois de parte esta legislação excepcional, extranha ao Código Civil, — vejamos agora como tem sido entendida pelos nossos Reinícolas a doutrina da Lei em relação aos actos juridicos em geral.

Embrulhando a regra com as excepções, misturando idéas de ordem differente, eil-os barafustando na confusão, como os espiritos rebeldes de Milton patinhavam no cahos, sem poder tomar pé,

And fond no end.

Uns sustentam, que a inobservancia das fórmulas legais induz nullidade, ainda que a contravenção seja em cousa minima. Firmam-se na generalidade da Ordenação L. 3, T. 5, §. 4, e no Brocardo — *forma dat esse rei* — ou — *ex forma non servata resultat nullitas actús.*

et au point de vue Philosophique les réformes dont notre procédure civile est susceptible. Reims: 1855 p. 160; Boncenne, *Théorie de la procédure*, C. 13; Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*; — e o Dr. Nazareth nos seus excellentes *Elementos de Processo criminal*, §. 39.

São d'esta opinião Portugal, *Donation*. L. 3, C. 16, n. 40; Gama, *Decis.* 45, n. 3, *Decis.* 126; Valasco, *Cons.* 104, n. 2, *Cons.* 149, n. 6; Pegas á *Ord.* tom. II, c. 2; Lobão, *Fascicul.* de Diss. 1, Diss. 4, §. 41.

Outros sustentam que se deve fazer differença entre solemnidades substanciaes e não substanciaes, dispensaveis ou indispensaveis ao fim da Lei. São d'esta opinião Soares, de *Legib.* L. 5, C. 31, n. 2; Agostinho Barbosa, *Axioma* n. 24; Pegas (contradictoriamente) á *Ord.* L. 1, T. 1, §. 12, gloz. 82; o Auctor do Repert. á *Ord.* vbo. *Nullos são todos os despachos, etc.*

Outros entendem que não pôde haver nullidade não sendo expressamente irrogada. É d'esta opinião o nosso Corrêa Telles, *Dig. Portug.* tom. 1, §. 32, encostando-se ao Código da Prussia art. 40, 1.^a parte, tit. 3, a Toullier, e ao Assento de 23 de Julho de 1811 — que não vem ao caso.

Tal é 'nesta parte o deploravel estado da nossa antiga jurisprudencia.

Direito moderno.

Na parte relativa ao Direito Civil, em geral, nenhuma alteração tem soffrido a antiga legislação: antes vemos confirmado na Lei de 19 de Dezembro de 1843 o principio estabelecido na Ordenação L. 3, T. 75, pr. Sómente na parte relativa aos actos judiciaes achamos restringida na Reforma Judiciaria a ampla liberdade concedida aos Juizes de julgar segundo a verdade sabida, — já pela es-

pecificação de nullidades insanáveis,— já pelo direito concedido ás partes de protestar em tempo pela observancia da Lei.

Doutrina do Código.

A deploravel confusão, que se nota 'nesta parte da legislação e da jurisprudencia, procede d'essa desgraçada distincção de Leis prohibitivas e imperativas, e de querer-se sujeitar a uma regra unica factos, que pertencem a diversas cathogorias, e que não podem importar os mesmos effeitos, bastando muitas vezes uma pequena variedade nas circumstancias para fazer variar todo o direito, como judiciosamente observa o jurisconsulto Sabino.

Começaremos pois por arredar aquella distincção, de que só commemorativamente fallámos no artigo para evitar a continuação das mesmas supposições. Depois indicaremos as modificações, que deve soffrer o principio estabelecido em relação aos factos, que não entram completamente na esphera do Direito privado.

O principio caracteristico e essencial da Lei é sem duvida a sua força obrigatoria. Dizer que o legislador, que prohibe um acto puro e simplesmente (argumenta Duviergier contra Toullier) sem indicar as consequencias da infracção, não entende anullar o acto, recusar-lhe o effeito, se tiver logar, é o mesmo que dizer, que em principio entende tolerar, e mesmo proteger, o que é feito contra a sua vontade formal; o que de modo algum

se pôde sustentar. Ora este argumento procedê com a mesma força em relação ás leis preceptivas.

Toullier (tom. 7, n. 483) pretende comtudo que não estão no mesmo caso: o que viola (diz elle) a prohibição da Lei, vai directamente contra a vontade do legislador, e o que não observa o preceito da Lei, não se conforma com a vontade do legislador, mas não procede directamente contra. Não ha nada mais certo, mas nada menos proprio para provar a differença que se pretende em quanto aos effeitos obrigatorios da Lei; e parece incrível, que semelhantes razões sejam produzidas por um escriptor tão intelligente como Toullier, e, o que mais é, tenham achado outros não menos respeitaveis, que as adoptem. Como pôde admittir-se que o legislador, sempre que imponha obrigações, não exige o cumprimento de sua vontade, do mesmo modo que o exige quando prohibe? Como ha de o legislador proceder prohibitivamente, quando não faz mais, que impôr obrigações? Aqui não ha senão um modo diverso de enunciar a mesma vontade; tirar d'aqui a consequencia de que essa vontade é menos efficaç 'num caso, do que 'noutro, é desvirtuar o principio da Lei, ou, pelo menos, exigir do legislador absurdas declarações, ou sujeitar a legislação a essa deploravel confusão em que a vemos involvida. Em uma palavra, toda a Lei prohibitiva é essencialmente preceptiva, assim como toda a Lei preceptiva é essencialmente prohibitiva.

A verdadeira razão porém d'esta inqualificavel distinc-

ção é facil d'encontrar no espirito de rotina, na força do habito que tantos erros protege e perpetúa.

O Direito Romano havia estabelecido formalmente o principio: *quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta; non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod factum est* (L. 5, C. de Legibus, que Toullier attribue a Justiniano, e que é de Theodosio e Valentiniano). E como aqui se falla sómente da Lei prohibitiva, e effectivamente ha Leis que são imperativas, accudiram os intepretes com as suas costumadas distincções, apoiando-se, sobretudo, no *paremio*: — *multa prohibentur in jure fieri, quae tamen facta tenent* (Ulpian., *Fragm.* 1, §. 2; Voet, *ad Pandect. tit. de Legibus* §. 16), que não podia referir-se senão ás Leis chamadas imperfeitas por Ulpiano, e que faziam excepção expressa á regra geral doCodigo (L. 5 de Legibus) (a).

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

(a) Veja-se sobre este ponto as reflexões judiciosas de Merlin, *Quest. de Droit vbo. Nullit.* §. 1, onde refuta completamente a doutrina de Toullier, e que Boncenne elogia como um modelo em polemica.

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

Primeiro que tudo é necessario que se não perca de vista, que a regra que estabelecemos tem uma orbita limitada unicamente á esphera do Direito Civil, como foi definido no art. 3.º; e, note-se de passagem, que já aqui se começa de sentir como essa disposição preliminar não é tão inutil, como pareceu ao douto censor.

Temos pois que nem o Direito Público, nem o Codigo Penal, nem o Codigo do Commercio, nem o Codigo do Processo estão sujeitos a esta Lei.

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

Mas, sendo certo que no exercicio dos Direitos Civis acontece muitas vezes, que é indispensavel á ordem pública, que o Estado intervenha, encarregando Officiaes seus de recolher e authenticar os actos juridicos, debaixo de certa norma,—que influencia deverão ter as contravenções, que estes Officiaes commetterem sobre a substancia dos mesmos actos, sobre o direito das partes? Será o acto essencialmente nullo, porque a fórmula não foi devidamente observada? Deverá o cidadão soffrer a pena de factos, que lhe não podem ser imputados, e que são sómente produzidos pela interferencia da Lei, pela ignorancia ou má fé dos seus prepostos?

