Página de Controlo

N.º 659

REFLEXÕES

SÔBRE OS

SETE PRIMEIROS TITULOS

DO LIVRO UNICO DA PARTE I

DO

PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

DO SR.

Antonio Luiz de Seabra

POR

Vicente Ferrer Neto Paiva

PRESIDENTE DA COMMISSÃO DE REVISÃO DO MESMO PROJECTO.

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1859.

REFLEXÕES

SÔBRE O

PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ.

559

REFLEXÕES

SÔBRE OS

SETE PRIMEIROS TITULOS

DO LIVRO UNICO DA PARTE I

DO

PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

DO SR.

Antonio Luiz de Seabra

POR

Vicente Ferrer Neto Paiva

PRESIDENTE DA COMMISSÃO DE REVISÃO DO MESMO PROJECTO.

A. L. Guimarães Pedrosa

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1859.

FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
N.º 52634

REFLEXÕES

SOBRE OS

SETE PRIMEIROS TITULOS

DO

PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

PREFACIO E INTRODUCÇÃO

A commissão de revisão do Projecto do Codigo Civil do sr. Antonio Luiz de Seabra accordou em dividir as materias pelos seus membros, a fim de cada um apresentar o relatorio das observações, que a analyse dos artigos lhe suggerisse, para entrarem em discussão. É este o producto de minhas meditações e locubrações sobre os sete primeiros titulos do Livro unico da Parte 1.ª do Projecto, que me foram distribuidos. Sinto, que não seja elle digno da importancia da materia e da respeitabilidade da commissão, á qual é dirigido.

No estudo do meu quinhão do Projecto, fui sempre assistido do desejo de nada encontrar, que notasse contra as disposições d'elle. Este sentimento era filho da minha profunda convicção da necessidade, que tem a Nação portugueza, d'um Codigo Civil,

sendo, como infelizmente é, ommissa a maxima parte da sua legislação d'esta especie, e o direito dependente das leis romanas, declaradas subsidiarias pelas Ordenações do Reino, Lei de 18 d'Agosto de 1769 e Estatutos da Universidade; leis aquellas, feitas ha mais de dois mil annos algumas, e as outras ha pouco menos. Além de que as leis romanas sómente foram chamadas, como subsidiarias, quando forem conformes á boa razão, segundo o variadissimo uso moderno das nações, o que torna muito controverso e incerto este direito. Tambem concorreu para criar aquelle desejo, e porque o não direi? a antiga amizade, com que me honra o illustrado Redactor do Projecto, nascida nos bancos da nossa escóla de Direito, e sempre conservada sem interrupção alguma.

Porém, se a amizade me continha para não ser nimiamente severo, a importancia da materia e a gravidade do dever me compelliam, para nada deixar de dizer lealmente do que intendesse em minha consciencia. Aquelle sentimento e esta obrigação, parece-me, se não me engano, que foram garantias da minha imparcialidade. A sábia commissão julgará, se a tive. Pelo menos o meu animo esteve tão longe de querer offender o illustrado Redactor, como é d'aqui aos antipodas; e nem deve admirar, que

em questões de alta metaphysica da sciencia, o illustrado Redactor e eu discordemos algumas vezes, posto que pertençamos á mesma escóla de Philosophia de Direito; visto que a parte do Projecto, que me coube em sorte, é a mais philosophica, e a que comprehende as provisões geraes, sobre que assenta todo o edificio d'este.

Offender o sr. Seabra eu, que sou o primeiro em reconhecer, que o seu Projecto, ainda que peze a muita gente, lhe ha de abrir uma página brilhante na Historia da Legislação e Jurisprudencia nacional, e que por elle tem o sr. Seabra bem merecido da patria! Eu, que espero em Deus, que o seu Projecto, conquistando a opinião dos Jurisconsultos esclarecidos, ha de vir a ser lei do paiz; que porisso acceitei na commissão o logar, de que muito me honro; e que empenho todas as minhas poucas forças, para lançar uma pedrinha n'este edificio do templo sagrado da legislação nacional! Por certo que não. Mas tambem declaro com a mão sôbre a consciencia, que não fiz mais, porque a mais não chegaram as minhas forças. A sábia commissão emendará os meus erros e supprirá as minhas faltas.

Importa notar tambem, que nas observações, que fiz, trabalhei para que este meu escripto saísse o

mais breve e resumido, que me fosse possivel; porque escrevia para Jurisconsultos consumados, aos quaes basta indicar as opiniões e apontar os fundamentos. Tambem fiz algumas notas sôbre a redacção. Talvez pareçam minuciosas: a mim pareceram-me importantes; porque as palavras da lei, como diz Bentham, devem pezar-se, como os diamantes.

Não pude apresentar este relatorio até ao fim de julho preterito, como determinára a sábia commissão; porque tive de presidir ás conclusões magnas, exames privados e a outros actos, proprios do lente de prima da faculdade de Direito, de quem faço as vezes. Apesar porém da pequena demora d'alguns dias, poderá elle servir para a illustre commissão, no futuro mez de novembro, por ella marcado, principiar as suas discussões sobre o Projecto do Codigo, se o illustrado Redactor tiver préviamente respondido ás minhas observações.

Não entrei no exame do systema do Projecto; porque foi approvado pela primitiva commissão de revisão, a que tive a honra de presidir, afóra algumas alterações, posteriormente feitas pelo illustrado Redactor, que julgo de pouca monta e que approvo. E eu impuz-me no meu trabalho a regra de nada dizer sobre as doutrinas, que approvasse. Deixei ao

illustrado Redactor a defesa d'ellas, sendo combatidas; e nem elle carece de reforços estranhos.

Ha poucos dias porém recebi pelo correio a — NOVA APOSTILLA Á CENSURA DO SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO, SÔBRE O PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ, *por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Typografia Universal de Laemmert*, 1859.

O sr. Teixeira de Freitas acha-se, como elle mesmo declara, encarregado de redigir o Projecto do Codigo Civil para o Imperio do Brazil, e combate o plano do Projecto do sr. Seabra. Devêra eu responder-lhe; visto que approvei o systema do sr. Seabra; porém agora não posso demorar este relatorio, que, como fica dito, já vae fóra do tempo marcado. Accredito que o sr. Seabra o fará, e muito victoriosamente; como é de esperar, por uma parte, do seu reconhecido talento e profundos conhecimentos juridicos, e por outra, das vantagens, que offerece o fino argumentador transatlantico, deixando a cada passo no combate, como campeão, todo attento a descarregar golpes, muitas aberturas na coiraça, por onde póde ser mortalmente ferido.

Se o illustrado Redactor do Projecto portuguez não responder ao illustrado Redactor do Projecto brasileiro, comprometto-me com o público a, quanto antes, lhe responder, levantando a luva, que o fa-

moso Jurisconsulto do Brazil com as suas theorias atira aos Jurisconsultos de Portugal. E desde já espero, que a temeridade de acceitar este cartel de desafio se attribua unicamente áquelle dever, e ao muito amor, que tenho á sciencia da Philosophia de Direito, que ensino, ha vinte e cinco annos, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e sôbre a qual tenho escripto algumas obras, na verdade insignificantes, para uso dos meus discipulos. Não tenho outra pretenção na resposta, se a dér, senão defender os principios e doutrinas, que ensino, contra as opiniões, que avança o illustrado Jurisconsulto brasileiro, e que, para o dizer, lhe peço venia, me parece não se acharem a par do estado actual da sciencia; e até lhe faço a justiça de acreditar, que, se elle se achasse em um estado de espirito mais tranquillo, por certo não avançaria.

Na verdade em cada pagina da NOVA APOSTILLA se encontram provas irrefragaveis d'um escriptor apaixonado, que, perdendo a serenidade de espirito, tão necessaria para apreciar com imparcialidade os escriptos alheios, se deixa arrastar pelo desejo de encontrar defeitos, aonde realmente os não ha. De que servem as injúrias, que, ás mãos cheias, atira ás faces do illustrado Redactor portuguez, sem ter ao menos a desculpa d'este o ter offendido? As

injúrias na Europa nem são argumentos logicos, que convençam, nem figuras de rhetorica, que persuadam. Acredito que no Brazil será o mesmo. As injúrias, no campo da sciencia, são como os arcos de certos pellotiqueiros, que arrojados por elles para diante, logo que tocam em terra, voltam, correndo, contra quem os impelliu.

O systema do sr. Seabra tem defeitos? Tem. E qual é o systema em sciencias moraes, ou physicas, que os não tenha? Mr. Victor Hugo, diz com muita razão, que os systemas são como os ratos, que, depois de passarem por trinta buracos, lá encontram alguns, por onde não cabem. O modesto Redactor portuguez declarou francamente em uma das Apostillas, que não aspirava a fazer um systema completo e perfeito. Todos os grandes genios têm falhado n'esta parte; nenhum dos seus systemas resiste á força logica e ao rigor analytico. Será por condão da fraca razão humana? Será porque ainda não descobrissemos todas as leis, que regem o mundo physico e moral? Ou será, finalmente, porque as sciencias não chegaram até agora, apezar do muito que têm progredido, ao cume da perfeição? Acredito que por todas estas causas conjunctamente.

Mas os systemas scientificos são necessarios para o nosso espirito poder comprehender e abarcar as

vastissimas e complicadissimas materias de qualquer ramo dos conhecimentos humanos. Que diz pois a prudencia? Diz que não rejeitemos um systema, sómente porque tem defeitos; mas sim, que o compararemos aos demais, inventados sobre a materia, e escolhamos o menos imperfeito. Então como conclue o agudo argumentador americano d'alguns defeitos, que julga encontrar no systema do sr. Seabra, que elle não presta? Fez essa comparação? A simples leitura da sua NOVA APOSTILLA deixou-me a impressão, de que a não fizera.

É natural, e não lh'o estranho, que prefira o systema da sua *Consolidação das leis do Brazil*, que não vi.

Porém, se este é o que indica a NOVA APOSTILLA, sinto predizer-lh'o — não ha de ser necessario um volume tão grande, para o derribar, como a sua NOVA APOSTILLA. A base é insustentavel no estado actual da sciencia.

Peço desculpa d'esta digressão, sôbre a NOVA APOSTILLA; porque intendi, que devia desde já dizer duas palavras sobre ella, visto que combate o systema do Projecto, que eu approvára; e que por isso devo defender.

O que ha para dizer-se sôbre a questão — *se n'um*

Codigo de leis devem, ou não, entrar definições, acha-se escripto *pro* e *contra* nas Observações do sr. Paes e do sr. Moraes de Carvalho, e nas Apostillas e Resposta do illustrado Redactor.

As definições são perigosas, pela difficuldade, senão impossibilidade, de as formular com precisão e claresa. No entretanto tambem são ellas muitas vezes absolutamente indispensaveis, para se comprehender o verdadeiro sentido do legislador. Darei um exemplo, tirado do Projecto do Codigo:

No artigo 13 o illustrado Redactor chama, como legislação subsidiaria para os casos ommissos, os principios geraes de *equidade;* mas os Jurisconsultos e Philosophos não concordam na definição de equidade, e são tantas as noções d'ella, quantas são as cabeças. Se procurarmos pois a definição em os livros doutrinaes e didaticos, como poderemos saber, qual foi a idêa, que por equidade quiz exprimir o illustrado Redactor? N'esta materia gravissima é mistér toda a claresa, e esta não póde obter-se com certesa senão por uma definição legal, que tire todas as dúvidas. Intendo pois, que importa admittir no Codigo as definições indispensaveis, ou suppril-as por longas descripções e explicações, egualmente difficeis e perigosas.

Não entro na questão, *se devem, ou não, ser ba-*

nidas d'um Codigo as disposições ordinaes. Parecem-me inodoras e innocentes. Se não fazem bem, mal por certo não fazem. O illustrado Redactor gosta d'ellas: é aqui o logar de eu dizer, como Horacio: *Cur amicum offendam in nugis?*

Finalmente, *sobre a admissão, ou não admissão no Codigo de principios geraes de direito*, na analyse, que faço aos artigos d'este Projecto, deixo consignada a minha opinião.

Quinta do Freixo, 25 de Agosto de 1859.

O AUCTOR.

CODIGO CIVIL

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

LIVRO UNICO

TITULO I

«Da capacidade civil, e do objecto e natureza da Lei civil em geral».

Na rúbrica d'este titulo eu anteporia á palavra —*objecto*, a palavra—*natureza;* porque, segundo a ordem genealogica das idêas, o conhecimento da natureza da Lei precede, e esclarece o objecto d'ella.

Artigo 1.º

«Sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações: é n'isto que consiste a sua capacidade juridica».

Approvo a doutrina d'este artigo, substituindo a palavra — *sómente*, pela palavra — *só*.

Parece-me, que ao artigo se deve accrescentar a noção da palavra — *pessoa*. Os Jurisconsultos usam ora da palavra — *homem*, ora da palavra — *pessoa*; e assim o faz o illustrado Redactor do Codigo a cada passo, e até mesmo n'este titulo. Usam da palavra — *homem:* já n'um sentido stricto, em contraposição á mulher; já em um mais largo, comprehendendo o homem e a mulher, em contraposição aos outros individuos do reino animal; e já em um sentido latissimo, comprehendendo toda a humanidade, em contraposição aos individuos, de que ella se compõe. Quando porém querem exprimir a idêa de homens, reunidos em corporações ou associações, isto é, constituindo corpos collectivos, ligados por um fim commum, cujo proseguimento se propõe, e que á similhança dos individuos gosam, ou têm aptidão para gosar, de direitos, isto é, têm capacidade civil, como diz o illustrado Redactor, não usam nunca da palavra — *homens*, expressam a idêa d'estes sêres collectivos pela palavra — *pessoas*. A palavra — *pessoas*, em geral, significa os homens, tanto individual, como collectivamente considerados, em contraposição a cousas: a palavra — *homens* significa os individuos em regra, afóra o caso excepcional de significar toda a humanidade. Algumas vezes, para maior claresa, dizem, — *pessoas natu-*

raes, ou *moraes* para designarem os homens, como *individuos*, ou os homens, *reunidos* por um fim, que têm em vista. N'este sentido, e não n'aquelle, que lhe ligavam os Jurisconsultos romanos, a palavra —*pessoa* é necessaria e technica em a nossa Jurisprudencia; e admittidas as definições no Codigo, intendo, que é mistér definil-a n'este artigo.

Portanto, eu accrescentaria ao artigo estas palavras: *e os entes, que gosam d'esta, ou sejam considerados individual, ou collectivamente, chamam-se pessoas.*

Artigo 2.°

«Intende-se por direito n'este sentido a faculdade de practicar, ou deixar de practicar, certos actos, ou de possuir exclusivamente certas cousas; e por obrigação, o devêr, judicialmente exigivel, de prestar, fazer, ou deixar de fazer certas cousas».

