TRATADO

DA

CAPACIDADE CIVIL

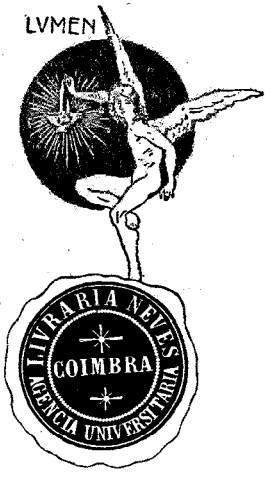
DOUTOR JOSÉ TAVARES

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO

TRATADO

DA

CAPACIDADE CIVIL



COIMBRA

FRANÇA AMADO — EDITOR

1905

PRIMEIRA PARTE

PRINCIPIOS GERAES DE DIREITO E DE CAPACIDADE CIVIL

PRIMEIRA SECÇÃO

CONSTITUIÇÃO DO DIREITO CIVIL

CAPITULO I

CONCEITO DO DIREITO CIVIL

1. O direito como phenomeno social. Qualquer que seja a orientação das theorias philosophicas sobre a ideia ou a concepção do *direito,* não podemos deixar de reconhecer sempre que se trata de um phenomeno social.

E a natureza especifica do phenomeno juridico reside naturalmente na propria funcção que o *direito* é chamado a desempenhar na vida das sociedades.

A vida dos homens em sociedade, que não é um artificio nem uma situação voluntaria ou facultativa, mas, pelo contrario, uma necessidade imprescindivel da propria natureza humana, não se concebe sem a organisação de um conjuncto de regras ou principios reguladores das differentes manifestações da actividade humana, de modo a tornar possivel a coexistencia e a harmonia de todos os associados.

O direito é, pois, o regulador da vida social, a garantia das condições de existencia e desenvolvimento do individuo e da sociedade.

E' assim que nas nossas theses o definimos: uma funcção de garantia do equilibrio das energias individuaes e collectivas.

Esta concepção do direito é acceita pelos modernos escriptores na noção do chamado *direito objectivo* (1), e encontra-se já na definição dada por DANTE na sua obra *De monarchia: jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata, hominum servat societatem, et corrupta corrumpit* (2).

2. Origem social do direito — A escola do direito natural e a escola historica. — O direito, sendo um phenomeno social, é necessariamente um producto resultante da propria organisação e vida da sociedade humana.

Mas, sendo declarado e reduzido a preceitos ou regras pelos dirigentes da sociedade, profundas divergencias separaram os philosophos sobre a origem real do direito.

Nos seculos XVII e XVIII preponderou a concepção racionalista do direito, constituindo a chamada *escola do direito natural,* que considerava o direito como um producto da razão humana. Segundo esta escola, é pelo raciocinio sobre a propria natureza humana que o homem organisa um systema de direito ideal e perfeito, especie de modelo, do qual devem approximar-se o mais possivel as instituições sociaes.

Contra esta concepção metaphysica se manifestou MONTESQUIEU na obra *Esprit des lois,* mostrando que os homens não podem ser dirigidos por suas phantasias, e que pelo contrario as suas leis são dictadas pela natureza das cousas, isto é, por um conjuncto de circumstancias que explicam a sua infinita variedade, como o meio physico do país, a qualidade do terreno,

(1) CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano,* I, pag. 5 e 6; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil,* pag. 1 e 2.
(2) LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano,* I, pag. 44.

a situação, a sua grandeza, o genero de vida dos habitantes, as suas inclinações, o seu commercio, os seus costumes (1).

Esta doutrina de MONTESQUIEU, verificada no desenvolvimento historico do direito, constituiu no principio do seculo XIX a escola historica, representada principalmente por SAVIGNY, na Allemanha.

Para esta escola, o direito, em vez de ser uma creação mais ou menos arbitraria do legislador, um producto theorico e abstracto do raciocinio, é uma resultante necessaria das proprias relações sociaes, que elle é destinado a regular e garantir; é um producto do desenvolvimento historico da sociedade, que se impõe como consequencia immediata das necessidades e aspirações de cada epocha.

A' medida que as condições da vida social vão mudando com o progresso e a civilisação, o direito vae-se transformando correlativamente, adaptando-se sempre ás novas situações.

Esta concepção evolutiva do direito impõe-se como verdade indiscutivel, em face das transformações historicas por que teem passado as instituições juridicas.