Aqui apparece um novo elemento, uma nova circum-

stancia, que necessariamente deve ser tomada em consideração.

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

Dissemos que a este principio pareciam inclinar-se a jurisprudencia e as legislações, porque effectivamente ahi o achamos seguido ou practicado, posto que de um modo incompleto e extremamente confuso.

Mas como, e em que casos, e com que effeito poderá a Lei irrogar a nullidade dos actos formulados por Official público?

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

Mas, dir-se-ha, contendo o Codigo Civil differentes formularios, facilmente pôde entrar em dúvida, não havendo declaração especial, se esses formularios ficam ou não sujeitos á disposição do artigo. Respondemos, que,

ainda que, por via de regra, o Codigo é explicito 'nesta parte, poder-se-ha utilmente addicionar ao artigo um novo paragrapho, em que se declare, que as disposições que prescrevem a forma de actos juridicos, que devam ser exarados por Officiaes públicos, sómente importarão nullidade sendo esta expressamente irrogada.

Poderá tambem dizer-se, que permittindo-se que a nullidade possa ser sanada, se a Lei infringida for sómente d'interesse particular e não de ordem pública, se deixa porta aberta ao arbitrio dos Tribunaes e immensas controversias.

Não deixámos de sentir este inconveniente, porque tambem seguimos a maxima de Bacon: — *optima lex, quae minimum judicis arbitrio permittit*: — mas ha casos em que este arbitrio, desgraçadamente, é inevitavel; e é, contando com isso, que a Lei tem cercado de infinitas cautellas a acção da justiça. Pelo menos não achamos modo de solver melhor a difficuldade. Muito folgaremos, que alguma intelligencia mais poderosa do que a nossa o possa descobrir.

Temos sido um pouco extensos 'nesta materia, porque deviamos justificar a novidade, que a nossa theoria apresenta. Como fundada na natureza das cousas, estamos certos de que ha de prevalecer, se não como lei, ao menos como doutrina.

Artigos 12, 13, 14, 15, 16 e 17.

Estes artigos não são objecto de reparo algum. O dou-

to censor entretem-se apenas com exploração de algumas fontes, que nada têm de originarias.

Artigo 18.

Censura. Este artigo póde eliminar-se por desnecessario.

Resposta. Não é desnecessario. Estabelece um principio, e fórma o nexo da materia d'este titulo com a do titulo seguinte.

Censura. O presente titulo pecca por deficiente, faltando 'nelle alguns preceitos, que deveria conter.

Resposta. Como o nosso censor não quiz ter a bondade de dizer-nos quaes são esses preceitos, mal poderemos avaliar a procedencia da censura.

REPAROS SOBRE O TITULO XIV DA 1.ª PARTE.

*Proiecit ampullas et sesquipedalia verba.
Parturient montes, nascetur ridiculus mus.*
Horat.

SECÇÃO 1.ª

DOS CONDEMNADOS EM JUIZO CONTROVERSO.

Artigo 361.

Censura. «Eis aqui restabelecida a morte civil com todo o prestito de suas injustas consequências! Mal podemos acreditar, que no meio do seculo XIX, em que tanto se ha dilatado a esphera da civilisação, se queira, em um novo Codigo, introduzir esse barbarico preceito da morte civil, a que um sabio moderno (Lepelletier de la Sarthe) chama = *verdadeira inhumação do homem vivo!*

«A morte civil, ou a privação de todos os direitos civis, identifica em incomprehensivel consubstanciação a qualidade de livre com a de escravo; opéra a coexistencia da vida com a morte; e faz com que o homem desça vivo ao tumulo, segundo a eloquente expressão de Mr. I. Cauvet, cujas palavras não podemos deixar de transcrever: = *Le coupable* (diz elle), *quelque odieux que soi son*

crime, ne cesse pas d'être un homme. Comment, dès lors, tant qu'il conserve l'existence physique, faire passer sur sa tête une mort artificielle? ... Aujourd'hui, surtout, doit sembler plus immorale, et plus choquante encore, une institution née de l'esclavage et du mépris de l'homme... Liberté, propriété, famille, tout est fini pour le condamné; il descend en quelque sort vivant dans le tombeau! ...»

Resposta. Copiámos literalmente este longo trecho do nosso censor para deixar em todo o relevo a força da invectiva, o colorido do estylo, e a maravilhosa consubstanciação de suas repugnantes e incompreensíveis asserções.

A morte civil significa, pois, segundo a frase do douto censor, a morte arteficial, a consubstanciação da liberdade com a escravidão, a coexistencia da vida e da morte, a inhumação do homem vivo; persuppõe uma condemnação, não a pena de morte, em que nada este vivo, mas uma condemnação, que, conservando a vida do homem, o priva comtudo de todos os direitos civis, e o considera como se fôra morto. Neste sentido, nada mais justo, sem duvida, que o horror que similhante pena lhe inspira, e as suas declamações não são mais que o echo das que têm feito soar, desde longo tempo, os mais distinctos Jctos. « É bem facil de comprehender (diz o judicioso Demolombe) quantas difficuldades, quantas applicações extraordinarias e estranhas similhante ficção pôde produzir! Uma ficção, que consiste em considerar como morto um homem cheio de vida, um homem que

depois da prescripção da sua pena pôde viver livre em meio d'essa mesma sociedade, que pretende que esse homem deixou de existir ...» (a).

Mas, segundo o douto censor não pôde deixar de reconhecer, não é esta a morte civil, que o nosso projecto admite, pois que sómente priva dos direitos civis o condemnado a pena ultima em juizo controverso, e que se acha, por assim dizer, subindo os degraus do patibulo; caso não comprehendido nas justas censuras dos Jctos e publicistas.

Parece pois que o douto censor, confundindo cousas diversas e distinctas, ou não comprehendeu bem a questão, ou a embroilhou acintemente para dar logar ás suas brilhantes rajadas de eloquencia, em menoscabo do auctor do Projecto, que denuncia, nada menos, que como *um barbaro abaixo das luzes seculo, — prestes a sanccionar a escravidão, a restabelecer o confisco, a restaurar a tortura, — finalmente a recuar em jurisprudencia aos tempos do mais despotico barbarismo !!!*

Mas, suppondo que o douto censor julga procedente a sua censura, ainda mesmo no caso unico de condemnação a morte natural, vejamos se ali pôde dar-se justo motivo de reprovação.

1.ª objecção. — Lastíma o douto censor que se não deixe ao condemnado ao menos a liberdade de dispôr da sua terça, a bem da salvação de sua alma, como permitia a Ordenação L. 4.º, T. 81, §. 6.º

(a) *Des droits civils*, n. 195.

Esta consideração é digna sem duvida d'um espirito piedoso; mas acha-se satisfeita no artigo 1895, e com maior favor para o condemnado, que não é adstricto a certa e determinada applicação.

2.^a *objecção*. — É iniquidade e cousa barbara condemnar um homem simultaneamente a duas penas — morte civil e morte natural — a duas mortes!