Principiarei por notar n'este artigo, que não sei o que significam as palavras —*n'este sentido*. Se o illustrado Redactor as refere á idêa de homem do art. 1.°, são escusadas; porque nenhuns outros entes, que não sejam os homens, gosam de direitos; demonstra-o a Philosophia de Direito, e estabeleceu-o já aquelle artigo. E, se ellas se referem á outra idêa de capacidade juridica do mesmo artigo,

como disse o illustrado Redactor na Apostilla, tambem são inuteis; porque não ha direitos, que fiquem fóra d'ella; a capacidade juridica comprehende não só todos os direitos, de que gosa effectivamente qualquer pessoa, mas a aptidão para adquirir outros. É isto o que dizem todos os Jurisconsultos e Philosophos, e até o illustrado Redactor no art. 1.°, posto que alguns chamam *personalidade* ao que aquelle artigo chama *capacidade juridica*. Sôbre a preferencia d'um d'estes dois termos não levanto questão; visto que se empregam no mesmo sentido, e como synonimos.

Portanto, eu eliminaria as palavras — *n'este sentido*.

Tambem excluiria da definição de direito d'este artigo, as palavras — *ou de possuir exclusivamente certas cousas*. O elemento objectivo do direito, no estado actual da sciencia, não póde encontrar-se senão nos factos, isto é, nas acções, ou actos affirmativos, e negativos, quando estes são limitados pelas circumstancias do agente, tempo, logar, etc. Bem analysada a natureza do direito, não são as cousas, mas sim os usos, que ellas prestam, como condições ou meios, para as pessoas, sugeitos activos dos direitos, proseguirem o seu destino racional n'este mundo. Aquellas cousas, que á primeira vista

parecem servir directa e immediatamente ao proseguimento dos fins humanos, precisam sempre de ser preparadas pela actividade do homem. É preciso pôr em exercicio sôbre ellas as nossas faculdades physicas e intellectuaes; e o producto das suas operações, e não as cousas em si, é o que verdadeiramente constitue o objecto do direito. Todos os Jurisconsultos e Philosophos dividem o dominio sôbre as cousas em direito de possuil-as, de usal-as, e de dispôr da substancia d'ellas. ¿E que apparece claramente como objectos d'estes direitos, em que se decompõe pela analyse o dominio? Sómente factos, e não cousas: o facto de possuir, o facto de usar, e o facto de dispôr. O uso das cousas, o seu prestimo ou serviço, são o que tem valor e utilidade em Economia Politica, e importancia na sciencia do Direito. As pessoas são fins, as cousas meios; e estes estão no uso, ou no facto de usar d'ellas, e não nas cousas em si.

Portanto, se a condicionalidade é o elemento objectivo do direito; se a condicionalidade se encontra sómente, em ultima analyse, nos factos, e não nas cousas: é evidente, que são inadmissiveis as palavras da definição,—*ou de possuir exclusivamente certas cousas.* Além de que, depois do illustrado Redactor dizer na definição, que—*o direito é a facul-*

dade de prestar, ou deixar de prestar certos actos, são uma excrescencia redundante as subsequentes, —*ou de possuir exclusivamente certas cousas.* A posse é tambem um acto comprehendido nas palavras antecedentes, o que já reconheceu o illustrado Redactor em sua Apostilla.

O illustrado Redactor acrescentou as palavras, que censuro, para pôr em relêvo, pela sua importancia, a propriedade juridica das cousas materiaes (possuidas); mas importa notar, que a propriedade é um direito, uma cousa ideal, que se concebe e explica, por assim o dizermos, prescindindo das cousas materiaes. A propriedade de direito é a realisação de todo e qualquer direito, ou o direito realisado pelos factos. Para explicar a idêa de propriedade de direito, precisâmos da idêa de factos, mas não da idêa das cousas materiaes. É por isto, que o systema d'aquelles, que dividem o direito em pessoas, cousas e acções, não póde philosophicamente acceitar-se.

Devem pois eliminar-se aquellas palavras; porque são redundantes; e porque não estão em harmonia com o estado actual da sciencia philosophica do direito, de que o illustrado Redactor é um apostolo dos mais ardentes.

O homem tem faculdades physicas e moraes; o

direito é um sêr puramente ideal; o direito não póde ser uma faculdade physica, mas sómente uma faculdade licita, moral, ou ideal. Seria necessaria uma longa dissertação para demonstrar estas verdades, que acceitam hoje todos os Escriptores de Philosophia de Direito, achando-se á frente de todos o illustrado Redactor no seu excellente livro — *A Propriedade de Direito* e nas Apostillas. Portanto, é mistér acrescentar na definição de direito á palavra — *faculdade,* a palavra — *moral,* ou dar-lhe outra redacção, que indique estas idêas; porque a generalidade da palavra — *faculdade,* comprehende mais, do que por certo pretende o illustrado Redactor.

Como já notei, a palavra — *factos,* significa idêas affirmativas e negativas; a palavra — *actos,* sómente affirmativas; e como na noção de direito o illustrado Redactor comprehende tanto umas, como as outras; porque diz — *practicar, ou deixar de practicar,* parecia-me, que se deveria preferir a palavra — *factos,* á palavra — *actos.* E ponho de parte agora a questão, se o direito tem sempre um caracter affirmativo, assim como em ultima analyse o tem negativo as obrigações juridicas, que lhe são correlativas. Eu redigiria pois a definição de direito n'estes termos: — *Direito é a faculdade moral de practicar, ou deixar de practicar certos factos.*

Intenda-se, porém, que accedo a esta noção de direito, definindo este subjectivamente, como um direito em particular, como um dos muitos direitos, de que a pessoa gosa, ou póde gosar. N'um sentido mais generico, abstracto e philosophico, outra fôra a definição scientifica, que eu propozera. Estamos em Direito positivo *constituendo,* ou, se se quer, em Direito natural *applicado,* no qual se devem modificar as mais sublimes aspirações do Direito natural *puro,* tornando este applicavel aos usos da vida, segundo o estado actual da civilisação.

Passo á segunda parte do artigo, em que se encontra a definição de obrigação juridica, correlativa ao direito, já definido, e não em um sentido mais generico, comprehendendo as obrigações juridicas e moraes. E na verdade, n'um Codigo Civil, o que importa é conhecer a obrigação civil, ou o mais a obrigação juridica em geral. Uma definição tão generica, que comprehenda as obrigações juridicas e moraes, ultrapassa as raias d'um Codigo de direito de qualquer especie, que este seja: importa pois acrescentar á palavra—*obrigação,* a palavra—*juridica.*

Definir obrigação por dever é evidentemente caír no vicio de definir *idem per idem;* obrigação, dever, e até mesmo officio tomam-se em a sciencia do

Direito, e em Moral, como synonimos; e tanto precisa de ser definida a obrigação, como o dever; e tanto se poderia dizer, que a obrigação é o dever, como que o dever é a obrigação, isto é, nada se explicaria. É mistér, portanto, substituir a palavra —*dever* da definição, por outra, que esclareça a natureza da obrigação.

O direito importa a idêa de liberdade,—*de practicar, ou deixar de practicar algum acto*, diz a definição d'elle, dada pelo illustrado Redactor; a obrigação subministra a idêa opposta de necessidade; porque direito e obrigação são idêas correlativas: o direito refere-se subjectivamente a um agente, a obrigação a um paciente: o sujeito do direito *ousa* e *gosa*, o da obrigação *consente* e *soffre*. A necessidade pois constitue a idêa fundamental da obrigação, e explica ainda melhor do que a idêa de vinculo, adoptada por alguns Escriptores (e que propriamente se refere á idêa de correlação entre direito e obrigação) a verdadeira natureza não sómente da obrigação juridica, mas tambem da obrigação moral, que não tem correlação alguma com direito. A idêa pois de necessidade é o ponto, em que se tocam as obrigações juridicas e moraes, é o *genero*, logo acharemos a *differença;* já se vê pois, que eu substituiria á palavra—*dever*, da definição, a palavra—*necessidade*.

Sendo direito e obrigação idêas correlativas, que reciprocamente se completam, constituindo uma relação juridica, que principia no sujeito activo do direito, e vae até o sujeito passivo da obrigação, o direito e obrigação não podem deixar de exercer-se sobre a mesma materia; aliás a correlação desapparereceria: portanto ha identidade de objecto para o direito, e para a obrigação. E se nós já achámos, que os factos, e sómente os factos, constituiam a condicionalidade objectiva do direito, não podemos deixar de reconhecer os factos, e sómente os factos, como elemento objectivo da obrigação juridica.

Portanto, devem ser banidas da definição as palavras — *certas cousas.*

Uma das grandes differenças, que hoje se notam entre as obrigações moraes e juridicas, é que aquellas são affirmativas e estas negativas: aquellas, cumprem-se por acções; estas, por omissões. E ainda quando as obrigações juridicas parecem affirmativas, reduzem-se em ultima analyse a negativas. O seu objecto consiste em não embaraçar o exercicio do direito correlativo d'outrem, em não offender o seu objecto, em não lesar o seu direito, em uma palavra, na inteira deferencia pelas resoluções da liberdade juridica do sujeito activo do direito. Estes actos negativos bastam para o exercicio pleno do

direito: exigir mais do sujeito da obrigação correlativa, seria restringir inutilmente a sua liberdade, que o Direito lhe deve garantir, como ente racional e livre, como pessoa. Portanto, se o caracter das obrigações juridicas é sempre negativo, não podem admittir-se na sua definição as palavras — *de prestar, fazer,* e sómente teriam logar as outras — *de não fazer.*

A definição de obrigação do artigo poderia acceitar-se, querendo dar-se uma definição de obrigação no seu sentido o mais lato, comprehendendo, como já disse, obrigações juridicas e moraes; porém a generalidade d'uma similhante noção, além de impropria d'um Codigo de Direito positivo, daria occasião a falsas argumentações, e, arvorada em principio, tirar-se-iam d'ella, como illações logicas, as doutrinas dos deveres juridicos e dos moraes; introduzir-se-iam todos no Codigo; e sujeitar-se-iam uns e outros á sancção da faculdade da coacção, destruindo a liberdade de consciencia; submettendo os cidadãos á mais cruel tyrannia; e destruindo todas as idêas de moralidade, que se não póde comprehender sem inteira liberdade do agente.

Em harmonia com estas idêas, que deixo expendidas, e que de certo muito bem conhece o illustrado Redactor, eu redigiria a segunda parte do ar-

tigo, assim: — *e por obrigação juridica a necessidade de se abster de embaraçar o direito, que lhe é correlativo.*

Artigo 3.º

«Se estes direitos e obrigações se referem ás relações entre cidadãos e o Estado, sobre cousas de interesse geral, constituem a sua capacidade politica, dizem-se direitos e obrigações politicas, e são determinadas pelo Direito Publico Nacional: mas se estes direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, e entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade, constituem a sua capacidade civil; denominam-se direitos e obrigações civís, e são regidos pelo Direito Privado, ou Codigo Civil, excepto na parte, que diz respeito aos negocios commerciaes, que é regulada por lei especial».

N'este artigo procura o illustrado Redactor marcar a differença entre *capacidade civil* e *politica*, especies, em que se costuma dividir a *capacidade juridica*. Constitue como criterio para conhecer a capacidade politica o seu objecto, relações sôbre cousas de interesse geral, e para a civil relações particulares ou públicas sôbre questões de propriedade.

Primeiramente intendo, que o fundamento da distincção deve ser sómente um, e aqui encontrâmos dois. Demais, nem todas as relações entre os cidadãos e o Estado, sôbre cousas de interesse geral, pertencem á esphera dos chamados direitos politicos, e entram na capacidade politica; os contractos, que o governo faz com qualquer companhia para obras públicas, constituem relações entre os cidadãos e o Estado, e pertencem ao interesse geral da sociedade; as execuções dos tributos, derramados aos contribuintes, etc., são tambem cousas de interesse geral, mas não pertencem ao Direito politico, ou á capacidade politica; entram no dominio do Direito civil, na capacidade civil; e conhecem d'estes objectos os tribunaes de justiça, encarregados da execução do Direito civil, e não do conhecimento das questões sôbre direitos politicos.

As relações, que versam sobre questões de propriedade entre os cidadãos e o Estado, tambem não podem chamar-se todas direitos civis e pertencer á capacidade civil. Fazemos a justiça de acreditar que, ainda quando as idêas do illustrado Redactor sôbre propriedade, não fossem, as que expoz no excellente livro, que publicou ácerca d'ella, não seriam por certo hoje as de considerar a propriedade como um objecto material do dominio. Qual-

quer que fôra o systema do illustrado Redactor sôbre propriedade, não poderia deixar de a idealisar, como um direito. A realisação de todo e qualquer direito, é uma propriedade juridica; e tanto tem o homem propriedade nos direitos civis, como nos politicos. Já os Jurisconsultos e Philosophos antigos viam o dominio, escondido em todo e qualquer direito, quando diziam, que era elle o direito de dispôr da cousa com exclusão dos outros; idêa esta que entra em todo e qualquer direito, civil ou politico, que o sujeito póde exercer com exclusão dos outros.

Confesso, que com muito custo offereço uma idêa, para distinguir direitos civis e politicos, capacidade civil e politica. Parece-me, que no estado actual da sciencia, apesar do muito que se tem escripto sôbre esta materia, ainda se não chegou a analysar bem as raias entre uns e outros direitos, entre uma e outra capacidade; no entretanto intendo, que a idêa, que melhor poderá servir para descriminar aquelles direitos e capacidades, será esta:—*Todas as relações juridicas, que regulam a parte, que os cidadãos podem tomar no governo e administração pública do Estado, constituem os direitos politicos, e entram na capacidade politica: todas as outras relações, quer entre os particulares, quer entre estes e o Estado, são*

direitos civis, e entram na capacidade civil, ou pertencem a outros ramos de Direito.

Póde ser que esta idêa não constitua um principio tão largo, que sirva para demarcar as multiplices relações juridicas, civís e politicas; a mim porém não se me antolha nenhuma, que por elle não possa classificar-se, como Direito politico, civil ou d'outra especie. A profunda sabedoria da Commissão, e do illustrado Redactor, decidirão. A idêa, se não fôr exacta, é pelo menos mais clara e determinada, do que as apresentadas no artigo.

Artigo 4.°

«O homem tem direitos e obrigações, que resultam immediatamente de sua propria natureza; e póde adquirir outros direitos e contraír outras obrigações:

«1.° Por facto e vontade propria, e independente de cooperação d'outrem.

«2.° Por facto e vontade propria e d'outrem conjunctamente.

«3.° Por mero facto e vontade d'outrem.

«4.° Por mera disposição da lei».

Parece-me, que a sábia Commissão póde approvar a doutrina d'este artigo e seus numeros. Poderá al-

guem, e com razão, combater o numero 3.°, em que se estabelece, que podemos adquirir direitos sómente pelo simples facto d'outrem. Com effeito, argumentando com todo o rigôr da analyse, os factos isolados dos outros, sem o nosso consentimento anterior ou posterior, não podem adjudicar-nos direito algum, — *Invito non datur beneficium.* O tutor, *o negotiorum gestor,* o procurador fazem as vezes, e obram, ou acceitam em nome dos seus representados. *Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur.*

O testamento por si sómente, sem addição da herança, ou a acceitação dos legados, não é principio juridico de adquisição para o herdeiro, ou legatario.