Entretanto a doutrina da escola historica exagerou a concepção evolutiva do direito até ao ponto de o considerar como um producto fatal do meio em que se fórma, de modo que o legislador só póde intervir na sua formação para o reconhecer e declarar; o fatalismo preside á formação e ao desenvolvimento do direito, que se realisa por uma fórma automatica, independentemente da vontade do homem.

E' nesta concepção automatica que está o exagero da escola historica.

Ha sempre uma parte de iniciativa na funcção do legislador.

E' certo que o legislador procede sob a influencia de causas superiores á sua iniciativa, não podendo

(1) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois,* liv I, cap III; CAPITANT, ob. cit., pag. 6.

fazer direito arbitrariamente, sob o impulso dos caprichos da sua vontade.

Mas quando as necessidades sociaes reclamam novas instituições juridicas, o legislador tem sempre uma certa iniciativa, porque póde sempre escolher, entre diversos systemas ou soluções, o que mais adequado lhe parecer para a realisação do fim proposto, e mais em harmonia com as condições do meio social.

Como diz justamente HENRI CAPITANT, o legislador não é uma machina inconsciente, que se limite a reconhecer o direito (1).

3. Principaes accepções da palavra « direito ». — O direito é definido pelos escriptores sob dois pontos de vista: o *objectivo* e o *subjectivo* (2).

No sentido objectivo, o *direito* é synonimo de *lei,* e define-se: *regra* ou *norma de conducta social, cuja observancia é coativamente imposta pela auctoridade publica;* é, emfim, o systema de regras obrigatorias que regulam as relações dos homens em sociedade (CAPITANT), ou seja, a norma social imposta pela sociedade constituida a si mesma e aos seus associados (CHIRONI e ABELLO).

Subjectivamente considerado, o direito consiste na propria garantia fornecida pela funcção social do direito objectivo.

Na regulamentação e garantia da vida social o direito tem por fim proteger o desenvolvimento de todas as actividades e assegurar a satisfacção de todas as necessidades, harmonisando o bem estar do individuo com o da communidade.

Para este effeito determina a esphera das differentes actividades e o modo como podem ser exercidas,

(1) CAPITANT, pag. 7 e 8.

(2) CHIRONI e ABELLO, I, pag 6 e 109; CAPITANT, pag. 1-3; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* I, pag. 1; Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil* (1903-1904), pag. 1.

estabelecendo assim as faculdades ou garantias juridicas de cada um.

Estas faculdades ou garantias são os direitos chamados *subjectivos.*

E' o direito subjectivo que o nosso codigo civil define no art. 2.°: « *a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos* ». Esta noção é, porém, muito imperfeita, pois confunde o direito e a moral, principios que são essencialmente diversos.

O direito subjectivo é um interesse material ou moral garantido pela lei, que reconhece ao interessado o poder de praticar os actos necessarios para realisar o mesmo interesse.

Tal é o direito de credito, de propriedade, e o de familia.

Ao direito subjectivo corresponde sempre uma *obrigação,* que o nosso codigo civil define no art. 2.°: « *a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos* ».

A obrigação correlativa do direito subjectivo é, ou uma simples obrigação negativa, que recahe sobre toda a gente, e consiste em nada fazer que obste ao exercicio do direito, como acontece no direito de propriedade, ou uma obrigação que recahe sobre uma pessoa determinada, collocando-a num certo estado de dependencia em relação ao titular do direito, como acontece no direito do credor em relação ao devedor.

Em outros sentidos se emprega ainda muitas vezes a palavra direito, nomeadamente como synonimo de *justiça,* e designando a sciencia que tem por objecto a vida juridica.

Como synonimo de justiça emprega-se a palavra *direito* precisamente para exprimir o que é justo, isto é, conforme com as condições de existencia e desenvolvimento do individuo e da sociedade.

Como sciencia, o direito constitue uma parte ou um ramo das sciencias sociaes, que tem precisamente por objecto o estudo dos phenomenos juridicos, ou o

proprio direito, tanto no sentido subjectivo como objectivo.

4. Distincção entre o direito e a moral. — A sociedade é dominada por outras normas de conducta, além do direito. São os principios da moral e os preceitos religiosos.

Nas primitivas sociedades não seria mesmo facil encontrar differenciadas as regras do direito e as da moral dos preceitos da religião.