A privação dos direitos civis, ou se considere como pena, ou como effeito da pena, não é iniqua, nem tão barbara como o douto censor imagina. A Lei, que julga o homem indigno da vida, não pôde suppor-o digno de nenhum outro direito civil — o mais importa o menos — *Mors ultima linia rerum est*. Mas, ainda reputando essa privação de direitos uma verdadeira aggravação da pena, parece-nos que essa aggravação é exigida pelo bem da sociedade nos casos extremos e gravissimos, em que a pena de morte pôde ser admittida; e brevemente veremos que as legislações modernas, que têm abolido a morte civil, no sentido geral da phrase, admittem comtudo a interdição e exautoração legal.

3.^a *objecção*. — Supponhamos que o condemnado é casado, e que entre o espaço da condemnação e a execução sua mulher fica gravida, e depois em epocha legal dá á luz um filho, a que se não pôde negar a qualidade de legitimo por ser nascido de justas nupcias: seria elle herdeiro de seu pae? — Não: a Lei lh'o veda. Serão estas as maximas da moral? Será esta a voz da natureza?

Esta hypothese não pôde ter lugar na especie de que

estamos tractando. Aqui suppõe-se um condemnado em juizo controverso, e portanto prêso e entregue á guarda e vigilancia da justiça, e sequestrado inteiramente da sociedade por effeito da sentença que o condemna á privação da vida e de todos os seus direitos civis. Não se pôde mesmo humanamente conceber, como, em tão afflictivas circumstancias, possa o condemnado lembrar-se d'outra cousa, mais que preparar-se para apparecer diante de Deus. A epocha dos prazeres mundanos é necessariamente passada no seu espirito e no seu coração. — São estas as consequencias logicas e moraes do principio adoptado. De resto, a tendencia, que a civilisação manifesta, para acabar com a pena de morte, consentindo-a apenas em casos rarissimos e esses mesmos dependentes da sancção do poder moderador, é mais um motivo para que nada haja a receiar dos inconvenientes d'essa, impropriamente chamada — morte civil.

Objecção 3.^a — 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.

Resposta. — 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 ahi não pôde encontrar.

O §. 3.^o do art. 8.^o, diz que perde a qualidade de cidadão — *O que fór banido por sentença*. Pois que? replicará o douto censor. Ahi não se falla de condemnado á

môrte, mas do *banido*, que é cousa mui diversa, pois significa o *expulso do paiz*.

Respondemos. Não ha duvida que na phrase do Direito Francez moderno, *banido* tem essa significação (C. Pen. Fr. artt. 32 e 33). Mas ao tempo em que a Carta foi promulgada nós já tínhamos uma linguagem juridica e nacional; e é segundo esta, que a mesma Carta deve ser entendida, não havendo declaração terminante em contrario. Ora, o assento d'esta materia é a Ordenação do L. 5, tit. 126, §. 7, que se inscreve — *Dos banidos*.

Nos termos d'esta Ordenação, banidos são, segundo o extracto do Repertorio — os absentes malfeitos, condemnados pelos Juizes de mor Alçada, que como taes a deviam pronunciar em sua sentença.

Os effeitos d'este *banimento*, eram os seguintes — 1.º poderem ser presos, ou mortos, por qualquer do povo, segundo a condemnação fosse a pena ultima ou menor; 2.º tornar-se o condemnado á morte servo da pena e incapaz de todos os direitos civis (Ord. L. 4, tit. 81, §. 6. Portug. Donat. L. 2, C. 15, N. 63 (a)).

(a) O Doutor Rocha nas suas Instituições, §. 201, segue, bem que com alguma hesitação, que a perda da qualidade de cidadão nos termos da Carta, art. 8.º, importa a perda dos direitos civis. As suas razões são as seguintes: 1.ª que o desnaturalizado ou banido fica nos termos d'um estrangeiro, tanto no politico, como no civil; 2.ª que oCodigo Francez, que julga fonte da Carta, expressamente falla da privação dos direitos civis. Estas razões não procedem. A primeira, porque o nosso ba-

Poderá dizer-se contra isto que a palavra *banido* é empregada no sentido d'expulsão perpetua do Reino nas Leis de 19 de Dezembro de 1834, art. 2.º, nas palavras — *O mesmo ex-Infante D. Miguel e seus descendentes são banidos do territorio Portuguez para em nenhum tempo poderem entrar 'nelle*. Mas esta lei é posterior á Carta, não cogitou de a interpretar, e teve o cuidado d'explicar o sentido em que usava da palavra — *banido*.

No Codigo Penal não se acha a palavra *banido*, posto que admitta a pena d'expulsão para fóra do Reino, art. 29.º, n.º 5. Mas que devemos concluir d'aqui? Será que o mesmo Codigo substituiu a pena de banimento por esta e não fez caso da disposição da Carta, como na realidade cumpria entendel-a? Certamente não. E é por isso que, tendo nós presidido, como Ministro da Justiça, a uma das conferencias da Commissão do Codigo Penal, ponderámos a necessidade de eliminar do projecto a palavra *banimento*, que ahi se achava, e foi substituida pelas palavras *expulsão para fóra do Reino*; deixando-se o que havia a providenciar ácerca dos condemnados absentes e banidos por sentença, para o lugar competente, — isto é,

nido não é o desnaturalizado, como se diz, e além d'isso a perda dos direitos politicos, não importa necessariamente a perda dos direitos civis. A segunda, porque, seja qual fôr a theoria do Codigo Francez, nunca pôde ser invocada em materia de perda de direitos, porque esta só pôde resultar de lei patria, e muito expressa.

para aquelle em que se tractasse dos effeitos das condemnações contra os reveis e contumazes.

Mas, seja qual fôr a intelligencia que se queira dar á Carta, é sempre certo, que quando tracta dos effeitos do banimento, não cogitou senão dos direitos politicos e não dos civis.

Que a Carta Constitucional se refere unicamente aos direitos politicos, se deprehende com evidencia da significação em que toma a palavra *cidadão*. Segundo a Carta esta palavra é equivalente de Portuguez, ou membro da familia Portugueza, em uma palavra, importa a qualidade politica. Assim declara que são Portuguezes os que nascem de Portuguezes ou de Estrangeiros naturalizados, e que deixam de o ser os que se naturalizam em Paiz estrangeiro, os que acceitam emprego de Governo estrangeiro, etc., etc. (a).

Esta intelligencia é confirmada pelo absurdo que do contrario se seguiria, pois que, se admittissemos que a qualidade de Cidadão Portuguez, segundo a Carta, importava mais que a qualidade de Portuguez ou politica,

(a) No Direito Francez a palavra *cidadão* significa, não todo o membro da Familia Franceza, mas sómente aquelle que goza de certos direitos politicos. Veja-se o art. 7.º do Cod. Civil, aonde se diz, que o exercicio dos direitos civis é independente da qüalidade de cidadão. Os nossos Corrêa Telles, *Dig. Portug.* Tom. 2.º, art. 4.º, e Rocha §. 200, pretendem introduzir no nosso Direito esta distincção. Este ultimo porém reconhece que tanto a Carta, como as Constituições de 1822 e 1833,

teriamos, que o que se naturalizasse ou acceitasse emprego em Paiz estrangeiro perderia, não só essa qualidade, mas tambem os seus direitos civis — supposição a todas as luzes inadmissivel, pois seria uma pena enormissima e sem proporção alguma com o delicto.