A lesão, é verdade, dá occasião aos direitos de *prevenção* contra a futura e imminente, de *defesa* contra a presente, começada e não concluida, e de *reparação* contra a preterita e ultimada: porém, rigorosamente, estes direitos não são mais do que o direito preexistente á lesão, que esta pretendia offender, ou tinha offendido. A lesão não acaba os direitos, offende-os; embaraça o seu livre exercicio, mas não os aniquilla; aliás o lesado não teria mais direito. Examinemos o direito de reparação, que é o mais favoravel á opinião contrária; este tem logar, quando o lesante subtraíu, ou roubou ao lesado

o objecto do seu direito. O lesado privado da cousa perdeu o seu direito? Não; porque o dominio é permanente, e por elle o roubado vae reivindicar a cousa, aonde ella estiver. Portanto o lesado não perde o seu direito; este continúa, e fundamenta todas as acções e actos juridicos, necessarios para o pleno exercicio dos direitos, anteriores á lesão; portanto, rigorosamente falando, os factos d'um homem não são por si sómente fundamento de acquisição de direitos para os outros homens.

No entretanto, como o nosso direito por virtude da lesão veste uma nova fórma, e se exercita d'um modo diverso, costumam considerar-se os direitos de reparação, defesa, e prevenção, como direitos novos, e distinctos do antigo direito offendido. Este modo de vêr e considerar os direitos, é acceitavel. Todos os direitos originarios e adquiridos podem em ultima analyse reduzir-se ao direito primigenio da *personalidade;* todos os direitos são emanações, ou manifestações d'aquelle direito. Poderiamos até mesmo dizer, que qualquer pessoa não tinha senão um unico direito; porém, distinguem-se e dividem-se para podermos analysal-os, e explicar a sua natureza: fazemos na sciencia do Direito, o que fazem os philosophos na Ideologia. A alma é um principio simples; todas as operações d'ella são manifestações

diversas d'este principio unico; e segundo a diversidade das operações e productos da alma, assim os ideologistas distinguem e classificam as faculdades do espirito humano.

O que acabâmos de dizer, quanto á acquisição dos direitos por facto d'outrem é applicavel ao numero 5.º—*acquisição por mera disposição da Lei.* A lei não cria direitos, sómente os reconhece, expressa e garante; o illustrado Redactor do Codigo está possuido profundamente d'estas verdades, como se vê da doutrina do artigo 5.º e das suas Apostillas. Se a lei não cria direitos, se estes são preexistentes á lei, não podemos adquirir direitos sómente por virtudê d'esta; a disposição da lei sómente declara, que os direitos nos pertencem; que nós os adquirimos, collocando-nos no estado, em que ella reconhece taes direitos; e que todos os outros homens devem respeitar esses direitos. Apesar d'isto, regeitando nós a doutrina dos interpretes de Direito Romano, Canonico e Patrio, que consideram as leis, como fontes de direitos, podemos admittir a classificação do illustrado Redactor, como deduzida dos diversos factos da nossa acquisição. Nós acquirimos: e esta acquisição manifesta-se por diversos modos, ou estes modos se provem por factos dos homens, v. g., um contracto, ou pelo facto da lei. Estes

modos fundamentam a classificação: e assim intendemos e admittimos a doutrina d'este artigo.

Artigo 5.º

«A lei civil reconhece e regula todos estes direitos e obrigações, declara os casos, em que o cidadão os póde perder, ou ser inhibido temporariamente do seu exercicio; e determina o modo por que deve ser supprida a sua incapacidade; garante a fruição dos direitos, e ordena os meios, necessarios para a sua defesa e restituição, quando forem violados».

Na doutrina d'este artigo não posso acceitar as duas idéas: a da possibilidade juridica d'uma pessoa perder todos os direitos, originarios, ou filhos sómente da natureza, e os acquiridos por factos: e a da possibilidade da lei ordenar os casos, em que têm logar a sua restituição. Em geral não póde sustentar-se, que haja caso algum, em que o homem, em quanto vivo, possa perder todos os seus direitos; pelo menos não posso comprehender, como o homem possa perder os direitos absolutos ou originarios, que são, como reconhece o illustrado Redactor e todos os Escriptores de Philosophia de Direito, um resultado necessario da natureza humana. O homem

não póde despir-se da sua natureza, nem ser privado d'ella, senão pela morte. Se a causa efficiente subsiste, como negareis a existencia dos effeitos d'ella? Se o illustrado Redactor reconhece, como direitos originarios, o de vida, o de liberdade e o de appropriação (art. 382), e admitte, que a lei civil póde reconhecer a perda d'elles, ha de forçosamente admittir tambem, que a mesma lei tem a possibilidade juridica de approvar o suicidio, ou o homicidio com a perda do direito de vida, e a escravidão com a perda do direito de liberdade. Juro que o illustrado Redactor não approva similhantes consequencias da sua doutrina. A lei poderá decretar a pena de morte (questão que não entra em o meu objecto); mas é certo, que em quanto ella consente, que o cidadão viva, não póde negar-lhe as condições, ou meios necessarios para a sua existencia; e a condicionalidade para os fins racionaes do homem é o elemento objectivo do direito.

Perder o cidadão todos os seus direitos! E como? Por facto seu, d'outrem, ou da lei? Por facto seu, não; porque não póde privar-se da sua natureza de homem. Por facto alheio, não; porque tal facto sería uma lesão, e porisso injusto; e o direito, como um todo harmonico, não póde declarar injusto um facto e attribuir-lhe effeitos juridicos. Finalmente, por

virtude da lei civil, tambem não; se ella não cria direitos; se elles preexistem a ella; se ella sómente os expressa e garante: o mais que a lei civil póde fazer, é deixar de os expressar, regular e garantir: mas nunca destruir o que subsiste independente d'ella. Se o legislador não póde derogar as leis physicas, tambem não póde aniquilar os principios moraes, os direitos. Póde a lei deixar de garantir, e até, se se quer, suspender o exercicio d'alguns direitos como pena, ou dal-os como suspensos, por incapacidade do sujeito d'elles; mas pelo menos não póde deixar de garantir, e muito menos póde privar o cidadão dos direitos primigenios, dos direitos indispensaveis para o homem viver, como homem; aliás o homem deixaria de ser pessoa, e passaria á baixa condição de cousa.

Se o homem pois não póde perder nunca, durante a sua vida, todos os seus direitos, não posso admittir a generalidade da doutrina, de que a lei civil—*declara os casos em que o cidadão os póde perder:* e por consequencia tambem não posso admittir, que ella—*ordene os meios para a sua restituição.*

Além de que a restituição presuppõe existente o direito, que a fundamenta; o que perdeu o sujeito do direito, não foi o seu direito, foi o seu objecto;

não reivindica um direito perdido, reivindica o objecto perdido.

Os antigos, que sustentavam, que as leis creavam direitos, eram logicos em admittir, que as leis podiam fazer perdel-os: mas o illustrado Redactor do Codigo, que escreve a doutrina opposta, quanto ás fontes dos direitos, não póde tambem sustentar doutrinas contradictorias. O direito é obra do Auctor da natureza: está acima da cabeça do homem: existe independente da sua vontade: cumpre que a intelligencia humana o descubra, como a todos os principios, que regem o mundo moral e physico: e que a vontade do homem, que é a sua intelligencia, posta em exercicio, o torne effectivo. Os direitos são condições favoraveis, são bens; é por isso que as leis criminaes podem privar, como pena, do exercicio d'alguns, respeitando sempre os que, como já disse, são inauferiveis até mesmo no seu exercicio.

Eu redigiria pois este artigo n'estes termos: — *A lei civil reconhece, e expressa todos estes direitos. Declara os casos, em que o cidadão se acha privado, por incapacidade civil, do exercicio d'alguns, ou de todos. Determina o modo de supprir essa incapacidade; e garante os meios necessarios para a prevenção, defesa e reparação (ou restituição) do damno por occasião da lesão futura, presente, ou preterita.*

Artigo 6.º

«A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas logo que o individuo é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e adquire, nascendo com vida, os direitos, que lhe houverem recaído durante a gestação, nos termos declarados no presente Codigo».

Não póde negar-se ao feto, ao individuo da especie humana, antes de nascer, protecção juridica, e por consequencia o reconhecimento de direitos. Existe o individuo; provam-no os signaes exteriores da gestação, embora não esteja ainda perfeitamente formado o homem, como depois de nascido o não está antes da epocha da sua maioridade. Se reconheceis direitos ao infante, que se não acha perfeitamente desinvolvido, reconhecei-os ao embrião; tem elle todos os principios essenciaes á vida e os elementos constitutivos da natureza humana, fonte de todos os direitos. A Medicina legal reconhece a sua existencia depois de certa epocha com tanta evidencia, como depois de nascido. Nas legislações de todos os povos civilisados é admittida esta doutrina; o aborto é um crime em todas ellas, equiparado ao homicidio; e pela morte do pae, abrindo-se a successão dos filhos, o feto gosa do direito here-

ditario. No entretanto em todas as legislações reconhecem-se grandes modificações aos direitos do filho antes de nascido: se elle nasce morto, as legislações não o contam entre os herdeiros; e d'este modo parece á primeira vista, que as leis, por uma contradicção pasmosa, dão e não dão direitos ao feto. O que ha realmente da parte d'estas leis? O reconhecimento de direitos do feto debaixo da condição resolutiva—*se nascer com vida*. Essas leis, vendo os gravissimos males de negar direitos ao embrião, e de lh'os reconhecer puramente, ainda quando não póde haver certesa da sua existencia e perfeição, adoptaram um reconhecimento condicional de direitos, que salva todos os inconvenientes; e foram justas e politicas. D'est'arte o feto gosa dos direitos necessarios á sua existencia e desinvolvimento: é protegido pelas leis. Até o nascimento, tomam em consideração sómente o feto, pela esperança de que virá a nascer um homem; depois do nascimento, se nasce vivo, attendem a elle; e se nasce morto, attendem á familia, não o reconhecendo por herdeiro de seus paes; porque não appareceu n'este mundo, como um ente humano perfeito. Sem vida não ha perfeição para o homem. Esperavam as leis um homem, e appareceu um cadaver.

Estas idêas parecem-me mais claras do que aquel-

las, que subministra a redacção do artigo. Que quer dizer, que o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, sem ella lhe reconhecer direitos senão pelo seu nascimento? A lei não póde proteger senão reconhecendo e garantindo direitos ao protegido; toda a outra protecção é alheia do dominio da lei. Ora, se a lei protege, reconhecendo direitos ao embrião, como se póde dizer, que elle sómente os acquire pelo nascimento posterior? Parece-me que n'esta redacção, explicada a obscuridade das palavras — *debaixo da protecção da lei*, ha idéas, que entre si não dizem bem.

Já se vê, que eu admitto direitos, reconhecidos pela lei civil ao filho ainda no ventre de sua mãe; e intendo, que elle tem capacidade civil. E qual foi o momento da conceição, para a elle se attribuir a capacidade civil? Lá estão as regras da Medicina legal sôbre a paternidade, applicai-as á capacidade civil. Se podeis determinar a conceição para verificar a paternidade, tambem a podeis determinar para verificar a capacidade civil. Se podeis determinar o momento da conceição para a *protecção da lei*, como diz o artigo em discussão, tambem o tendes determinado para o reconhecimento dos direitos.

Eu redigiria pois o artigo n'estes termos: — *A lei civil reconhece direitos ao individuo da especie*

humana, desde que é procreado, debaixo da condição resolutiva — se nascer com vida e figura humana.

A condição resolutiva, reduzida a estas duas circumstancias, é philosophica e acceitavel. Todas as outras, de que se têm lembrado alguns Codigos modernos, são, umas inteiramente arbitrarias e sem fundamento nos principios da sciencia de direito, e outras de tal modo indefinidas, que não podem deixar de dar occasião a multiplicadas questões. O individuo nasceu com vida e morreu logo depois de nascido; parti d'estes factos manifestos e certos; não cogiteis das causas da morte, como não cogitaes, quando elle morre algum tempo depois de nascido. O vicio da organisação, anterior ao nascimento, tanto póde matar algumas horas depois do nascimento, como depois de muitos dias, mezes, e até annos. A circumstancia de nascer com figura humana, póde tambem acceitar-se; é ella necessaria, se as mulheres podem parir monstros, que não possam classificar-se na especie humana: e, se os não póde haver, a circumstancia é innocente, não prejudica a ninguem, e deixa satisfeitos os que sustentam a opinião da possibilidade de taes aberrações da natureza.

Artigo 7.°

«A lei civil é egual para todos; e não faz distinc-

ção de pessoas, nem de sexo, senão nos casos, em que o bem geral, ou a natureza das cousas imperiosamente o exija, e serão expressamente declarados».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 8.º

«A lei civil, ainda que seja interpretativa, não póde ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos, legitimamente acquiridos».

Pela simples leitura d'este artigo pareceu-me muito claro o sentido d'elle. A Carta Constitucional, art. 145, § 2.º, estabeleceu, que—*a disposição da lei não terá effeito retroactivo*. Tem-se questionado, qual é o verdadeiro sentido d'esta disposição, invocando-se as doutrinas dos Jurisconsultos e Philosophos, ácerca d'esta antiga questão: e o art. 8.º do Projecto do Codigo, em discussão, declara a extensão do espirito d'aquella disposição, como uma lei regulamentar do artigo da Carta, expondo, que todas as leis civis interpretativas, e não interpretativas, não terão effeito retroactivo nos casos, em que houver offensa de direitos acquiridos. Logo, *a contrario sensu*, terão effeito retroactivo, em todos os outros casos, a

que sejam applicaveis. Em outros termos, todas as leis civís interpretativas, e não interpretativas, têm effeito retroactivo, exceptuados sómente os casos de offensa aos direitos acquiridos: ou ainda em outros termos — restabelece-se o verdadeiro sentido da generalidade do artigo da Carta, por uma interpretação authentica, para evitar o absurdo, que se seguiria, dando-se ao artigo um sentido muito largo, segundo a generalidade das suas palavras.

Uma pequena dúvida poderiam offerecer a este sentido, que dou ao art. 8.° em discussão, as palavras — *ainda que seja interpretativa;* porque, segundo o genio da lingua, indicam, que nas leis interpretativas esta doutrina, ou não era anteriormente seguida, ou encontrava maior resistencia nos argumentos, adduzidos pelos Jurisconsultos, do que nas outras leis; quando as obras dos Jurisconsultos provam, que elles admittiam mais facilmente a retroactividade das leis interpretativas, do que a retroactividade das outras.

Foram por ventura os defeitos de redacção, que fizeram, com que o benemerito vogal da nossa commissão, o sr. dr. Paes, intendesse na censura, que fez a este artigo, que tirava elle a retroactividade ás leis interpretativas; e sustentasse, que sómente não deviam ter effeito retroactivo contra sen-

tenças e transacções. (V. observ. sôbre o Proj. do Cod. civil, pag. 8). E, o que mais é, o proprio illustrado Redactor na Resposta, que deu, não combateu, ou rejeitou aquella interpretação.

Confesso franca e lealmente, que, meditando e tornando a meditar o artigo em discussão, não posso dar-lhe outra intelligencia, senão a que deixo escripta. E, reflectindo no que escreveu o illustrado Redactor, tanto na Apostilla 2.ª, pag. 50 e seg., como na Resposta ás Observações do sr. dr. Paes, pag. 6, intendo, que a redacção do art. 8.º não abrange todas as idêas do illustrado Redactor.