Era o temor dos Deuses que continha em respeito e ordem os membros da communidade.

Mas, á medida que este sentimento diminue, desenvolve-se naturalmente na consciencia collectiva a necessidade de adoptar normas de proceder, que por sua continuada repetição formam *costumes,* cuja observancia é mais ou menos garantida pelo receio de cahir no desagrado da opinião publica.

Assim se desenvolvem os principios moraes.

Mas a sua garantia é insufficiente, não só porque o egoismo se lhe oppõe muitas vezes, mas porque em muitas relações de interesses não é facil determinar com rigor o preceito da lei moral.

Era, pois, indispensavel traçar normas de vida social, que regulassem por uma fórma precisa todas as relações de interesses entre os homens, e que tivessem uma garantia mais segura, sendo applicadas por um orgão proprio, o *juiz*, e impostas pela força publica.

São as normas juridicas, que se distinguem das moraes, pela garantia real da coacção, exercida pelo poder politico do Estado, sempre que haja offensa dos direitos garantidos pela lei.

Mas a garantia externa da coacção refere-se apenas aos direitos subjectivos já reconhecidos pela lei, e não aos direitos reclamados pela sciencia, que ainda não obtiveram o reconhecimento legal.

Entretanto o criterio da coacção póde ainda ser adoptado, mesmo para distinguir a moral da sciencia do direito, sendo entendido no sentido de que o direito comprehende todos os principios de regulamentação social, que são ou devem ser garantidos pela auctoridade da lei.

Entre o direito e a moral ha uma relação tam intima, que de um modo geral póde dizer-se que na moral se contem todo o direito, pois mal se comprehende um systema de leis que não séja integralmente baseado em principios moraes.

A moral é o grande conjuncto de regras de conducta social, uma parte das quaes é tam necessaria e imprescindivel, que se formúla em leis de força obrigatoria, garantida pela coacção externa.

A moral é um genero, e o direito uma especie.

Em todo o caso é certo que esta coincidencia nem sempre se verifica, porque, se por um lado, muitas regras de direito são por assim dizer amoraes, nem moraes nem immoraes, por outro lado, ha muitos actos reconhecidos pelo direito, apezar de contrarios á moral, e muitos outros são prohibidos pela lei, embora sejam consentidos pela moral.

5. Divisões do direito. — A grande variedade e complexidade das relações sociaes, que o direito é chamado a regular e garantir, determina a necessidade de proceder á classificação dos phenomenos juridicos.

As divisões que se tem feito do direito podem reduzir-se a duas categorias: as divisões classicas, e as divisões modernas ou sociologicas.

As divisões classicas principaes são duas: a do direito *natural* e *positivo,* e a do direito *publico* e *privado,* com suas subdivisões.

As divisões modernas consistem em dividir o direito em tantos ramos quantos os da divisão da sociologia.

São muitas as divisões desta especie, porque muitas são as classificações das sciencias sociaes. Mas as mais interessantes, e que fazem expressa referencia á classificação do direito, são tres: a do Dr. EMYGDIO GARCIA, a de DE GREEF, e a do Dr. AFFONSO COSTA.

6. Direito natural e direito positivo. — Direito natural e direito positivo são expressões muito frequentes na linguagem da sciencia juridica, e geralmente empregadas como termos oppostos.

Mas é curioso que á noção perfeitamente nitida e determinada do direito *positivo* corresponde a maior incerteza e indeterminação do chamado direito *natural.*

O direito positivo não é outra cousa senão o direito vigente em cada país, o direito objectivo, constituido em lei pelos competentes orgãos do Estado.

Mas sobre o conceito do direito natural ha taes divergencias, que emquanto uns fallam delle para invocar os seus preceitos, outros contestam a sua existencia; ao mesmo tempo os primeiros proclamam as mais contradictorias doutrinas em nome do mesmo direito natural.

Os que contestam a existencia do direito natural affirmam que todo o direito é positivo, porque partem do principio da coacção como elemento essencial e caracteristico do direito, reconhecendo como juridicas sómente as normas declaradas pelo Estado com força obrigatoria (1).

Os que admittem o direito natural, formam delle diversos conceitos, que podem reduzir-se a tres: o conceito ideal da escola do direito natural, o conceito metaphysico dos principios superiores do direito, e o conceito moderno dos principos da justiça social.