Conclusão. — Vê-se pois que tanto em relação ao Código Penal, como em relação ao Código Civil, o art. 8.º da Carta, que o douto censor julga infringido, não pôde de modo algum ser invocado. A Carta regula os direitos politicos, e deixa, salvas as garantias, que expressamente estabelece ácerca de certos direitos civis, toda a liberdade ao legislador na codificação da Lei, limitando-se a recommendar-lhe, art. 14, §. 17, que as Leis sejam fundadas nas solidas bases da Justiça e da equidade.

Á vista do que fica dicto, poderá o douto censor avaliar a invenção, que nos attribue, d'um cidadão sem direitos politicos, nem civis! O douto censor diverte-se a construir castelinhos de cartas, para ter o gosto de os derribar a tiros de metralha. Lastimamos que empregasse tão mal o seu tempo, porque tambem nos obriga a perder algum, bem desnecessariamente.

confundiram estas duas especies. Similhante pretensão, além d'illegal, é infundada. Cidadão é o membro da *Cidade*, isto é, da Nação; e todos os membros da Cidade ou da Nação são eguaes diante da Lei, assim como todos elles estão sujeitos a certas restricções de direitos, segundo as conveniencias sociaes, sem que por isso possam formar classes distinctas. Esta distincção do Direito Francez foi banida do Código Belgico (que é o Francez) pela Constituição art. 4.º

Objecção 4.^a — A Carta estabelece no art. 144, §. 21 o social principio seguinte: — É garantido o direito de propriedade em toda a plenitude. — Não consente excepção alguma a este principio, senão a exigida pelo bem publico, legalmente verificado, e havendo prévia indemnização. D'esta fórma, privar o condemnado á morte da sua propriedade sem indemnização alguma, e fazer entrar os herdeiros legitimos na herança do homem vivo, é um despotismo inqualificavel, é uma descarnada infracção da Carta, é um verdadeiro roubo legal!!

Resposta. — Chegamos a duvidar se o douto censor está fallando sériamente! tão extravagantes e arremessadas se nos afiguram as suas bombasticas asserções! E comtudo vamos responder-lhe sériamente, não obstante o preceito de Terencio

*Quae res se in neque consilium, neque modum
Habet ullum, cum consilio regere non potes.*

O argumento do douto censor reduz-se ao seguinte: — o condemnado á morte não deve ser privado da facção testamentaria activa, porque isso importa uma offensa de direito de propriedade, garantido pela Carta.

Primeiramente diremos ao douto censor, que se o principio da Carta podesse ser entendido d'um modo tão absoluto, como elle pretende, o regimen e ordem social se tornariam impossiveis.

E comtudo está o douto censor assentando estas suas magistraes conclusões no fim da 1.^a Parte do Livro 1.^o

do nosso Projecto, sem que lhe passasse ainda pelo pensamento attacar as innumeraveis restricções do direito de propriedade, que já examinou nos artigos precedentes! — Isto significa, que a logica do douto censor é um pouco elastica, ou soffre suas intermitencias. Mas deixemos estas observações, que pouco importam.

Tudo o que diz o douto censor, seria applicavel e concludente, se o Projecto admittisse a pena de confisco; — então de certo se daria uma expropriação, pois que o confisco não é outra cousa; mas aqui não ha expropriação; o que se prohibe — é a faculdade de dispôr dos bens entre vivos ou causa mortis; — o que se determina não é que os bens do condemnado cedam em proveito do fisco, mas sim que passem á seus legitimos herdeiros. — O que ha pois a discutir, é — 1.^o se é justo, ou não, que o condemnado á morte seja privado d'esta faculdade; — 2.^o se é justo, ou não, que os seus bens se adjudiquem aos herdeiros legitimos.

Aqui não ha questão de expropriação — tracta-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.

Em quanto ao primeiro ponto, não é sómente o douto censor — muitos tem sustentado a doutrina de que o condemnado não deve ser inhibido da disposição de seus bens: é porém certo, que a opinião contraria tem prevalecido quasi geralmente, tanto na legislação, como na

jurisprudencia. E com muita razão, segundo se nos affigurou, e ainda nos parece.

Esta mesma questão foi suscitada em França, quando se discutiu (em Maio de 1854) a Lei, que aboliu a morte civil; — mas, entre as razões que se produziram contra essa interdicção, que todavia foi conservada, ainda mesmo depois da abolição da morte civil, e (note-se bem) não só no caso de morte, mas também no de qualquer outra pena afflictiva perpetua, — ninguém preveniu o douto censor no seu original argumento com applicação ao condemnado á morte.

Ora, vamos fazer uma analyse d'esta discussão, — porque apresentará todos os elementos necessarios para que a questão seja resolvida com perfeito conhecimento de causa.

Os argumentos da minoria da commissão franceza reduzem-se ao seguinte:

1.º Esta prohibição não se justifica pelo principio da intimidação: o braço de um salteador não será por certo contido pelo receio de não poder fazer testamento;

2.º Não se justifica pela esperanza da emenda do condemnado;

Eis aqui a resposta da Commissão, no Relatório de Mr. Riché:

== A incapacidade de receber e dispôr por doação, ou testamento, não é unicamente inherente á absoluta ficção da morte civil: esta mesma ficção poderia ter admittido

a validade do testamento anterior á supposta morte. Esta incapacidade é dictada por um pensamento moral e elevado — entra na classe das *indignidades*!

Os accessorios d'esta natureza, ligados ás penas afflictivas perpetuas, são mais uma homenagem, reclamada pela mesma dignidade dos direitos, de que o condemnado deve ser privado, do que uma conveniencia de exemplaridade do castigo. Como poderá permittir-se a um homem, que a justiça vota ao cadafalso, — a um homem que condemna á grilheta, ao carcere perpetuo — que possa exclaimar: *dico testator, et erit Lex*?

Será a esse homem, que se permite exercer o direito patriarchal de dar a Lei á familia, d'um modo diverso d'aquelle, que a mesma Lei consagra? Poderá a Lei abdicar-se em mãos semelhantes? Não haverá lugar por outro lado a receiar, que as disposições d'este homem sejam inspiradas por paixões ruins, e que o temor d'uma vingança testamentaria paralize os testemunhos dos herdeiros presumidos?

Esta interdicção de testar, não tem sido suggerida (diz Mr. Ronher, commissario do Governo) nem por um pensamento de intimidação, nem pela esperanza de obter a emenda do culpado: foi como homenagem á moral, á dignidade de Lei, e ao mesmo tempo, como um stygma, que devia ser impresso na fronte do criminoso, que esta disposição foi adoptada.

O legislador, regulando a successão, toma a seu cargo, por assim dizer, escrever o testamento do pae de fa-

milia; elle faz, por anticipação, a partilha de seus bens, segundo o dever, e as inspirações provaveis da affeição natural; tudo quanto se tem promulgado n'esta parte, tem o cunho da sollicitude, e da mais alta sabedoria; e com tudo elle permite ao cidadão, cuja posição social está intacta, ao cidadão plenamente revestido da sua moralidade, o direito de derogar as disposições que a lei tem consagrado; — esta vontade do testador se torna então em si mesma uma lei, que todos devem respeitar, e que os magistrados devem fazer cumprir. Dever-se-ha conceder esta faculdade de derogar a Lei ao homem fulminado por penas afflictivas perpetuas? Não será, por ventura uma immoralidade conferir ao condemnado um poder semelhante?