Do que deixo dito parece-me indispensavel, que o illustrado Redactor faça uma nova redacção, que tire as dúvidas, e não subministre sentidos oppostos, como são os que damos o sr. dr. Paes e eu, e o que dá talvez o mesmo illustrado Redactor; redacção, que abranja com claresa todas as suas idêas, e sómente estas, sem dar occasião a argumento *a contrario sensu*, como do artigo se póde tirar, segundo se acha redigido. A redacção de artigos de lei, que admitte argumentos *a contrario sensu*, não é a melhor; estes argumentos, segundo a opinião de todos os doutores, são perigosos.

Feita a nova redacção, direi o que intender sôbre o artigo. Por agora, como não sei qual será a sua

doutrina e intelligencia, tudo o que dissesse, poderia ser inutil, ou pelo menos sem applicação immediata á doutrina definitiva do illustrado Redactor.

Artigo 9.º

«Ninguem póde eximir-se de cumprir as obrigações, impostas por lei, com o pretexto de ignorancia, ou desuso da mesma lei».

A prescripção d'este artigo não poderia admittir-se em uma lei, que fosse promulgada no estado actual da nossa Legislação, com umas Ordenações, que têm mais de dois seculos e meio, com leis extravagantes de longa data, e feitas em epochas de civilisação menos adiantada, e muitas das quaes a philosophia, a logica, a historia e a critica têm demonstrado, como injustas e impoliticas: e que porisso com razão cahiram em desuso. Foi por este motivo que o nosso insigne Mestre, o sr. Mello Freire, sustentou, que o não uso derogava as leis; se vivêra porém hoje, no Projecto d'um novo Codigo Civil e com um Governo parlamentar, por certo sustentaria o contrário. Por consequencia, subscrevo á doutrina de que o desuso não exime do cumprimento das obrigações consignadas nas leis: os usos contra as leis são corruptellas. Pelo que pertence á

ignorancia da lei é geralmente recebida a doutrina do artigo.

Artigo 10.º

«As obrigações contraídas por êrro de direito, poderão ser rescindidas nos termos, declarados no presente Codigo».

Este artigo nada acrescenta ás determinações, que o Codigo ha de fazer nos logares competentes. É remissivo inteiramente a estes. Não estabelece regra alguma, que por si possa ser applicada. É inutil e deve ser eliminado.

Artigo 11.º

«A lei, que restringir o livre exercicio dos direitos do cidadão, fazendo excepção ás regras geraes, não poderá ser applicada a outros casos, que não sejam os previstos na mesma lei».

De que lei se falla n'este artigo? Da lei civil certamente. E de que direitos se tracta? Dos civis, ou dos politicos, segundo a distincção do art. 3.º, visto que uns e outros pertencem ao cidadão?

Se o illustrado Redactor quiz fallar dos politicos, não posso acceder á sua doutrina. A lei civil não póde, nem restringir, nem ampliar os direitos poli-

ticos; o que sómente póde fazer a lei fundamental e politica; já porque estes direitos ficam fóra do dominio da lei civil; e já porque a lei civil é uma lei secundária, subordinada á lei fundamental, que lhe é superior. Os direitos politicos são materia constitucional, *Cart. Const.* art. 144, que não póde ser alterada por lei secundária, *Cart. Const.* art. 139 e seg. Se porém o illustrado Redactor quiz fallar dos direitos civis sómente, e que são proprios d'este Codigo, não posso descobrir fundamento para sustentar, que a restricção d'estes direitos não deva applicar-se a outros casos, que não sejam os previstos na lei. Intendo que tal restricção deve extender-se aos outros casos, que abranger o seu espirito por força de comprehensão, argumentando por analogia, identidade, ou maioria de razão, como dizia a lei de 18 d'Agosto de 1769, e o legisla o art. 13 d'este Codigo, em geral para todas as leis.

Em verdade, direitos civis são sómente os direitos naturaes, absolutos, ou hypotheticos, reconhecidos e garantidos pela lei civil. Não póde haver, nem mais, nem menos direitos civís. E uma lei, que parece restrictiva d'estes direitos, expressados por outra lei anterior, não é realmente senão uma nova expressão, feita com tanta força e auctoridade, como a primeira. Se a primeira declarou mais direitos, ou

mais extensos, a segunda declarou menos, ou mais limitados. Todas as leis civis, que recáem sôbre materias legisladas, ou derogam estas, ou as restringem, ou as ampliam: aquelle grande principio pois da lei de 18 d'Agosto de 1769, admittido pela boa hermeneutica juridica, ficaria sem applicação, com grave prejuizo para a legislação civil; porque, deixando de se applicar a algumas leis, deveria deixar de se applicar a todas, com egual fundamento. Se, porém, as palavras do artigo — *casos previstos na mesma lei,* abrangem, além dos expressos, os casos comprehendidos por aquelle principio hermeneutico, o artigo não tem valor juridico, nada decreta. A auctoridade do Codigo de Modena não me faz descer d'estas idêas.

Nem póde salvar a doutrina do artigo, em minha humilde opinião, a phrase — *fazendo excepção ás regras geraes.* Toda a lei positiva é uma regra geral, applicavel a todos os casos, comprehendidos no seu espirito; e porque uma comprehende mais casos que a outra, nem por isso a regra d'esta deixa de ser tão geral para os casos analogos, que ella abrange, como o é a da primeira.

Estas verdades não as póde destruir a fórmula, por que a leis e acha redigida. *Non sermoni res: sed rei est sermo subjectus.*

As unicas excepções ás regras geraes da lei, que eu reconheço, são os *privilegios*. Se o illustrado Redactor quiz fallar d'estes, isto é, dos que permitte a Cart. Const. art. 145, § 15, admitto a doutrina; mas n'este caso importa dar ao artigo uma redacção mais clara, e até mais generica; porque a doutrina do artigo não deve então limitar-se ás restricções dos direitos dos cidadãos: mas abranger todos os favores, que a lei concede a quaesquer pessoas naturaes ou moraes, contra as regras legaes, que regem a materia, sôbre que recáem os privilegios.

Artigo 12.°

«A lei prohibitiva, ou imperativa, importará pena de nullidade, ainda que esta pena não seja n'ella expressa; excepto se outra cousa fôr declarada».

«§ unico. A nullidade poderá com tudo sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não fôr de interesse e ordem pública».

A doutrina d'este artigo é logica e verdadeira. A lei, que manda, ou prohibe, algum acto, julga-o necessario, e não póde reputar válido o contrário, do que prescreve, sem uma visivel contradicção, sem se annullar a si propria, confessando a sua inutili-

dade. A nullidade n'este caso constitue a verdadeira e natural sancção da lei, e, sem esta, aquella ficaria sendo uma lei *imperfeita,* como dizem os Jurisconsultos.

O facto mandado ou prohibido, ou foi practicado por empregados publicos, ou por simplices particulares. No primeiro caso foi practicado por pessoas, que o Governo, admittindo-as, julgou habilitadas; presumem-se peritos e têm a responsabilidade, obrando contra as prescripções, preceptivas, ou prohibitivas da lei. Esta deve presumir a regularidade de taes actos; partir d'ella, como do ponto mais natural, que constitue a regra, e punir inexoravelmente a falta do cumprimento d'esta.

Mas póde dizer-se: o empregado público por ignorancia, póde contravir a disposição da lei em actos não essenciaes e de pequeno tomo.

Como vós remediardes o mal em actos essenciaes e de grande monta, remediai aquelle; visto que deixaes o caminho direito, e vos metteis por atalhos tortuosos.

Esta doutrina até é politica por outro lado; a verdade, e a justiça são sempre uteis debaixo de todos os aspectos. Puni inexoravelmente os empregados, que assim obrarem, e enxotareis o enxame, que de toda a parte vôa ás secretarias d'estado a pedir em-

pregos. Os pretendentes sem habilitações tremerão. A impunidade é o maior chamariz dos ineptos á pretenção dos empregos publicos. Fazei uma lei de habilitações para todos os empregos, e não tenhaes medo das nullidades, commettidas pelos empregados publicos.

Se porém o acto foi practicado pelo simples particular, a ignorancia de direito não póde aproveitar-lhe (art. 9.° do Proj.) As razões, com que justificardes a prescripção ácerca da ignorancia de direito, justificarão infallivelmente a doutrina d'este artigo; quem não admitte esta, não póde admittir aquella.

É verdade, que o facto póde ser praticado pelos particulares ou pelos empregados publicos, dolosamente, e não por ignorancia; mas n'este caso tanto mais deve ser fulminado pela nullidade, quanto, na censura de direito, o dólo é mais grave, do que a culpa. N'este caso ha maior razão para admittir a nullidade.

Entrei na exposição d'estas breves razões, para ajudar com o meu pequeno brado, o que tão logicamente escreveu o illustrado Redactor na Apostilla 2.ª a este respeito, arrostando de frente com a doutrina contrária, que se estriba na inobservancia da lei, e na impunidade legal.

Esta doutrina dos Jurisconsultos adversarios po-

deria desculpar-se em um paiz, em que a legislação se não achasse codificada, mas dispersa; n'um paiz, sujeito a leis subsidiarias e incertas, e com a maior parte do seu direito civil controverso, como em Portugal até agora. N'estas circumstancias a difficuldade de conhecer o verdadeiro direito positivo, filha do máu estado da legislação, e não de culpa dos auctores dos factos, poderia merecer alguma attenção, para relevar os factos illegaes da nullidade; porém, sendo o Codigo approvado, nem este pretexto haverá em abôno da doutrina contrária.

O illustrado Redactor confia em si e na sua obra; promette declarar todos os factos illegaes, que devem ser isemptos da nullidade; confie a commissão n'elle, ou antes na sua propria revisão. Este trabalho sempre a commissão deve ter, ou se estabeleça a regra do artigo, ou a contrária a esta. Em todo o caso a lei civil, ou ha de declarar os factos illegaes, que fulmina de nullidade contra a regra geral de que são válidos; ou os que são válidos, contra a regra geral de que são nullos. Tanto em uma, como em outra regra, ha o risco de descuido, e de não serem mencionados todos; a imperfeição do Codigo em ambos os casos sería egual.

Finalmente, sendo o meu proposito nada dizer sôbre os artigos, que approvo, deixando aos pro-

fundos conhecimentos de Direito do illustrado Redactor a sua defesa, caso que sejam impugnados pelos benemeritos membros da commissão, ou por outros Jurisconsultos, não pude deixar de dizer o que fica escripto; porque me admirou, que o illustrado Redactor em sua *Resposta ás Observações* do benemerito membro da commissão, o sr. dr. Paes, admittisse uma excepção para as *leis formulárias:* e por consequencia para os actos praticados por empregados publicos; excepção em materia, em que, na minha humilde opinião, menos póde ter logar pelas razões, que deixo escriptas.

E na verdade, rigorosamente fallando, nós não temos leis formulárias, nem para os actos judiciaes, nem para os extrajudiciaes. As fórmulas do Direito Romano nunca foram recebidas entre nós. *Assent.* de 10 de Junho de 1817.

A generalidade das palavras—*A lei formulária não importará comtudo nullidade, não sendo esta expressamente irrogada*—segundo o illustrado Redactor formúla a excepção em sua Apostilla, comprehende tanto os actos judiciaes, como os extrajudiciaes da Jurisprudencia Eurematica. Comprehende pois materia formulária, estranha ao Codigo Civil, em quanto o artigo legisla sôbre actos judiciaes ou *fórmulas*, privativas do Codigo do processo civil;

este defeito de redacção deve ser emendado, no caso, que a sábia commissão approve esta excepção. Além de que a illegalidade e nullidade dos actos judiciaes são menos perigosas, do que as dos actos extrajudiciaes; aquelles podem reformar-se, e muitos d'estes não; v. g., a approvação d'um testamento depois de morto o testador.

Por isto eu proponho a eliminação da excepção, que admitte como um principio legal a impunidade e illegalidade dos actos contrarios á lei; o que faz lembrar a legislação canonica, que estabelece impedimentos, e decreta ao mesmo tempo a concessão de dispensas para certos casos, que deveram logo ficar fóra da prescripção dos impedimentos, sem necessidade de taes dispensas, inutilmente incommodas e dispendiosas.

Approvo porém a doutrina do § unico d'este artigo.

Artigo 13.º

«Se as questões sôbre direitos e obrigações não podem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, previstos em outras leis, regular-se-hão pelos principios geraes de equidade, segundo as circumstancias do caso, e sem que possa recorrer-se a nenhuma

legislação estrangeira, a não ser como testimunho d'essa mesma equidade».

N'este artigo providencêa o illustrado Redactor aos casos omissos no presente Codigo, e com razão; porque parece condão da intelligencia humana não fazer obra perfeita; isto só pertence a Deus.

Prohibe o artigo recorrer a nenhuma legislação estrangeira; e por isso revoga as Ordenações, a lei de 18 d'Agosto de 1769, e os Estatutos da Universidade, que mandam recorrer ao Direito Romano e Canonico nos casos indicados n'essas leis.

O Direito Romano foi em verdade de grande importancia depois dos seculos de barbaridade da edade media, para a restauração do Direito, a par da restauração das letras; por elle se regeram muitas nações da Europa; e sôbre elle formularam as suas legislações. Assim aconteceu entre nós. É por isso, que ainda depois d'este Codigo, ligo alguma importancia ao estudo d'este Direito, como fonte remotissima do nosso Direito nacional, base conservada no presente Codigo: mas por certo não lhe ligarei tanta, como até agora.

Tambem convenho, em que o Direito Romano não póde ser subsidiario; porquanto, ainda que os principios eternos de direito se achem bem consignados

em muitas materias, em outras são completamente desconhecidos; e não comprehendo como possa reger hoje a uma nação um direito, que tem mais de dois mil annos. Essas leis poderão ser justas, mas não podem hoje ser politicas, isto é, acommodadas ás circumstancias actuaes da nação portugueza, diversas pelos costumes, governo, civilisação, etc., das do povo romano.

Por estas considerações tambem não chamaria para subsidiaria a legislação de nenhuma nação moderna da Europa, nem mesmo da nação visinha *(de Castella)*, ainda que irmã da nação portugueza emquanto á legislação pela origem commum do Direito Romano, e Codigos da peninsula na edade média.

A sábia lei de 18 d'Agosto de 1769, e os providentes Estatutos da Universidade, não se atrevendo a derrribar inteiramente o, ainda então, grande colosso do Direito Romano, indicaram em parte claramente o verdadeiro caminho a seguir, determinando, que sómente fosse subsidiario o Direito Romano, quando fosse conforme á *boa razão*, chamando as doutrinas dos Codigos modernos da Europa, como provas d'essa *boa razão*. Em ultima analyse pois, o direito subsidiario, por estas leis, não ficou sendo o Direito Romano, mas sim a *boa razão*, ou o Di-

reito Natural, chamado hoje mais propriamente Philosophia de Direito.

Admitto esta idêa de tornar subsidiaria a boa razão, ou antes a Philosophia de Direito, que expõe o direito da boa razão; mas rejeito a doutrina dos Codigos da Europa, como testimunho d'essa boa razão. Se elles, pela diversidade das circumstancias das nações, para que foram coordenados; e, pela outra diversidade das disposições antinomicas entre elles, não podem ser subsidiarios, como poderão ser chamados tambem para prova da boa razão, ou da Philosophia de Direito?

Folheando-se esses Codigos, tantos e tão diversos em systemas e materias, encontram-se sempre argumentos *pro* e *contra*, que tornam inutil e absurdo este criterio das verdades da Philosophia do Direito. Esta sciencia tem fontes proprias, e principios domesticos de demonstração; nunca se contaram entre estes as doutrinas do Direito positivo das nações.

Os principios do Direito, que a Philosophia descobre, demonstra e explica, são preexistentes a todas as leis positivas, dominam estas e são a verdadeira pedra de toque da sua justiça ou injustiça. As leis positivas são sómente a expressão dos principios, que ensinam a Philosophia de Direita e a Po-

litica; e nem sempre essa expressão é ajustada com elles.

Estas sciencias pois são as que fundamentam todo o Direito positivo das nações; e porisso os principios, que ellas expõe, são os unicos, que são chamados para formular as leis novas, que, para os casos omissos, devem fazer os legisladores dos povos; e por consequencia são elles tambem os unicos, que, em quanto os legisladores não providenceiam, devem ser subsidiarios.

Digamos a verdade, sacudamos os velhos preconceitos. Os Codigos antigos e modernos devem ser estudados na Sciencia da Legislação comparada, para se aproveitar d'elles tudo o que a Philosophia de Direito e a Politica approvarem; mas não se proclamem subsidiarios para os casos omissos, nem se chamem para prova da boa razão, ou do Direito Natural, ou da Philosophia de Direito, que tudo é o mesmo. Similhante prescripção importaria a abdicação da soberania da razão pública, e da autonomia nacional em presença dos Codigos estrangeiros.

Do exposto deduz-se, que eu não admitto chamar os Codigos das nações estrangeiras por testimunho da *equidade*, que o illustrado Redactor prescreve, como subsidiaria para os casos omissos.

Equidade! E que é equidade? Se abro os livros dos Jurisconsultos e Philosophos, encontro centenas de definições de equidade. Cada um lhe dá a noção, que lhe agrada, segundo o systema e idêas, que professa na sciencia do Direito. Para uns a equidade é a regra amphibologica — *favores ampliandi, odiosa restringenda;* para outros (e a estes pertenço eu) equidade é o rigor do Direito, mitigado pelos principios da Moral; para outros, equidade é o Direito Natural em contraposição ao direito escripto; para outros... Basta, não tenho tempo de progredir no catalogo das idêas, que se têm querido exprimir pela palavra — *equidade;* os benemeritos membros da commissão conhecem-nas melhor, do que eu.

Que intende pois o illustrado Redactor por equidade? Importa que o declare em um, ou mais §§, adjectos a este artigo.

Se intende por equidade, o que eu intendo: ou intende por ella o Direito Natural, approvo a doutrina do artigo, feita uma nova redacção d'este com toda a clareza, e em que se inclua a idêa de Politica, que é um dos elementos, que tomam em conta a Sciencia da Legislação, ou a arte de fazer as leis, e a Philosophia de Direito positivo, para verificar, se ellas são justas e politicas, ou, como diz *Filan-*

gieri, se têm bondade absoluta e relativa, isto é, conveniencia com os principios do Direito, e com as regras da Politica.

Se, porém, o illustrado Redactor liga á equidade outras idêas, diversas, das que deixo expendidas, não posso approvar a doutrina do artigo.

Eu sei, que se póde objectar, que na sciencia do Direito Natural apparecem entre os philosophos opiniões várias muitas vezes.

Acontece n'esta sciencia o que acontece em todas. E não haverá várias opiniões ácerca da equidade, qualquer que seja a noção, que se queira ligar a esta palavra? Por certo que sim. Além de que, pelo menos, não póde duvidar-se, de que em Direito Natural, no estado actual da sciencia, ha uma grande massa de principios, geralmente recebidos, e ácerca dos quaes não ha opiniões diversas.

Finalmente pois intendo, que é mistér determinar com clareza, qual é o direito subsidiario, declarando-se, o que se intende por equidade.

Não fallo do Direito Canonico, que, com quanto não deva ser subsidiario em materias do Direito Civil, fica por certo tendo muito maior importancia, que o Direito Romano. Por elle se regula a disciplina actual da Egreja; e esta disciplina não póde deixar de se ter em grande conta em um paiz ca-

tholico, como o nosso. Importa pois distinguir bem o que é Direito Disciplinar da Egreja Lusitana, do que é puramente Direito Civil; e providenciar aos casos d'este, que até agora, em grande parte, se regiam pelo Direito Ecclesiastico.

Artigo 14.º

«Toda a lei, que conceder, ou reconhecer um direito, importa a concessão, e reconhecimento dos meios indispensaveis ao seu exercicio».

O reconhecimento d'um direito importa o reconhecimento dos meios indispensaveis para o seu exercicio; porque quem quer os fins, é força, que queira os meios para os conseguir.

Mas este reconhecimento dos meios não póde abranger todos os meios *indispensaveis* (como significa a generalidade dos termos do artigo), se elles forem injustos. Os bens alheios podem ser indispensaveis para o exercicio do meu direito de existencia (como lhe chama o illustrado Redactor no art. 382), e por certo o reconhecimento d'este direito não póde importar o reconhecimento de taes meios.

É portanto melhor usar d'uma phrase, que, no reconhecimento dos meios, não ultrapasse os meios

justos. Se o illustrado Redactor a descobre, empregue-a, que eu lh'a approvarei.

Declaro, porém, desde já que não podem ser as palavras — *indispensaveis e justos*: porque, ou teria de acrescentar outros artigos, ou §§, que definissem os meios justos, ou o artigo, sem esse additamento, por nimiamente vago nada valeria.

Os artigos, que contém principios muito genericos, são de muito difficil redacção, e porisso muito perigosos; e, a não serem muito necessarios, devemos prescindir d'elles. Este artigo, parece-me, que se acha n'este caso.

Pelo que deixo dicto nas observações a outros artigos, em que sustentei, que a lei positiva sómente expressa e garante, e que nunca cria direitos, não posso admittir a redacção d'este artigo nas palavras — *toda a lei, que conceder... um direito, importa a concessão... dos meios indispensaveis ao seu exercicio.* A lei não concede, a lei sómente reconhece e expressa direitos existentes.

Artigo 15.°

«O que exerce o seu direito em conformidade com a lei não responde pelos prejuizos, que possam resultar d'esse exercicio».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 16.°

«Se o direito de qualquer se oppõe ao direito de outrem, o direito menos importante cederá em favor do mais importante».

Ahrens quiz fazer reviver a doutrina dos Estoicos, que todos os direitos eram eguaes, não se podendo dizer uns mais fortes, ou mais fracos, do que os outros; e compára os direitos a uma linha recta, dizendo, que tudo, o que se desvia da linha direita, não póde ser direito.

Se attendemos á força intrinseca dos direitos, a nossa consciencia juridica diz-nos, que todos elles, como productos eguaes da natureza, e da razão humana, são eguaes; porém, se nós consideramos os direitos, como condições, ou meios, para o proseguimento de nossos fins racionaes, a diversidade da importancia dos fins da vida humana mede a diversidade da importancia dos direitos, ou meios. Esta doutrina sustentei eu nos meus — PRINCIPIOS DE PHILOSOPHIA DE DIREITO, § 28, refutando largamente a opinião d'Ahrens.

Approvo pois a doutrina d'este artigo, e folgo de vêr a minha opinião conforme com a do illustrado Redactor.

Intendo porém que importa determinar d'algum

modo as palavras — *mais e menos importante,* que offerecem um sentido muito vago e indefinido. Eu acrescentaria ao artigo estas palavras — *graduando a importancia dos direitos segundo os fins, a que servem de condições, são mais, ou menos, necessarios, mais, ou menos, uteis, ou mais, ou menos, aprasiveis.* Esta graduação é admittida pelos DD. em muitas materias de direito, v. g., nas despesas e bemfeitorias.

Artigo 17.°

«O que demandar proveitos, exercendo o seu direito, deverá, em collisão e na falta de providencia especial, ceder ao que pretender evitar prejuizos».

Proponho a substituição da palavra — *collisão,* pela palavra — *concurso.* Os Jurisconsultos chamam: ao conflicto das leis — *antinomia;* ao das obrigações — *collisão;* e ao dos direitos — *concurso.*

Assim dizemos concurso de direitos dos crédores, e não collisão de direitos dos credores. E assim diz o illustrado Redactor no seu Projecto do Codigo. Liv. 2, tit. 1, cap. 10, secç. 5, *Da graduação dos credores em concurso.*

Com esta pequena modificação, approvo a doutrina do artigo, que contém a velha regra de direito,

que — os *damnos emergentes, preferem aos lucros cessantes.*

Artigo 18.º

«Em collisão de direitos eguaes, ou da mesma especie, deverão os interessados ceder reciprocamente o necessario, para que esses direitos produzam o seu effeito sem maior detrimento d'uma, que da outra parte».

Não póde haver direitos repugnantes; o direito é um todo harmonico; porque manam todos os direitos das duas fontes — *natureza humana,* e *razão práctica.* Podem todavia, por um concurso de circumstancias, occorrer casos, em que todos elles não possam ser cabalmente satisfeitos, como na fallencia dos devedores, e concurso dos crédores.

Intendida assim a doutrina do artigo, approvo-a, substituida a palavra — *collisão,* pela outra — *concurso,* como já disse ao art. 17.º

Artigo 19.º

«Sómente os cidadãos portuguezes podem gosar em toda a plenitude dos direitos, que a lei civil reconhece e garante».

Approvo a doutrina d'este artigo.

O sr. Moraes de Carvalho em suas Observações a este logar nota, que—«o presente titulo pecca por deficiente, faltando n'elle alguns preceitos, que devia conter».

Pela minha parte intendo, que, se se quizessem inserir n'este titulo preceitos, contendo principios geraes de direito, e regras de interpretação, similhantes a muitas, que n'elle escreveu o illustrado Redactor, longo, e muito longo, se poderia fazer este titulo: para este fim bastaria abrir os livros de Direito Natural e de Hermeneutica Juridica. Porém, tambem intendo, como deixei escripto já, que n'um Codigo a redacção de taes principios é muito difficil, e porisso perigosa; e que importa reduzil-os aos absolutamente indispensaveis, como fundamentos do systema, e das materias do Codigo, deixando todos os outros aos escriptos dos Philosophos e Jurisconsultos. Os principios, consignados n'este titulo, parecem-me sufficientes: e porisso não indico outros.

TITULO II

De como se acquire a qualidade de cidadão portuguez.

Tem-se combatido a doutrina d'este titulo II e do III, nos quaes o illustrado Redactor tracta da acquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez.

Como por esta qualidade se acquirem os direitos politicos e os civis, já em toda a sua plenitude para os cidadãos indigenas, e já, com as restricções legaes, para os estrangeiros naturalisados, tem-se impugnado a doutrina d'estes dois titulos, dizendo-se: que não póde haver duas qualidades differentes de cidadão portuguez, uma para os direitos politicos, e outra para os civis: nem por consequencia duas cartas de naturalisação para os estrangeiros: que, sendo pois uma só a qualidade de cidadão portuguez, a Carta Constitucional no titulo 2.º prescreveu os requisitos necessarios para a acquisição d'esta qualidade: que a Carta, como lei fundamental e primaria, não póde ser alterada pelas leis civis, como secundárias: e por consequencia, que a doutrina d'estes dois titulos deve ser eliminada por inutil e attentatoria contra a Carta Constitucional.

As prescripções, que a Carta declara constitucio-

naes (art. 144) não podem na verdade ser alteradas senão pelo modo, que a mesma Carta estabelece; a fórma ordinaria da feitura das leis secundárias, não lhes póde ser applicada, *Cart. Const.* art. 139 e seguintes).

Parece-me, apezar disto, que se póde sustentar que a materia d'este e do seguinte titulo do Codigo não é constitucional, á vista do espirito do art. 144 da Carta. E, ainda que o fôra, todos sabem, que as prescripções d'uma Constituição politica não comprehendem, senão as condições geraes e fundamentaes da fórma do Governo, e as garantias dos direitos politicos; e que todas precisam de ser desinvolvidas por meio de leis regulamentares, para poder ter plena execução a lei fundamental do Estado. É por isso, que a Carta a cada passo se refere a essas leis, e, o que mais é, na materia em discussão.

Com effeito a Carta no art. 7, § 4, diz — *uma lei determinará as qualidades precisas*, para se obter carta de naturalisação; por consequencia esta lei regulamentar, que póde determinar as qualidades precisas, póde determinar tambem, quaes são as pessoas, que precisam d'essas qualidades para obterem a carta de naturalisação, isto é, quaes são os cidadãos portuguezes, e quaes são os estrangeiros, materia dos dois titulos, II e III d'este Livro.

Estes titulos serão essa lei regulamentar, que a Carta manda fazer. O que importa é, que se não falseiem os pensamentos fundamentaes da Carta.

O nosso insigne collega o sr. Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Port.* § 189, not., parece, querer separar as qualidades de portuguez e de cidadão portuguez; porque se podem perder os direitos politicos sem perder os civis.

Porém tenho para mim, que o portuguez é sempre cidadão portuguez, gosa sempre dos direitos civis, e tem pelo menos a capacidade politica, para a vir gosar dos direitos politicos, conseguindo os requisitos e habilitações, que a Carta e mais leis exigem, para o seu exercicio.

O cidadão portuguez póde ser privado, por pena, dos direitos politicos, ou, mais rigorosamente fallando, do seu exercicio; porque o direito é preexistente ás leis positivas. Mas d'ahi não se póde concluir logica e juridicamente, que possa haver duas qualidades, a de portuguez, e a de cidadão, nem por consequencia duas naturalisações.

Artigo 20.º

«São cidadãos portuguezes:

«1.º Os que nascerem no reino, ainda mesmo de pae estrangeiro, que não resida por serviço da sua

nação, se manifestarem, chegando á maioridade, ou sendo emancipados, que desejam gosar da qualidade de cidadãos portuguezes».

Eu accedo á opinião do sr. Moraes de Carvalho, que combate em suas Observações a este artigo a clausula — *se manifestarem, chegando á maioridade, ou sendo emancipados, que desejam gosar da qualidade de cidadãos portuguezes.* Não porque eu julgue esta clausula inconstitucional, como já disse; mas porque me parece dura para os que nascerem no reino, ainda de pae estrangeiro, e n'elle residirem até á maioridade, ou á emancipação; e muito mais dura, e até absolutamente inadmissivel, para os que nascerem no reino de pae portuguez; porque, segundo a generalidade da redacção, a clausula comprehende a todos — *os que nascerem no reino, ainda mesmo de pae estrangeiro... se manifestarem,* etc., diz a clausula do artigo em discussão.

Acredito, que o illustrado Redactor quiz intender por esta clausula sómente os nascidos no reino de pae estrangeiro; mas as palavras, que escreveu, podem intender-se de todos.