Como nas suas observações ao art. 365.º torna o douto censor a occupar-se d'esta questão, não será fóra de proposito junctar aqui os argumentos com que reforça a sua opinião, e se reduzem aos seguintes:

1.º Se é o facto criminoso, ou a sentença, que dá logar á pena de morte, não é logica a annullação do testamento anterior, ou legal, porque é contra a Carta art. 145.º, §. 2.º, que não premittem que as Leis tenham effeito retroactivo.

2.º É uma contradicção annullar o testamento anterior, e deixar válidos todos os contractos justos, principalmente feitos depois da perpretacão do crime, ou sejam onerosos ou gratuitos.

3.º Taes disposições heterogeneas e paradoxaes só

servem de excitar os accusados a dispôr dos seus bens no intersticio que medeia entre a perpetração do crime e a condemnação, por contractos fraudulentos e lesivos.

4.º A inhibição de testar — vai interessar os herdeiros legitimos a que descurem da defeza do accusado; vai incital-os a que se interessem na condemnação; — a Lei que promove tão vís sentimentos e tão revoltantes resultados, deve ser proscripta como immoral.

5.º É opposta ao art. 145.º da mesma Carta §. 19.º, que estatue que nenhuma pena passará do delinquente, — e assim se confiscam os bens testados em favor dos herdeiros legitimos.

Vê-se que o douto censor não se esqueceu de meio algum cogitado e não cogitado para impugnar a doutrina que seguimos. — Vejamos agora a medalha pelo reverso.

Em quanto ao 1.º argumento — perguntaremos ao douto censor, por que razão diz que não é logico, que seja annullado testamento anterior ao delicto, ou á sentença? Responderá, certamente, porque é um facto anterior. Sem duvida; mas porque razão não poderá a Lei annullar um facto anterior? Responderá ainda o douto censor — porque ha direitos adquiridos em boa fê, á sombra das Leis geraes, — e não é justo que a Lei os destrua, — o que importaria offensa do principio da não retroacção da Lei. — Estes principios em these são certos, — mas a applicação na hypothese é desgraçada.

O douto censor esquece-se dos principios geraes do

direito; imagina uns certos principios; dá-os como inquestionaveis, e logo conclue e condemna — *auctoritate magistrati qua fungit*.

Assim é mais que penoso discutir. — Mas é forçoso responder, — porque, endereçando o douto censor as suas declamações ás turbas, ignoras das regras do direito, — e explicando-se em fraze vulgar, que aparenta um certo fundo de razão, correremos o risco de sermos condemnados injustamente.

Todo o erro da argumentação do douto censor, parte aqui de confundir factos com direitos. Explicar-nos-hemos. Nas disposições de ultima vontade consideram-se em direito duas epochas: — 1.^a a epocha em que se faz o testamento; — 2.^a a epocha em que se abre a herança.

Em relação ao instituido, ou seja herdeiro ou legatario, não ha direito algum adquirido senão pela realisação da segunda epocha. Neste intervallo não ha direito algum adquirido. — O testador é livre de revogar o seu testamento, e o instituido não pôde exercer direito algum em quanto á herança, — e, se fallece antes do testador, nada transmite, porque nada tem adquirido. — Eis aqui os principios geraes de direito, — que não podemos deixar de observar, sem transtornar toda a economia, do direito successorio. — Agora o douto censor parte do principio opposto — suppõe que o herdeiro tem adquirido direitos antes da morte do testador, e exclama em tom magistral — *absurdo, injustiça, illegalidade!!*

Onde está aqui o absurdo, a injustiça? — Pelo lado

em que o douto censor encara a morte, de certo não existe.

O criminoso pelo delicto cabe debaixo da acção da Lei, e pôde a mesma Lei, segundo a offensa commetida contra a ordem, castigal-o devidamente na sua personalidade, — que comprehende a capacidade juridica em toda a sua extensão. O criminoso era livre, e a Lei pôde dizer: — serás recluso — encarcerado; — o criminoso podia administrar seus bens, e a Lei pôde privar-o d'essa administração; — pôde inhibil-o de dispôr d'elles. Ora como a faculdade de testar importa a faculdade de revogar o testamento *usque ad mortem*; ou a Lei havia privar o criminoso d'esta faculdade, ou deixar-lh'a; — privando-o d'ella era forçoso annullar o testamento anterior, — porque de outra forma não seria o testador que testava, mas a Lei em seu lugar, impedindo-o de o poder revogar. — Demais, deixando ao criminoso a faculdade de testar, era consequencia deixar-lhe tambem a administração de seus bens.

Em quanto ao 2.^o argumento — a saber, que é uma contradicção annullar o testamento e respeitar os *contractos*, ou sejam onerosos ou gratuitos, é evidente que ha aqui o mesmo vicio original: o douto censor colloca na mesma linha — um testamento e um contracto, ou seja gratuito ou oneroso. — É um grande erro, não só confundir os contractos com os testamentos não abertos em quanto aos effeitos juridicos, mas ainda equiparar os contractos onerosos com os gratuitos. Agora accrescentaremos para tirar todos os escrúpulos ao douto

censor:—Revogando o testamento, não se podiam revogar os contractos onerosos e gratuitos consummados,—e a razão é clara—porque 'nestes casos ha direitos irrevogavelmente adquiridos—e com muita mais razão nos contractos onerosos,—em que o acquirente effectua mais uma troca, que uma mera aquisição de valores.—Agora dirá o douto censor de que lado está a falta de logica.

Em quanto ao 3.º argumento—que a inhibição do direito de testar só servirá para incitar o accusado a contractos fraudulentos e lesivos,—respondemos: Se os contractos são fraudulentos e lesivos, têm remedio—porque podem ser atacados e rescindidos,—e se o não são, não ha motivo algum para os condemnar.—Prohibindo a faculdade de testar, não podia a Lei prejudicar o direito anterior do accusado de dispôr de seus bens (antes da sentença), sem ferir esse direito de defessa, que, com muita razão, o douto censor julga sacratissimo; mas o testamento podia ser annullado sem inconveniente emquanto a este respeito, porque a annullação não prejudicava as alienações anteriores.—Em que sentido, pois, diz o douto censor, que a Lei favoreceria contractos fraudulentos e lesivos?—Parece que não pôde ser senão no presupposto, de que sabendo o accusado que não podia dispôr depois de sentença por testamento (ou por outro modo) tractaria de dispôr, entre vivos, d'esses mesmos bens por outro titulo.

É de crêr que assim succeda; mas isto mesmo responde a todas as declamações do illustre censor: por isso que na mão do condemnado está fazer vigorar a sua boa

vontade testamentaria, dispondo em favor do instituido por outro modo, v. g. por doação em tempo em que se não acha interdicto.

A unica objecção fundada, que pôde restar 'neste caso, será a seguinte: mas se isso assim é, a que fim tolher ao condemnado a disposição testamentaria? A isto respondemos:—é uma consequencia 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. Ha mais do que isso—é uma homenagem rendida á moral pública, ao respeito e poder da Lei.

Em quanto ao 4.º argumento,—que a inhibição de testar vai interessar os herdeiros legitimos na condemnação do accusado, e fazer com que descurem da sua defesa—respondemos: primeiramente, que o testador tem sobrejo tempo, antes de condemnado por sentença passada em julgado, para reconhecer esta infamia de seus parentes, e 'nesse caso é-lhe facil dispôr em favor de outrem de seus bens entre vivos.