Porém, nem ainda com relação sómente aos nascidos no reino de pae estrangeiro, eu posso admittir a clausula; e prefiro a doutrina geral da Carta,

que lhes reconhece a qualidade de cidadão pelo facto do nascimento em este reino.

É geralmente sabido, que Portugal póde sustentar maior população, do que tem actualmente, e a Economia Politica ensina, que o augmento da população é util: e que, quanto maior esta é, mais rica e forte é a nação.

Facilitemos pois aos estrangeiros, e não difficultemos, a qualidade de cidadão portuguez. Reconheçamos esta a todos os nascidos no reino, ainda mesmo de pae estrangeiro. E se elles, chegando á maioridade, ou á emancipação, não quizerem ser cidadãos portuguezes, seguirão o destino, que mais lhes agradar.

«2.° Os filhos legitimos, legitimados, ou perfilhados de pae portuguez, ou illegitimos de mãe portugueza, nascidos em paiz estrangeiro, se vierem estabelecer no reino o seu domicilio».

A doutrina d'este numero 2.°, acha-se em harmonia com a boa intelligencia do § 2.° do art. 7.° da Carta; a phrase d'esta—*filhos illegitimos de mãe portugueza,* exclue os filhos illegitimos de pae portuguez, se não forem por elle legitimados, ou perfilhados; porque a perfilhação e legitimação são mo-

dos legaes, pelos quaes os filhos, de illegitimos, se convertem em legitimos.

No entretanto, tambem acceito a lembrança do sr. Moraes de Carvalho, de que, não admittindo o Projecto do Codigo a legitimação por subsequente matrimonio dos filhos adulterinos e incestuosos, não devem elles deixar de gosar da qualidade de cidadãos portuguezes, no caso de se verificar o matrimonio subsequente entre os paes adulteros, ou parentes, a quem foi concedida a dispensa.

E tanto mais adopto esta opinião, quanto tenho para mim, que a legitimação por subsequente matrimonio deve comprehender todos os filhos naturaes e espurios. Não adduzo as razões d'esta extensão, que dou a similhante legitimação, por não ser este o logar proprio: protesto dal-as, quando na commissão de revisão chegarmos ao logar competente do Codigo.

E, ainda quando eu fôra de opinião, de que os filhos adulterinos e incestuosos não deviam ser legitimados pelo subsequente matrimonio, seguiria, que deveriam gosar da qualidade de cidadãos portuguezes; porque a filiação e o sangue do pae portuguez acham-se provados pelo matrimonio dos paes adulteros ou incestuosos. Se lhes fecham as portas da familia, não devem fechar-se-lhes as da cidade;

bem basta, que, innocentes, soffram aquella pena. A qualidade de incestuosos ou adulterinos não os impede de serem bons cidadãos, e a historia de Portugal prova-o exuberantemente.

Eu redigiria este numero de modo, que os filhos, legitimados por subsequente matrimonio, para gosarem da qualidade de cidadãos portuguezes, fossem não sómente os naturaes, mas os adulterinos e incestuosos; e não fallo dos sacrilegos; porque o matrimonio dos paes não póde ter logar pela lei do celibato; aliás admittia-os tambem.

«3.° Os filhos legitimos, legitimados, ou perfilhados de pae portuguez, nascidos em paiz estrangeiro, achando-se ahi seu pae em serviço da nação, ainda que não venham estabelecer seu domicilio no reino».

Pelas razões que deixo expendidas ao n.° 2.°, intendo, que a doutrina d'este n.° 3.° deve tambem comprehender os filhos espurios, que podem ser legitimados por subsequente matrimonio.

«4.° Os estrangeiros naturalisados».

Approvo a doutrina d'este numero, acrescentan-

do-lhe a doutrina da Carta—*qualquer que seja a sua religião*. Esta é por certo a mente do illustrado Redactor, mas convém ser expressa.

«§ unico. A declaração mencionada no n.° 1.° será feita perante a municipalidade do logar, que o manifestante eleger para seu domicilio».

Não admittindo eu esta declaração em o n.° 1.°, não posso admittir a doutrina d'este §.

Artigo 21.°

«Podem naturalisar-se os estrangeiros, que tiverem vinte e cinco annos completos, ou forem legalmente havidos por maiores».

N'este artigo reparo nas palavras — *ou forem legalmente havidos por maiores*. Comprehendo, que se falla da emancipação, e porisso importa declarar, quaes são as leis, que os hão de haver por maiores, se as portuguezas, se as da nação, a que o estrangeiro pertence, e se será, ou não, sufficiente a emancipação, feita em paiz estrangeiro, principalmente, quando não tiver o legitimado a edade, exigida pelas leis portuguezas. Bem sei, que esta questão pertence ao *Direito Internacional privado;* po-

rém o Codigo, que legisla a este respeito, deve decidil-a.

«1.° Tendo meios de subsistencia».

Não posso acceder á doutrina d'este numero 1.°, por vaga e indefinida. Que meios são estes? Os bens da fortuna, isto é, cabedaes fixos, ou circulantes? Os serviços, ou productos das faculdades physicas, ou intellectuaes? E todas estas cousas em que quantidade, segundo a posição social dos estrangeiros, que póde variar muito entre elles? É impossivel na verdade fixar a qualidade e quantidade d'estes *meios de subsistencia*. O artigo porisso não contém uma regra certa: deixa tudo ao arbitrio do executor. Não póde pois approvar-se.

Além de que todo o homem, sómente porque é homem, tem um grande valor. Não receeis o augmento excessivo da população; a emigração e a morte encarregam-se de a reduzir inexoravelmente aos limites possiveis. E até esses limites é conveniente augmental-a. Grita-se contra a emigração dos portuguezes, illudidos, para o Brazil; e para isso argumenta-se, que Portugal póde sustentar mais população do que tem. Então não ponhaes embaraços á naturalisação dos estrangeiros, facilitai-a; e para isso importa eliminar este numero do artigo.

Eu bem sei, que este requisito foi prescripto pelo Decreto de 22 de Outubro de 1836; porém, assim como o illustrado Redactor saltou por cima da idêa, de ter sido perseguido o estrangeiro por adhesão ao systema representativo, excluindo este motivo de dispensa do art. 22 do Projecto do Codigo, do mesmo modo rejeitasse toda a doutrina do Decreto, que combato n'este e no seguinte artigo, como injusta, e impolitica.

«2.° Havendo residido por espaço de dois annos em territorio portuguez».

Segundo as idêas, que acabo de expender, parece-me não só muito longa a residencia de dois annos em territorio portuguez, senão ainda inutil. Para que serve esta especie de noviciado? Para que o Governo conheça os costumes e moralidade do estrangeiro naturalisando? Não; porque o Projecto do Codigo não auctorisa o Governo a recusar a Carta de naturalisação, se o estrangeiro não fôr bem morigerado. Para que o estrangeiro possa conhecer as leis, e costumes do paiz, e determinar-se a pedir a Carta de naturalisação com conhecimento de causa? Não; porque isto diz respeito á prudencia particular do estrangeiro, e o Codigo não é um livro de Phi-

losophia, de Moral, ou de Politica. Será para que o estrangeiro dê provas do seu desejo de ser cidadão portuguez, e o Governo, com a segurança de que terá um bom patriota, lhe conceda a Carta e gôso dos direitos de cidadão? Confesso, que não vejo, que esta residencia seja uma tal prova, nem em geral um requisito importante e racional para a concessão da Carta de naturalisação.

O estrangeiro gosa dos direitos civis, e o Projecto do Codigo lh'os concede no titulo 5.°, art. 28 e seg. Por este lado não póde pois haver perigo na concessão prematura da Carta de naturalisação. As pequenas differenças, quanto aos direitos civis, entre portuguezes e estrangeiros, não podem fundamentar receio algum.

Quanto aos direitos politicos, que elle acquire por ella, tambem não se corre risco de lhe conceder a naturalisação antes dos dois annos de residencia; porque a Carta no art. 68, n.° 2, não permitte a eleição dos naturalisados para deputados; e o art. 106 estabelece, que não possam ser ministros d'Estado; unicos casos, em que a Carta, com razão, julgou perigosos os estrangeiros naturalisados.

Desterremos do Codigo a doutrina do Decreto de 22 d'Outubro de 1836, resto da farragem das nossas Ordenações. Parece, que ellas queriam isolar o reino

com o mesmo espirito, que edificou a muralha, que separa a China da Tartaria. A Ord., L. 2, tit. 55, exigia para concessão dos fóros de portuguez, além do nascimento, o domicilio de dez annos; e a Ord. do L. 5, tit. 69, prohibia entrarem no reino ciganos, armenios, arabios, persas, e mouros de Granada.

Sigamos as indicações da boa *Economia politica*, e abramos aos estrangeiros as portas da cidade para a naturalisação, como lh'as abrimos para a residencia. Não esqueçamos, que se ambiciona muito ser cidadão d'uma nação grande e de primeira ordem, como a Inglaterra, ou a França, mas pouco d'uma nação pequena, como Portugal.

«§ unico. Poderão comtudo naturalisar-se, sem dependencia da segunda clausula d'este artigo, os estrangeiros, que se mostrarem descendentes de sangue portuguez por linha masculina, ou feminina, e vierem domiciliar-se no reino».

Visto como rejeitei a clausula do n.º 2.º, não posso approvar a doutrina d'este §.

Artigo 22.º

«O Governo poderá dispensar todo, ou parte, do tempo de residencia, exigido no artigo antecedente,

ao estrangeiro, casado com mulher portugueza, ou que tenha prestado á nação algum serviço relevante».

Tambem pelas razões ditas não approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 23.º

«As cartas de naturalisação serão expedidas pela Secretaria d'Estado dos negocios do reino, mas só produzirão seu effeito, depois que forem registradas nos archivos da Camara municipal do concelho, em que o estrangeiro fixar seu domicilio, prestando perante a Camara juramento de guardar as leis do reino».

Approvo a doutrina d'este artigo.

TITULO III

«De como se perde a qualidade de cidadão portuguez».

Artigo 24.º

«Perde a qualidade de cidadão portuguez:

«1.º O que se naturalisar em paiz estrangeiro: poderá porém recuperar esta qualidade, regressando ao reino com animo de domiciliar-se; e declaran-

do-o assim perante a municipalidade do logar, em que pretender domiciliar-se».

Approvo a doutrina d'este n.º 1.º. A rehabilitação de cidadão portuguez, que este numero estabelece, e que não se encontra na Carta Constitucional, é justa e politica, segundo os principios, que deixo expostos.

«2.º O que sem licença do rei acceitar serviço, emprêgo, pensão, ou condecoração de qualquer Governo estrangeiro, poderá comtudo rehabilitar-se por graça especial do rei».

O sr. Moraes de Carvalho combateu a palavra — *serviço*, que se não encontra na Carta Constitucional.

Parece-me que se não devem ampliar as causas da perda da qualidade de cidadão, estabelecidas na mesma Carta. Deixemos ao cidadão portuguez a liberdade de trabalhar e prestar serviços em toda a parte, não sendo esses serviços contra a patria, o que sería crime de traição.

«3.º O banido por sentença, em quanto durarem os seus effeitos».

Approvo este numero e o pequeno additamento, que fez á Carta.

«4.° A mulher portugueza, que casar com estrangeiro: mas poderá, dissolvido o matrimonio, recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, cumprindo com o disposto na segunda parte do n.° 1.°».

Approvo a doutrina d'este numero, a pezar de ser nova, e não se encontrar na Carta Constitucional. É ella sancta e justa. A mulher deve seguir a condição do marido, como já disse em outro logar. Aparto-me da opinião do sr. Moraes de Carvalho n'esta parte.

Artigo 25.°

«As pessoas, que recuperarem a qualidade de cidadãos portuguezes, em conformidade do disposto no artigo antecedente, só poderão prevalecer-se d'este direito, desde o dia da sua rehabilitação».

Approvo a doutrina d'este artigo.

TITULO IV

«Dos cidadãos portuguezes residentes em paiz estrangeiro».

Artigo 26.º

«Os portuguezes, que viajarem, ou residirem em paiz estrangeiro, conservar-se-hão sujeitos ás leis portuguezas, concernentes á sua capacidade civil, e propriedade immobiliaria, situada no reino, emquanto aos actos, que houverem de produzir n'elle os seus effeitos: a fórma externa dos actos será comtudo regida segundo a Lei do paiz, em que forem outorgados; salvo nos casos, em que a lei expressamente ordene outra cousa».

Não póde deixar de se acceitar á observação do sr. Moraes de Carvalho a este artigo, lembrando, que a doutrina d'elle, quanto á fórma externa dos actos, não deve comprehender aquelles, que forem practicados pelos nossos Consules, residentes nas grandes praças e nos portos estrangeiros.

E, na verdade, estes além da protecção, que, como *agentes civis*, devem dar aos nossos negociantes e navegadores, perante as auctoridades subalternas, administrativas e civis do paiz, em que re-

sidem, como *agentes administrativos,* têm attribuições e jurisdicção reconhecida pelo Direito das Gentes philosophico, e pelas leis de todos os povos.

As attribuições e jurisdicção, que exercitam, segundo a legislação dos seus respectivos paizes, são: redigir o registro civil; dar passaportes; fazer citações e escripturas; passar cartas de saúde, limpas, suspeitas, ou sujas; passar certidões da origem das mercadorias; pacificar e decidir as questões dos seus concidadãos, etc. E todos estes actos são praticados segundo as leis dos paizes, a que pertencem os Consules. É esta a doutrina, geralmente recebida na Europa.

Tambem intendo, que a palavra — *immobiliaria* deve ser substituida, como já disse, pelas technicas entre nós — *immovel,* ou *bens de raiz.* O illustrado Redactor usa d'estas no art. 39.

Finalmente, ás palavras — *viajarem* ou *residirem,* eu acrescentaria estas — *ou se domiciliarem.* Segundo a doutrina de todos os Jurisconsultos, o domicilio é mais do que a residencia: todo o domicilio é residencia; mas nem toda a residencia é domicilio. O *Direito Internacional privado,* admittido geralmente na Europa, reconhece aos estrangeiros o goso dos direitos civis no paiz, em que vivem; e o exercicio dos direitos e das obrigações civis é regulado

em muitos casos pelo domicilio, como diz o art. 42 do Projecto do Codigo; nem d'outro modo se poderia saber, em que juizo poderia ser accionado o estrangeiro. E se a legislação do paiz aonde vive, como estrangeiro, o portuguez, lhe não concede o direito de domicilio, nada se perde com o additamento, que proponho.

Artigo 27.º

«Os portuguezes, que contrahirem obrigações em paiz estrangeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros, com quem as hajam contrahido».

Approvo a doutrina d'este artigo.

TITULO V

Dos estrangeiros, residentes em Portugal.

Artigo 28.º

«Os estrangeiros, residentes em Portugal, terão os mesmos direitos e obrigações civis, que os cidadãos portuguezes, emquanto aos actos, que houverem de produzir seus effeitos n'este reino: excepto nos casos, em que a lei expressamente determine outra cousa, ou se existir tractado ou convenção especial, que determine e regule d'outra fórma os seus direitos».

Approvo toda a doutrina d'este artigo.

Artigo 29.º

«Os estrangeiros podem ser demandados perante as justiças portuguezas, pelas obrigações contrahidas com portuguezes em paiz estrangeiro, sendo encontrados n'este reino».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 30.º

«Os estrangeiros podem ser egualmente demandados por estrangeiros perante as justiças portuguezas por obrigações contrahidas no reino, se n'elle forem encontrados».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 31.º

«O disposto nos dois artigos precedentes deve intender-se sem prejuizo do disposto no artigo vinte e oito».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 32.º

«A capacidade civil dos estrangeiros será regulada segundo a lei do seu paiz».

Intendo, que importa pôr a doutrina d'este artigo em harmonia com a doutrina do *Direito Internacional privado*, que faz differença entre *estatuto real e pessoal*.

Artigo 33.º

«As sentenças, proferidas nos tribunaes estrangeiros, sôbre direitos civis entre estrangeiros e por-

tuguezes, poderão ser executadas perante os tribunaes portuguezes nos termos prescriptos no Codigo do processo».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 34.º

«Os estrangeiros, que intentarem algum pleito perante as justiças portuguezas, prestarão fiança idonea a todo o julgado».

Esta doutrina é politica e justa; porque d'outro modo poderia o estrangeiro incommodar os portuguezes com pleitos, e illudir as decisões dos tribunaes, proferidas contra elle, absentando-se.

O sr. Moraes de Carvalho lembra tres excepções á doutrina d'este artigo: 1.ª, quanto ás questões commerciaes; 2.ª, quanto ao caso, em que o estrangeiro tenha no reino bens de raiz, para assegurar o pagamento; e 3.ª, quando se practique d'outra fórma para com os subditos do rei no paiz, ao qual pertence o estrangeiro.

D'estas excepções não posso adoptar a primeira; por ser propria do Codigo commercial, e alheia do Codigo civil; nem a terceira; porque eu approvo a reciprocidade sómente, quando fôr justa, ou, quando

muito, consignada em tractados, os quaes têm força de lei; espero porém, que nunca a doutrina da terceira excepção será admittida pelos plenipotenciarios, nem ratificada pelos governos; por ser prejudicial aos subditos das altas partes contractantes. Approvo porém a segunda; porque a ella se não podem applicar as razões da doutrina do artigo, as quaes já expuz.

Importa pois consignar no artigo a excepção do estrangeiro ter em Portugal bens de raiz, que assegurem todo o julgado.

A doutrina d'este titulo eu acrescentaria um artigo, em que se providenciasse, que será obrigado a responder n'este reino o estrangeiro, que n'elle contrahiu obrigações com algum portuguez, e depois se absentou.

Esta doutrina é conforme aos principios geralmente recebidos, e consignada no art. 14 do Codigo de França, como lembra o sr. Moraes de Carvalho.

E tambem acrescentaria outro, no qual se declarasse, em que julgado poderiam ser demandados os estrangeiros, e executadas as sentenças, proferidas nos tribunaes estrangeiros; porque a generalidade

da doutrina do art. 28, não me parece, que comprehenda, sem poder haver dúvidas, esta questão. Parece-me prudente deixal-a claramente decidida, ou aqui, ou no titulo—*Do domicilio voluntario.*

TITULO VI

Das pessoas moraes.

Artigo 35.°

«Dizem-se pessoas moraes as corporações, ou associações temporarias, ou perpétuas, com algum fim não prohibido de utilidade particular, ou de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjunctamente».

Approvo a doutrina d'este artigo. É ella uma prova da necessidade da definição de pessoas em geral no art. 1.° Refiro-me ao que lá deixo escripto.

Artigo 36.°

«As associações temporarias, que tiverem por objecto interesses meramente particulares, serão regidas segundo as regras do contracto de sociedade».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 37.º

«As associações ou corporações perpétuas, ou temporarias, com algum fim de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjunctamente, só podem ser estabelecidas com permissão legislativa, ou do Governo, em conformidade com a lei».

Parece-me, que se não póde admittir a doutrina, de que a permissão para o estabelecimento d'estas associações, ou corporações, possa ser *legislativa*. Em verdade, ou existe lei, que regula a concessão d'estas permissões, ou não existe. No primeiro caso, o Governo, que é o executor de todas as leis, deve executal-a, e dar, ou negar, a permissão: e, se não existe, o poder legislativo deve fazel-a. Sómente é proprio do poder legislativo o fazer leis, que são regras geraes, e nunca conhecer de casos particulares, afóra aquelles, que a Carta Constitucional excepcionalmente lhe sujeita.

Ao poder executivo é que pertence organisar os processos, necessarios para decidir com conhecimento de causa, se os pretendentes se acham ou não nas circumstancias legaes para se constituirem em corporações ou associações, de que tracta este artigo. Esta doutrina vae tocar na divisão dos po-

deres politicos, que a Carta no art. 144 declara materia constitucional, e que não póde ser alterada por uma lei secundária, como diz o artigo 139 da mesma Carta.

Coherente com estas idéas, lembro que sería conveniente acrescentar n'este logar alguns artigos, em que fossem consignadas as regras, segundo as quaes o Governo deve conceder, ou negar, a permissão para o estabelecimento d'estas associações ou corporações, acabando d'esta arte a questão da—*permissão legislativa*.

Bem sei que póde haver corporações ou associações, que, para serem approvados os seus estatutos, precisarão muitas vezes de serem revogadas, ou dispensadas em todo ou em parte, as leis existentes: é porisso que será necessario recorrer ao poder legislativo.

Isto porém é cousa diversa da permissão, de que o artigo falla, para o estabelecimento d'estas associações ou corporações.

É verdade que o illustrado Redactor acrescentou as palavras—*em conformidade com a lei:* mas, se esta—*conformidade com a lei* se refere á—*permissão legislativa*, a possibilidade constitucional d'esta lei, a não ser um acto addicional á Carta, é que eu combato; e se por ventura se refere somente á

—*permissão do Governo*, é mistér fazer já essa lei, como deixo dicto.

Portanto eu eliminaria do artigo as palavras — *permissão legislativa*.

Artigo 38.°

«As corporações, legalmente estabelecidas, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses legitimos do seu instituto».

Como o illustrado Redactor tem fallado das associações e corporações, nos artigos antecedentes; importa acrescentar á palavra — *corporações*, estas — *ou associações;* visto que umas e outras, quer perpétuas, quer temporarias, devem ser comprehendidas no artigo.

Artigo 39.°

«As corporações perpétuas não poderão comtudo acquirir bens de raiz por titulo oneroso, sem permissão legislativa, nem conservar por mais de anno e dia, os que acquirirem por doação ou legado, sem permissão legislativa, sob pena de os perderem em proveito da fazenda pública.»

Para salvar os verdadeiros principios estabeleci-

dos ao art. 37, eu substituiria as palavras — *sem permissão legislativa,* por estas — *sem dispensa d'esta lei.* E na verdade, que é o que dispõe realmente este artigo?

Duas cousas: 1.ª — consigna a antiga e louvavel legislação portugueza, que prohibe aos corpos de mão morta a acquisição de bens de raiz: e 2.ª — faz uma excepção para o caso, do poder legislativo dispensar aquella disposição legislativa.

Portanto, o que ha de haver realmente, não é uma permissão: mas sim uma dispensa da lei.

Parece-me além d'isto, que o poder legislativo deve tomar alguma providencia relativa aos bens de raiz, que estão possuindo as irmandades, misericordias, seminarios e outros estabelecimentos pios ou ecclesiasticos, segundo me consta, sem a dispensa das leis actuaes, que sómente exceptuavam a administração e retenção dos acquiridos pelas irmandades do SS. Sacramento. Mas porventura será melhor, que essa lei de applicação momentanea seja extravagante ao Codigo. A sábia commissão o decidirá.

Artigo 40.º

«O Estado, as camaras municipaes, e juntas de parochia, são consideradas emquanto ao exercicio dos direitos civis, como pessoas moraes, salvo na

parte, em que outra cousa se ache regulada por lei especial».

Este artigo parece-me desnecessario depois do art. 38, que comprehende na sua generalidade as corporações, de que se falla n'este artigo.

O que importava decidir não era se estes corpos podem exercer os direitos civis: mas sim, se podiam acquirir, ou pelo menos reter e administrar bens de raiz. Eu votaria pela negativa relativamente a todos os corpos de mão morta: pelo menos, quanto aos bens das camaras e juntas de parochia; porque taes bens são sempre mal administrados, e quasi sempre se perdem com a corrente do tempo.

Artigo 41.°

«Fica abolido o privilegio da restituição por inteiro, concedido ao Estado, ou a quaesquer outras corporações, ou estabelecimentos publicos».

N'este artigo decide o illustrado Redactor a famosa questão da restituição — *in integrum*.

Estudei a questão, li o que se tem escripto ácerca d'ella, principalmente o que escrevêra o benemerito membro da commissão, o sr. dr. Paes em suas OBSERVAÇÕES AO CODIGO CIVIL, e o illustrado Redactor em

sua RESPOSTA. E depois de maduro exame accedo á opinião d'este, consignada no artigo.

Não exponho as razões, que a fundamentam, e as respostas ás objecções dos adversarios; porque o não poderia fazer, nem com tanta energia, nem com tanta proficiencia, como o fez o illustrado Redactor n'aquella RESPOSTA. Além de que não é meu proposito, senão justificar as observações, que faço contra alguns artigos, deixando a defesa dos outros ao illustrado Redactor, que para isso certo não carece de reforços estranhos.

TITULO VII

Do domicilio.

CAPITULO I

Disposições geraes.

Artigo 42.°

«O exercicio dos direitos e obrigações civis é determinado em diversos casos, previstos na lei, pelo domicilio do cidadão».

Approvo a doutrina d'este artigo.

Artigo 43.º

«Domicilio é o logar, em que o cidadão tem a sua morada ou estabelecimento.»

Os Jurisconsultos sempre fizeram differença entre — *domicilio*, e *residencia*, e reconheceram, que, por aquelle se acquiriam muitos direitos, e por esta poucos ou nenhuns. Chamaram — *residencia* á simples morada, e chamaram — *domicilio* á morada fixa, ou com o animo manifestado de permanecer n'ella.

E tanto julgavam este animo necessario, para converter a simples residencia em domicilio, que até diziam, que para conservar o domicilio bastava o animo, emquanto o domiciliado não manifestasse a intenção de o mudar. Esta doutrina do Direito Romano foi recebida entre nós, e constituiu o direito do paiz, como attestam os nossos reinicolas.

Parece-me razoavel e até mesmo acceita pelo illustrado Redactor, no art. 24, § 1.º, fallando do — *animo de domiciliar-se;* e nos art. 47 e 54, fallando de — *morada ou estabelecimento fixo*. Portanto intendo, que ás palavras da definição — *morada ou estabelecimento,* se devem acrescentar estas — *fixo, ou com o animo manifestado de permanecer*.

Bem sei que o illustrado Redactor quiz evitar as

questões, a que costuma dar occasião a circumstancia de haver, ou não haver, animo de permanecer: e porisso, muito prudentemente nos artigos seguintes exige ao domiciliado declarações, de querer ser considerado domiciliado, antes n'esta do que n'aquella morada, ou de querer mudar o domicilio; mas estas por certo não importam outra cousa, senão manifestações do animo de permanecer, ou de mudar, que constitue um dos fundamentos do domicilio.

A definição, reduzindo o domicilio á simples morada ou estabelecimento, apezar das providencias exaradas nos dois titulos seguintes, póde dar occasião a falsas argumentações, e levar os interpretes a conclusões, que por certo o illustrado Redactor não approva.

Vou dar um exemplo, tirado da doutrina do Projecto do Codigo.

No art. 47 estabelece-se, que—*o cidadão, que não tiver morada ou estabelecimento fixo, será considerado como domiciliado no logar em que se achar.*

Se admittirmos o argumento *a contrario sensu*, concluiremos, que o cidadão, que tiver morada fixa em um logar, embora se ache morando n'outro logar, será considerado, como domiciliado na primeira morada: mas, n'este caso, obsta a este argumento *a contrario sensu:* 1.°, a generalidade da definição de

domicilio, que, sem fazer differença entre morada, fixa e não fixa, faz consistir o domicilio sómente na morada actual; e 2.°, a doutrina do art. 45, que, sem fazer a mesma distincção, estabelece, que o cidadão, que tiver diversas moradas, em que viva alternadamente, será considerado, como domiciliado no logar, em que se achar.

Pelo contrário, se não se admittir o argumento *a contrario sensu*, a hypothese, que figurei, não se acha providenciada em nenhum artigo do Codigo, e terá de ser decidida pelas idéas da definição de domicilio d'este artigo, isto é, teremos de concluir d'ellas, que o cidadão, que tem morada fixa em um logar, e temporaria n'outro, deverá ser considerado como domiciliado n'este, quando n'elle for encontrado; porque, segundo a definição, esta é a sua morada actual: e porisso o seu domicilio.

Creio que o illustrado Redactor não preferirá para o domicilio uma morada, actual, temporaria e talvez momentanea, a uma morada fixa, ou com animo de permanecer, segundo o que escreveu no art. 54, relativamente aos militares não arregimentados. A divergencia d'estas doutrinas é filha da falta de exactidão da definição de domicilio; e é uma prova de que um espirito, o mais logico, como o do illustrado

Redactor, de principios inexactos póde ser levado a consequencias inadmissiveis.

Artigo 44.°

«O domicilio póde ser voluntario, ou necessario: voluntario é o que depende de seu arbitrio; e necessario, o que é fixado pela lei».

Approvo a doutrina d'este artigo.

CAPITULO II

Do domicilio voluntario.

Artigo 45.°

«Se o cidadão tiver diversas moradas, em que viva alternadamente, será considerado como domiciliado no logar, em que se achar: excepto se houver optado por algum d'elles perante a respectiva camara municipal».

Esta doutrina ha de trazer grandes difficuldades na práctica.

O cidadão vae residir para uma de duas moradas, em que apenas tem um pequeno estabelecimento, e deixa aquella, em que tem muitos bens, na occasião da derrama da congrua dos parochos, para ser collectado n'esta, com o grande favor, que a lei concede aos cidadãos de fóra da parochia; a mesma mudança póde fazer, quando estiver para ser demandado no julgado d'uma das moradas, para tornar mais difficil ao auctor o litigio no julgado da outra morada. O artigo cobre e auctorisa o dólo, com que serão feitas estas mudanças; quando é principio de direito, que o dólo a ninguem deve aproveitar.

Estes e outros casos, que se podem figurar, exigem alteração da doutrina do artigo. Eu substituiria as palavras — *será considerado como domiciliado no logar, em que se achar,* por estas — *será considerado como domiciliado em todos estes logares, quanto ao cumprimento das obrigações juridicas, a que estiver sujeito, e que forem reguladas pelo domicilio.* Isto ha de compellir o cidadão a ir fazer, perante a camara municipal, a declaração da segunda parte do artigo, optando pelo domicilio d'uma das moradas, tornando-o fixo para o gôso dos direitos, e cumprimento das obrigações nos termos, que direi ao artigo seguinte.

..