Em quanto ao 5.º argumento,—que esta prohibição importa offensa dos principios consignados na Carta, que não permitem que a pena passe além da pessoa do delinquente, ou tenha logar o confisco, respondemos:—*primeiro*, que esta inducção parte do erro, já demonstrado,—que o testamento não confere, *ipso facto*, direitos aos instituidos;—*segundo*, da falsa idéa de que os regulamentos na ordem successoria importam expropriação ou confisco.

A faculdade de testar não é um direito de tal modo inviolavel, que não deva ceder a muitas considerações de moralidade e ordem pública, e mesmo não tem faltado quem duvide (posto que não sigamos esta opinião) que tal faculdade não tem fundamento no direito natural (a), e que a Lei pôde regular as successões como bem lhe aprouver. D'aqui as indignidades de receber por testamento, — d'aqui as muitas limitações do direito de testar; — e não sabemos que até hoje se tenha levantado voz alguma, que proclamasse, d'um modo tão absoluto, como faz o douto censor, o direito de propriedade.

A tudo isto acrescentaremos, que o nosso douto censor, invocando o principio da Carta, que ordena que o direito de propriedade seja garantido em toda a sua plenitude, e sustentando que este principio não consente excepção alguma, senão a exigida pelo bem público, legalmente verificado, e havendo prévia indemnização, para impugnar a restrição proposta no projecto, confunde idéas d'ordem differente, e dá ao principio da Carta uma intelligencia e latitude, que é repellida pelo mais simples bom senso, e práctica de todas as nações, em que existe o mesmo preceito constitucional.

Isto pede alguns esclarecimentos.

Ha no artigo 145, §. 21 da Carta, duas proposições. A primeira assenta a regra, ou principio, que o direito de propriedade será garantido em toda a sua plenitude;

(a) Vejam-se as Leis de 25 de Junho de 1766, e 9 de Setembro de 1778, — e Lobão, *Suppl.* ás Notas a Mello, *Dissert.* 1.^a

— a segunda estabelece, que se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso d'emprego da propriedade do cidadão, será este préviamente indemnizado.

É preciso comprehender bem o que é este direito de propriedade, a propriedade que a Carta garante em toda a plenitude, e não confundir as restricções e limitações da propriedade com as expropriações de que falla a mesma Carta.

Examinemos cada uma d'estas especies.

Que é o direito de propriedade, que aqui é garantido em toda a sua plenitude? Este direito, diz o art. 2339.^o do nosso Projecto, é a faculdade de gozar e dispôr livremente de qualquer cousa ou direito. Mas pôde existir propriedade, ou semelhante direito, sem que a Lei o reconheça, regule e defina? O direito d'appropriação é por certo um direito originario tão sagrado, como o direito d'existencia, de liberdade ou d'acção; mas este direito originario, natural, reveste na ordem social a forma que a Lei julga compativel, a fim de harmonisar o direito de cada um com o direito de todos. São os principios consignados nos artigos 389.^o e 2342.^o do nosso Projecto.

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 recahir o mesmo direito; e o direito de propriedade, que então deve ser garantido em toda a plenitude, é este mesmo direito, assim definido,

ou constituido. Estas palavras — em toda a plenitude — não podem ser entendidas d'outra sorte sem absurdo, sem que se torne impossivel toda a ordem social.

É debaixo d'este ponto de vista que a Lei declara os modos legitimos d'adquirir, — que regula o gozo do adquirido, — que indica o modo por que se pôde transmitir ou perder, sem que possa fazer-lhe opposição o principio estabelecido.

Mas, sendo isto assim, que quer erá dizer a regra — que ninguém pôde ser privado da sua propriedade sem prévia indemnisação? — Quer dizer, que, depois d'estabelecido o direito e definido pela Lei geral, nenhum individuo em particular pôde ser privado d'este direito, que a todos compete, sem indemnisação, pois que, 'nesse caso teriamos uma injustiça relativa: uns seriam lesados, ao mesmo tempo que outros o não seriam; e é para restabelecer esta egualdade, em relação ao principio geral, que se introduziu a prévia indemnisação (a).

A indemnisação, emquanto ás modificações ou restricções geraes, existe na reciprocidade, na sujeição que a todos é imposta, a prol de todos. Exigir mais seria impossivel e inutil, como diz Mr. Joasselin. Effectivamente não ha uma unica propriedade, que não esteja mais ou menos sujeita a estas restricções por causa publica. (Sic, Cormenin, Proudhon, Favard, Savigny, Lafferrere, etc. etc.)

A indemnisação não pôde, pois, ter lugar senão quando se opéra uma expropriação de propriedade ou de parte

(a) Veja-se Gand, *Exprop.*, pag. 59.

d'ella, por causas accidentaes particulares e não previstas na Lei geral, que constitue, define e limita a mesma propriedade; em uma palavra, quando o Estado espolia o cidadão de certa propriedade, ou da parte d'ella, em seu proveito exclusivo.

A garantia do direito de propriedade em geral só pôde obter-se pelos meios preventivos d'uma Constituição bem regulada (a), e lealmente executada.

Em conclusão, parece-nos, que a doutrina que seguimos está mui longe de merecer o stygma de barbarismo e inconstitucionalidade, que o douto censor lhe assaca, e tanto menos, que podemos invocar em seu favor o testemunho das Nações mais civilisadas. Aquellas mesmo que o douto censor imagina que estão da sua parte, são, pelo contrario, muito mais severas com os condemnados, do que nós mesmos o somos.

Tenha o douto censor a paciencia d'ouvir-nos mais um momento a este respeito.

A França, diz elle, que não deseja occupar o ultimo lugar na cruzada da civilisação, no art. 1.º da L. de 31 de Maio de 1854, já decretou — *La mort civile est abolie*. — É verdade; mas pensa o douto censor que essa abolição comprehendeu todas as consequencias da morte civil? — Engana-se. Abolindo a morte civil não fez mais que supprimir certos effeitos, os mais absurdos, d'essa disposição. Mas conservou a maior parte apenas *mutato nomine*.

Acabou a morte civil, — mas foi substituida pela de-

(a) Veja-se Mr. Comte, *de la Propriété*.

gradação cívica e interdicção legal. A degradação cívica comprehende os direitos políticos, e a interdicção legal inhihi o condemnado dos actos cívics e da administração e disposição de seus bens, ou seja por doação *inter vivos*, ou seja por por testamento (art. 3); e annulla expressamente o testamento feito antes da condemnação.

E note o douto censor, que esta interdicção não recáe sómente sobre o condemnado á morte: estende-se a todas as penas afflictivas perpetuas; e por consequencia, na parte relativa ao direito de testar, fomos muito menos barbaros, que os barbaros francezes, que o douto censor nos offerece por modelo (a).

Uma objecção porém poderia fazer-nos com bons fundamentos, e todavia lhe não occorreu.

(a) Na Exposição de motivos, dizia Mr. Riché: = A interdicção do direito de dispôr ou receber por titulo gratuito, constitue uma incapacidade precisa e circumscripta d'uma applicação facil, e não temos hesitado em propôr-o nos termos do art. 25 do Codigo Civil; — Direito natural ou direito civil a faculdade de dispôr por titulo gratuito, é, sem duvida, um d'esses direitos, de que a sociedade pôde esbulhar, sem injustiça e sem crueldade, aquelle que a haja offendido por um crime infame. O testamento, esse acto solemne d'uma vontade suprema, que substitue as suas prescripções ás Leis do Estado, poderia ser imprudentemente abandonado ás inspirações do crime?

A faculdade de receber não poderia tambem tornar-se em beneficio da infamia, ou favorecer audazes e mentirosas protestações contra a auctoridade da cousa julgada? Este artigo não é mais, por tanto, que uma justa homenagem prestada á mais sã moral.

Esta objecção seria, — que a prohibição de adquirir, fulminada contra o condemnado, poderia redundar em prejuizo de terceiro, — dos filhos que d'elle houvessem de herdar.

Esta objecção porém está prevenida em outras disposições do Codigo.

Em quanto ás successões *ab intestato*, segundo o art. 2137, a condemnação não prejudica aos herdeiros.

Mas, se isto não bastasse, poder-se-ia accrescentar um § unico ao art. 361, que dicesse:

§. unico. As heranças *ab intestato*, que recahirem no condemnado, no intervallo que decorrer entre o momento em que a sentença passe em julgado e o da execução, passarão com tudo a seus herdeiros.

Em quanto ás doações por testamento, fica sempre livre aos testadores transferirem aos filhos o beneficio, que destinavam aos paes interdictos.

Por ultimo permitta-nos o douto censor, que lhe observemos, que as suas declamações contra a morte civil seriam, na verdade, muito justas, entendida nos termos em que existia na Lei Franceza, antes da Lei de 31 de Maio de 1854, e em algumas Legislações existe ainda; mas nos termos em que se acha no nosso Projecto (concedendo, que a interdicção ali estabelecida corresponde áquella idéa, o que assim não é na realidade) não tem de modo algum parecido aos espiritos mais elevados e philosophicos digna de tão severa censura. Veja o que diz Belime na sua *Philosophia de Direito*, e penso que o douto censor não ousará encoimar de barbaro este phi-

e não segundo a pena; — e nós dizemos: o condemnado póde ser ouvido como testemunha, sempre que seu depoimento seja indispensavel, ficando ao prudente arbitrio do julgador tel-o na conta que merecer, segundo as circumstancias.

Agora diga-nos o douto censor: não será esta disposição preferivel? Não satisfaz ella a todas as necessidades da justiça? E, se depende da qualidade do crime essa faculdade, — que quer dizer semelhante regra sem a especificação dos crimes interdictorios d'esta faculdade? Será possível enumeral-os todos, e concludentemente? Parece-nos que não. — Não podemos descobrir a razão do melhoramento, a não ser — o presupposto a que o douto censor se inclina — *nenhuma interdicção de direitos civis*.

Artigos 364 e 365.

O primeiro artigo não é objecto de reparo algum: em quanto ao segundo — volta o douto censor á questão da facção testamentaria, sobre a qual nos temos já explicado.

Art. 366.

Censura. Observa o douto censor, que não vê razão alguma, para que os condemnados a prisão perpétua apenas sejam interdictos de alguns direitos civis, conforme o art. 362, e os condemnados a degredo perpetuo possam ser privados *d'esse direito, e o mais é, a arbitrio do julgador*, — e que assim como a Carta Constitucional no artigo 9.º determina, que a sentença condemnatoria a prisão ou degredo (sem distinguir entre penas perpetuas

e temporarias) apenas faz suspender, e não perder os direitos politicos, parece-nos que o mesmo systema se deve seguir quanto aos direitos civis, afastando-se assim toda a idéa de morte civil.

Resposta. Primeiramente observaremos, que não entendemos o que o douto censor quer dizer pelas palavras — *d'esse direito*; — talvez aqui haja erro typographico, e quizera dizer — *d'esses direitos* (i. é, civis); — em segundo logar as palavras — *e o mais é, a arbitrio do julgador*, — são formalmente desmentidas pelo artigo, — que não admite tal arbitrio, — requerendo que a sentença seja — *em conformidade com a Lei*. — Nem outra cousa seria imaginavel, pois que não póde haver arbitrio em semelhante materia de perda de direitos.

Agora em quanto á supposição, que 'neste caso se dá como possível, que a perda ou interdicção de direitos vá mais longe do que no caso de prisão perpétua, — respondemos, que é exactamente o contrario, que se presuppõe no artigo.

Na prisão perpétua ha necessariamente a interdicção dos direitos enumerados no art. 362; — e no caso de degredo perpetuo não ha senão a interdicção dos direitos, que forem especificados na sentença.

E quaes são estes direitos? Ficar á isso ao arbitrio do julgador? — Não: esses direitos são aquelles, que, segundo a qualidade do crime, forem declarados na Lei. Se a Lei não comminar semelhante perda ou privação, é bem certo, que o condemnado a essa perda ou privação não póde ficar sujeito. Verifica-se o que o douto censor

admitte nas suas observações ao art. 361, quando reconhece, que os condemnados algumas vezes devem ser interditos de alguns direitos civis.

Em quanto á asserção do douto censor, — que o art. 9.º da Carta não faz differença entre penas perpetuas e temporarias, permitta-nos o douto censor, que lhe digamos, que é bem o contrario o que a Carta annuncia nas palavras, — suspende-se o exercicio, em quanto durarem os seus effeitos. — Ora estes effeitos podem durar temporaria ou perpetuamente.

Artt. 367 a 378 inclusivamente.

Estes doze artigos passaram sem observação alguma.

Art. 379.

Censura. Começa o douto censor por observar que, sendo a perda cousa diversa da interdicção dos direitos, parece que o perdão real não restitue os direitos civis perdidos, porque o artigo só falla da restituição dos direitos interditos.

Resposta. O douto censor estabelece, que uma cousa é a perda d'um direito, outra cousa a sua interdicção; — que perda significa a privação perpétua, — e interdicção a privação temporaria, — e que assim empregamos estas duas palavras.

Isto não é bem exacto: uma cousa é com effeito a perda absoluta d'um direito, outra a sua suspensão temporaria; mas a palavra interdicção significa geralmente, como explica Saint-Prix, *Cod. Annoté*, n. 1708, a privação da aptidão geral para exercer os direitos civis. — Esta palavra vem de *interdicere*, porque com effeito o

interdicto é inhibido de celebrar actos juridicos. Ora esta interdicção pôde ser perpétua ou temporaria (*Dalloz v. Interdiction*). A interdicção importa pois, em todo o caso, a perda de um direito, ou seja perpétua, ou temporariamente: é a inhibição de usar d'elle.

Nós tomámos no nosso Projecto a palavra interdicção 'nesta generalidade, isto é, comprehendendo tanto a perda como a suspensão; — e, se não fallámos de perda 'neste artigo, não podia ser outra a nossa idea. É verdade, que no art. 361, usámos da palavra perda, mas é porque, tractando-se do caso de morte, nos pareceu mais propria para exprimir o nosso pensamento, mas não porque entendessemos, que esta palavra não podia ser comprehendida debaixo da denominação de interdicção. Isto mesmo se depreheende claramente do art. 375, onde se emprega a palavra interdicção em toda a sua generalidade.

No Direito Francez moderno a palavra — *interdicção*, tem um sentido mais restricto, mormente unindo-se-lhe a palavra — *legal*, como se pôde vêr nos artigos 29 e 31 do Codigo Penal.

Censura. Objecta o douto censor, que comminada a perda por effeito de sentença passada em julgado, seguir-se-hia, que o perdão real não poderia restituir os direitos perdidos, — e que mais providente foi o Codigo de Valais, que, comminando a perda dos direitos civis (art. 22) desde o momento em que a sentença passasse em julgado, concede aos herdeiros legitimos, 'nessa epocha, a posse provisoria, mas que a herança sómente se devolve no momento da execução.