«§ unico. As camaras municipaes terão um livro rubricado, numerado e encerrado pelo seu presidente, em que se lancem por termo, assignado pela parte, as declarações mencionadas».

Approvo a doutrina d'este §.

Artigo 46.°

«O cidadão póde mudar seu domicilio, quando lhe aprouver, declarando a transferencia perante as camaras municipaes, d'onde, e para onde, se muda».

«§ unico. Esta declaração produzirá seus effeitos desde o dia, em que fôr feita no logar do primeiro domicilio».

Levanto-me com todas as minhas forças contra a doutrina d'este artigo e seu paragrapho. Não é possivel reduzir o domicilio sómente ao logar declarado perante as camaras, ou antes perante a camara do logar, em que o cidadão se acha domiciliado (como diz o §), sem ter o cidadão n'esse logar declarado morada alguma; quando a definição de domicilio, dada no art. 43, faz consistir este na morada.

Esse domicilio, que este artigo reconhece, póde ser uma ficção, um puro ente de razão, inventado

pelo cidadão, para se subtrahir ao cumprimento das obrigações municipaes, ou a qualquer citação, ou litigio, que contra elle se queira intentar.

Na vespera das eleições municipaes, da derrama das congruas, da contribuição para os expostos, d'uma citação, etc., o cidadão, residente no Algarve, declara, que muda o domicilio para um julgado de Tras-os-montes, ou das possessões portuguezas da Africa ou da Asia. Esta declaração produz logo os seus effeitos: por conseguinte, nem póde ser onerado com os encargos municipaes, nem citado no logar, em que realmente está domiciliado. O auctor ha de ir requerer a citação a Trasos-montes, ou á Africa, ou á Asia, sem lá residir o réu, sem lá poder verificar-se a citação.

E o cidadão, que fez esta declaração, nem ao menos teve o trabalho de ir ao logar, para onde declarou, que mudava o domicilio; e, passada a occasião, em que poderiam recaír sôbre elle os onus, aos quaes teve em vista subtrahir-se, faz nova declaração de o tornar a mudar para o logar, aonde realmente habita; e talvez que elle intenda, que deve permanecer com aquella simples declaração, feita perante a camara do logar, em que reside, sem ir fazer outra no logar, que indicou na primeira, da qual a camara do logar indicado nada sabe; e d'est'arte fica o cida-

dão realmente sem domicilio algum para a imposição dos onus municipaes.

Com muita razão, pois, combateu este artigo o sr. Moraes de Carvalho.

Intendo pois que é necessario acrescentar ao artigo a idêa da residencia effectiva no logar declarado, e, ainda mais, por certo espaço de tempo, como prova do animo de permanecer n'elle. Desde esta epocha sómente deve a mudança do domicilio ser reconhecida pela lei, e produzir seus effeitos juridicos.

Artigo 47.°

«O cidadão, que não tiver morada, ou estabelecimento fixo, será considerado, como domiciliado no logar, em que fôr achado».

Approvo a doutrina d'este artigo: mas importa, como já disse ao art. 43, decidir a hypothese contrária, isto é, aonde será considerado domiciliado o cidadão, que tiver morada ou estabelecimento fixo em um logar, e fôr encontrado em outro logar, onde tenha morada temporaria; hypothese, que não se acha providenciada claramente, nem n'este artigo, nem nos outros d'este titulo, obstando ao argumento *a contrario sensu* d'este artigo, as razões, que deixo expendidas ao art. 43.

Artigo 48.°

«Os cidadãos podem eleger domicilio particular para o cumprimento de actos determinados, que a lei não haja sujeito a certo domicilio: mas não deixal-o a arbitrio d'outrem: comtanto que o façam por acto authentico, ou authenticado».

«§ unico. Fallecendo algum dos estipulantes, a convenção conservará seus effeitos em relação aos herdeiros, não havendo declaração em contrário».

Approvo a doutrina d'este artigo e seu §.

CAPITULO III

Do domicilio necessario.

Artigo 49.°

«Os menores, não emancipados, terão por domicilio o domicilio do pae ou mãe, a cuja auctoridade se acharem sujeitos; e na sua falta o do seu tutor».

Artigo 50.°

«Os maiores, sujeitos á tutella, terão por domicilio o domicilio do seu tutor».

Admitto, que seja domicilio dos filhos o dos paes, a cuja auctoridade se acharem sujeitos; os filhos vivem com os paes; estes podem compellil-os a viver com elles; e até mesmo a utilidade dos filhos está em terem seu domicilio em casa dos paes, que são os seus protectores e defensores naturaes. E sómente exceptuaria o caso dos filhos terem estabelecimento fixo, diverso do dos paes, com consentimento d'estes; hypothese, que não comprehendeu este artigo, e a que importa providenciar.

Porém, por mais que se queira equiparar a auctoridade dos tutores á dos paes, ha grandes differenças entre os paes e os tutores, entre os filhos e os tutellados; porisso, se os paes morreram, não acho fundamento solido, para assignar, como domicilio dos tutellados, o domicilio do tutor, sem que se exija a morada d'aquelle em casa d'este.

Eu não posso admittir ficções. O domicilio é a morada real e effectiva, o que reconhece o illustrado Redactor na definição do domicilio, dada no art. 43.

Portanto, se os tutellados largam a sua casa, e vão viver para casa do seu tutor, não póde haver dúvida, de que o domicilio dos tutellados deve ser o do tutor.

Mas supponhamos a hypothese contrária, isto é, que os tutellados continuam a viver na sua casa,

e não vão viver para casa do tutor. Supponhamos mais, que o tutor vive em julgado diverso, ou pelo menos em freguezia diversa; hypothese, que não encontra opposição com as prescripções do Projecto do Codigo; hypothese, que frequentes vezes se verificanas cidades de Lisboa e Porto, e até em outros julgados das provincias. Supponhamos finalmente, que o tutor e o conselho de familia determinam a residencia dos tutellados na casa d'estes e não na do tutor. Que razão se póde descobrir para substituir contra todos os principios, que regem a materia, á morada dos tutellados, a do tutor? Confesso, que a não posso encontrar.

Invocar-se-ha o interesse dos tutellados, interesse, que em materia de domicilio, têm em vista sempre os Jurisconsultos para os domiciliados? Mas o interesse dos tutellados está em serem havidos, como domiciliados no logar, em que têm a sua residencia, casa e bens, para a mais facil defesa de seus direitos em juizo e fóra d'elle.

Querer-se-ha attender ao interesse particular do tutor? Mas este não póde a lei garantir em opposição ao dos tutellados, que a instituição da tutella tem em vista. Demais, se o filho quando tem estabelecimento diverso, e diversa residencia da de seus paes, com auctorisação d'estes, não póde deixar de ser consi-

derado como domiciliado na sua propria residencia; porque os paes, visto que consentiram, não podem com razão queixar-se: o mesmo deverá dizer-se, quanto aos tutellados, quando o tutor consentiu, em que estes vivessem em casa d'elles, e não na sua.

Portanto eu sómente posso admittir a doutrina d'este artigo, restringindo-a ao caso dos tutellados viverem na morada do tutor.

Finalmente, só poderia admittir-se a doutrina do artigo, na sua generalidade, se o Projecto do Codigo prescrevesse, que os tutellados vivessem sempre em casa do tutor; ou que este o não poderia ser, vivendo em julgado ou em freguezia, diversa da dos tutellados. Porém isto não se acha determinado, nem a meu vêr se poderia rasoavelmente determinar.

Eu diria pois, que o domicilio dos tutellados, quer menores, quer maiores, fosse regulado pelas regras geraes do domicilio, eliminando-se a ficção de domicilio, que estabelece este artigo. As ficções do Direito Romano vão caíndo, em toda a parte, aos golpes da Philosophia do Direito.

Artigo 51.º

«A mulher casada terá por domicilio o domicilio de seu marido, não se achando separada de pessoa e bens».

Da redacção d'este artigo deduz-se *a contrario sensu*, que a mulher casada, separada de seu marido *quoad thorum et habitationem*, como dizem os Jurisconsultos, não terá por domicilio o domicilio de seu marido. Porém esta doutrina não póde admittir-se em sentido tão largo.

A separação da mulher póde ser de facto, ou de direito. De *facto* sem consentimento de seu marido, ou ainda com elle; de *direito*, quando sóbre o processo de sevicias houve sentença, que decretou a separação.

A separação de facto é escandalosa e immoral em um paiz catholico, aonde o Direito Divino positivo diz, que os conjuges — *jam non sunt plures, sed duo in carne una*, duas individualidades, completando-se reciprocamente, por assim o dizermos, em uma só personalidade; e porisso acrescenta — *quos Deus conjunxit, homo non separet*.

Eis a razão, por que nos paizes catholicos se não tem admittido o divorcio, mas sómente a separação, *quoad thorum et habitationem*, e esta ainda limitada aos casos, em que se prove plenamente a incompatibilidade de os conjuges coexistirem no estado do matrimonio.

Por esta razão, e porque a conservação dos matrimonios, fundamento da ordem social, é conside-

rada como de interesse público, não têm as legislações dos povos catholicos deixado estas separações ao mutuo consenso dos conjuges; mas têm exigido um processo e sentença, e que intervenha no litigio um, como hoje se diz, agente do ministerio público, chamado *defensor dos matrimonios*, ao qual incumbe sustentar em juizo a coexistencia dos conjuges no estado matrimonial, ainda quando elles ambos convêm na separação.

E com effeito, além d'estas razões gravissimas, ainda ha outras: — a mulher póde consentir na separação contra sua vontade com o medo do marido: — ambos os conjuges, alucinados por paixões momentaneas, podem concordar na separação: — e finalmente o interesse dos filhos, que os paes devem educar.

Portanto eu limitaria a doutrina *a contrario sensu* do artigo, de que a mulher não seguirá o domicilio do marido, quando estiver separada de pessoa e bens, ao caso sómente da separação de direito. A separação de facto, prohibida por Direito Divino, e que porisso o deve ser por direito civil em um paiz catholico, como o nosso, deve-se considerar como illegal, e não póde surtir effeitos juridicos. Por consequencia, não póde justificar uma lei, que faça n'este caso á mulher a concessão d'um domicilio,

diverso do do marido, contra a regra geral, de que o domicilio d'este é o domicilio d'ella; regra, que se funda nos vinculos indissoluveis do matrimonio, e na mais completa communhão de vida physica e moral, que se póde imaginar, a qual é o fim do mesmo matrimonio.

Proponho portanto, que ás palavras do artigo — *separada de pessoa e bens*, se acrescentem estas — *por sentença, proferida pelo juiz competente.*

Artigo 52.°

«Os maiores ou menores emancipados, que servem, ou trabalham habitualmente em casa d'outrem, terão por domicilio, o da pessoa, a quem servem, se com ella habitarem; salvo o disposto nos dois artigos precedentes».

Approvo a doutrina d'este artigo. E approvo tambem, que n'elle sejam comprehendidos — *os menores não emancipados,* como quer o sr. Moraes de Carvalho.

A morada constitue a essencia do domicilio, segundo as regras geraes, que, como já disse, me parece, que se devem applicar aos tutellados. Assim como os menores, não emancipados, servindo arregimentados pelo tempo da lei no exercito, têm o seu

domicilio no logar, em que o seu corpo estiver de guarnição (art. 54 do Projecto do Codigo); assim tambem parece, que servindo por certo tempo, estabelecido no contracto de locação d'obras, deverão ter o seu domicilio no logar da morada dos amos, aos quaes servirem.

É mister pois alterar a redacção e eliminar as ultimas palavras do artigo — *salvo o disposto nos artigos antecedentes;* não sómente emquanto se referem ao artigo 50, que falla dos maiores, sujeitos á tutella, que, como disse, sendo criados, devem ter o domicilio dos amos, com os quaes habitam, mas tambem com referencia ao art. 51, emquanto falla da mulher casada, separada de pessoa e bens; porque não posso comprehender a razão, pela qual esta, servindo, não tenha o domicilio de seu amo, com quem habita.

Artigo 53.º

«Os empregados publicos vitalicios terão o seu domicilio no logar, em que exercerem os seus empregos. Os empregados temporarios conservarão o seu antigo domicilio; excepto se o transferirem, segundo o disposto no art. 47».

«§ unico. O domicilio dos empregados é fixado

pela posse, ou pelo exercicio das respectivas attribuições».

Approvo a doutrina d'este artigo e do §.

Artigo 54.°

«Os militares arregimentados terão o seu domicilio no logar, em que o seu corpo estiver de guarnição. Os militares não arregimentados terão o seu domicilio no logar, em que estiverem de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada fixa; porque n'esse caso ahi será o seu domicilio».

«§ unico. O domicilio do militar fixa-se pelo seu assentamento de praça».

Approvo a doutrina d'este artigo e do seu § unico.

Artigo 55.°

«Os condemnados a desterro, ou degredo, terão por domicilio o logar, em que estiverem cumprindo a pena imposta; excepto emquanto ás obrigações, contrahidas antes do delicto; pois emquanto a estas conservarão o antigo domicilio, se por ventura o tivessem».

«§ unico. Em quanto não forem transferidos para o logar da pena, terão os condemnados por domicilio o logar, em que se acharem retidos».

Approvo a doutrina d'este artigo e do seu §.

Artigo 56.°

«O domicilio necessario cessa desde o momento, em que cessar o facto, de que depende».

Approvo a doutrina d'este artigo.

FIM.

ERRATAS E CORRECÇÕES

PAG.	LINHAS	ERROS	CORRECÇÕES
19	11	como objectos d'estes direitos	como objecto d'estes direitos
20	1	de prestar ou deixar de prestar	de practicar ou deixar de practicar
25	6	de prestar	de practicar
26	24	particulares ou públicas	particulares, ou públicas
27	13	entram no dominio do Direito civil	entram algumas no dominio do Direito Civil
32	6 e 7	ao numero 5.°	ao numero 4.°
36	14	posta em exercicio	posta em execução
43	13	Do que deixo dito	Pelo que deixo dito
47	25	as leis e acha	a lei se acha
56	26	Philosophia de Direita	Philosophia de Direito
67	3 e 4	não lhes póde	não lhe póde
68	11 e 12	para a vir gosar	para vir a gosar
69	11	no reino, ainda de pae estrangeiro	no reino de pae estrangeiro

NOTA

Quando estava revendo as provas da ultima folha d'estas reflexões recebi a — RESPOSTA Á SEGUNDA APOSTILLA DO SR. ANTONIO LUIZ DE SEABRA, *por Alberto Antonio de Moraes Carvalho, Lisboa, Imprensa Nacional, 1859.*

Sinto não receber esta obra a tempo de a poder lêr e aproveitar d'ella para este escripto, como aproveitei das outras obras d'este illustrado Jurisconsulto sôbre o Projecto do Codigo Civil.

Foi um favor, que agradeço ao benemerito Auctor.

Quinta do Freixo, 3 de Outubro de 1859.

O Auctor.

Página de Controlo

DISCUSSÃO
DO
PROJ. DO COD. CIVIL

IV

PAES-GIL-FERREIRA
NEIVA

OBSERVAÇÕES
E REFLEXÕES

Sala
Gab.
Est.
Tab.
N.º
RESERVADO