Resposta. No pensamento do Projecto nem esta mesma posse provisoria se concede 'neste caso, como cautella desnecessaria. Bem previmos a objecção; mas sendo já lei entre nós, que a sentença de morte se não pôde executar, e fica suspensa até á resolução do poder moderador (art. 1202 da Ref. Jud.), era consequente, que os seus accessorios tambem não produzissem effeito, e por isso nada mais accrescentámos.

Censura. Porém surge aqui (diz o douto censor) uma nova difficuldade: havendo a lei adjudicado, desde o dia em que a sentença passou em julgado, os bens do condemnado aos seus herdeiros; tendo elles, por virtude d'ella, alcançado o dominio e posse dos mesmos bens, como é que agora, sem precedente indemnização, lh'os ha de ir arrancar para de novo os entregar áquelle cujos eram?

Resposta. A sentença de morte, como já observámos, não pôde executar-se em quanto não baixar a resolução do poder moderador. Estas poucas palavras são mais que sobejas, para lançar por terra essa larga bateria, que o douto censor se aprouve de assestar contra nós com a mais supina impertinencia.

Censura. Nada se acha disposto sobre a influencia, que a amnistia (recordada na Carta art. 74, §. 8) deve ter na existencia da interdicção dos direitos, e nas reparações resultantes do facto criminoso. Cumpre preencher esta lacuna.

Resposta. Não se fallou expressamente d'amnistia, porque pareceu desnecessario. A amnistia é uma especie

dé perdão. A differença consiste em que o perdão refere-se a certos individuos, e a amnistia comprehende uma certa generalidade de delinquentes. — Ora em qualquer dos casos os effeitos, em relação aos direitos civis não podem deixar de ser os mesmos, isto é, anniquillar a interdicção dos direitos civis annexa com a pena (interdicção, que não pôde ser relativa senão aos que se acharem já condemnados quando apparecer a amnistia); mas não exempta o delinquente das restituições e reparações de perdas e damnos, em que haja sido condemnado, ou a que se ache obrigado pelo facto criminoso: e a razão é, porque esta responsabilidade civil não nasce da pena, mas sim do facto do damno, seja, ou não, qualificado de delicto.

A doutrina que seguimos, apoia-se nos principios geraes do direito civil, é conforme com a nossa antiga legislação, e tem a seu favor a maioria dos mais distinctos Jurisconsultos estrangeiros e nacionaes (a).

Não ignoramos com tudo que a opinião contraria, isto é, que a amnistia perime toda a acção civil e criminal,

(a) Vêde 'neste sentido Mangin, n. 446, *Tract. de L'act. Publ.*; Carnot, *Observ. prelim.*, cap. *des amendes en revision*, n.º 7, in fin.; Rauter, *Dir. Crim.* n.º 866; Laseillier, *Tract. de Dir. Crim.*, n.º 2162; Dalloz, *Nouv. Rec. alph. v. Amnistie*, n.º 183; Faustin Helié, *Theor. do Cod. de instr. crim. t. 3*, pag. 772; Demolombe, *Droits Civils*, n.º 236; *Encyclopedie du Droit*, art. *Amnistie*, por Dupin; Sourdat, *de la Responsabilité civile*, tom. 1, p. 14; Ord. L. 1.º, T. 3.º, L. 5.º, T. 116; Portugal de *Donationibus*, L. 2.º, cap. 18; Valasco, *cons.* 72,

tem em seu favor respeitáveis auctoridades, e se apoia em considerações, que não deixam de ter importancia. Allega-se, 1.º que tendo a amnistia por fim fazer cessar as divisões entre os partidos, e restabelecer a tranquillidade publica pela indulgencia, a subsistencia da acção civil perpetuaria a lembrança dos mesmos factos, e destruiria o beneficio da amnistia; que o interesse geral deve aqui prevalecer sobre o particular; e quando a Lei da amnistia não fizer excepção, deve considerar-se extincta conjunctamente com a acção publica. É a opinião de Legreverand, tom. 2, pag. 698, e d'alguns outros.

Esta razão, toda politica, não pôde de modo algum alterar os principios do Direito civil. O Direito á reparação do damno não pôde ser aniquilado arbitrariamente. Se caso occorrer, em que se torne preciso, a bem da ordem publica, destruir a acção civil, ao Legislador incumbe provêr d'outro modo á devida indemnisação. É o que fez Arato de Sicyone expatriando-se, afim de mendigar a indemnisação, que seus concidadãos exigiam dos contrarios vencidos.

Allega-se, 2.º a ficção do *direito eminente*, principio

n. 10, de partit. cap. 13, n. 73; Phebo, decis. 92, n.º 2; Cabedo, 1.ª p. decis. 1.ª, n. 6, 2.ª p., decis. 5.ª, n. 3; Salgado de *Protect.* p. 3.ª, cap. 10, n. 92; Pinel. *in rubri. cod. de rescind. vindi.* p. 1.ª, c. 3.º—Este mesmo systema foi adoptado na antiga jurisprudencia Franceza. V. Rousseau de Lacombe, *Mat. crim.*, 3.ª p., cap. 4, n. 1024; Imbert., *Pract. L.* 3, cap. 17; Vouglans, *Inst. de Dir. Crim.*, 3.ª p. cap. 4; Jousse, *Just. crim.*, tom. 2.º, n. 3.

ensinado por Moline, que, sendo o soberano o senhor de pessoa e bens dos subditos, pôde dispôr, a seu bel-prazer, de tudo; mas semelhante razão, nem mesmo no tempo de Cabedo pôde ser acolhida, chegando este Jurisconsulto a sustentar o direito de resistencia em caso de taes abusos — *Gratia de plenitudine potestatis facta, non in erreniente partis remissione, servanda non est, et tanquam vis imperantis repellenda est* (1.ª p. decis. 1.ª n. 6, 2.ª p., decis. 5, n. 43).

Não desconhecemos que na verificação da responsabilidade civil, em certos casos, como nos de revolta ou revolução, podem suscitar-se diferentes difficuldades; mas entendemos, que todas ellas poderão ser resolvidas não perdendo de vista a natureza do damno, e o fim, por que foi practicado.

Perdoar o crime pôde ser um pensamento d'ordem; mas proclamar — que quem foi expoliado da sua propriedade fique sem ella, quando a expoliação não foi geral, mas d'este ou d'aquelle individuo, é certamente violar todos os principios de Justiça. Se a indemnização não pôde ser feita pelos amnistiados, é ao Estado que cumpre fazel-a, que não tem direito algum para dar a uns o que pertence a outros.

FIM.

ERRATAS.

<i>Pag.</i>	<i>Erros.</i>	<i>Emendas.</i>
6	com quanto	com quanta
7	Molindus	Molineus
26	aburtado	abortado
39	o direito teria	ó direito tira
40	se retrotrahe, no	se retrotrahe ao
»	constituir	constituo
41	á nossa	a nossa
»	as especies	ás especies
43	podia regular	poderá regular
49	respeitados 'nesta parte ; fica	respeitados ; 'nesta parte fica
53	excessão	excepção
54	prosupposto	presupposto
56	<i>aequam verum est.</i>	<i>aequum visum est.</i>
62	intende	entenda
76	veja-se	vejam-se
82	persuppõe	presuppõe
»	nada este	nada reste
93	se permitte	se permitta
96	<i>fungit.</i>	<i>fungitur.</i>