A escola do direito natural considerava o direito como um producto abstracto da razão, admittindo

(1) GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile,* pag. 9.

acima das leis positivas a existencia de um direito ideal, constituido por um conjuncto de principios immutaveis, permanentes e universaes, especie de modelo, do qual o direito positivo é apenas uma imitação.

Para esta escola, o papel de legislador consiste, pois, em aperfeiçoar a copia, de maneira a approximá-la o mais possivel do modelo.

« O direito natural, diz um discipulo desta escola, é a collecção de regras que é de desejar ver immediatamente transformadas em leis positivas » (1).

Mas já vimos como este conceito ideal do direito cahiu perante a concepção evolucionista da escola historica.

Não foi, porém, de todo, eliminado o conceito do direito natural, porque a propria escola historica foi impugnada nos seus exageros.

O conceito do direito natural foi modificado, sendo acceite por muitos jurisconsultos no sentido de « *um pequeno numero de maximas, fundadas sobre a equidade e o bom senso, que se impõem ao legislador,* e segundo as quaes a obra legistativa poderá ser appreciada » (2).

Segundo este conceito, o direito natural não é a lei nem o ideal da lei; é a regra suprema da legislação.

O professor PLANIOL, um dos mais auctorisados representantes desta doutrina, contrapõe ao conceito ideal de OUDOT a ideia de que o direito natural se compõe de principios superiores á lei, que seria, por consequencia, inutil formular em artigos de direito positivo (3).

Esta concepção do direito natural não tem existencia real, e é incompativel com a propria noção scientifica do direito.

Vimos, com effeito, que o direito se fórma pela necessidade de regular e garantir as relações da vida

(1) OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit,* pag. 67, cit. em CAPITANT, ob. cit., pag. 9
(2) PLANIOL, I, pag. 3.
(3) PLANIOL, I, pag. 4.

social; e que só pódem considerar-se de direito os principios que são ou devem ser garantidos pela lei positiva.

Nestes termos não se comprehende que principios de direito haja tam superiores á lei, que não carecem sequer de ser formulados em direito positivo.

De resto, os partidarios deste direito natural não formulam esses principios, apezar de dizerem que são em pequeno numero; e alguns que formulam, como o direito de existencia e de liberdade, o direito de trabalho e de propriedade, estão fóra do referido conceito do direito natural, porque são expressamente consignados em artigos do direito positivo.

O conceito moderno do direito natural consiste nas ideias ou principios fundamentaes que inspiram e dirigem a organisação juridica.

E' o principio da justiça social, que não se póde formular em regras fixas, mas representa em todo o caso uma aspiração da consciencia juridica da sociedade, que se pretende realisar por meio das leis positivas.

Em summa, o direito natural é o systema de principios que deve orientar o legislador na confecção das leis destinadas a realisar o ideal de justiça proprio de cada sociedade (1).

Assim o direito natural não é nem póde ser um conjuncto de principios certos e invariaveis, que forneça por si só ao legislador as soluções positivas das leis, precisamente porque estas, devendo ter a sua origem nas necessidades proprias de cada epocha e de cada sociedade, estão sujeitas a um processo continuo de evolução, acompanhando sempre as mudanças determinadas pelas transformações sociaes, resultantes das novas necessidades e dos novos costumes.

(1) SALLEILES, *École historique et droit naturel*, na *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, pag. 81 e 82, 96 e 97; CAPITANT,

Mas em cada phase da evolução juridica ha sempre principios de justiça, que devem orientar o legislador.

São esses os principios de direito natural.

Na actual phase do direito, o primeiro principio de direito natural é disputado entre duas escolas oppostas — a individualista e a socialista.

A doutrina individualista representa a escola classica do direito natural. Partindo do principio de que o direito tem por fim regular a actividade do individuo, considera o direito individual como a fonte de todo o direito, o facto juridico primordial, anterior ao Estado, e superior á propria lei positiva; emfim, o homem, como pessoa dotada de pensar e querer, goza, por sua propria natureza, de direitos innatos, absolutos, que o direito objectivo simplesmente vem reconhecer e regular.

Por consequencia, não sendo a sociedade juridica senão o conjuncto dos direitos individuaes, o fim do direito objectivo consiste apenas em assegurar o livre exercicio dos direitos concorrentes e rivaes; é, segundo a formula de KANT, realisar a coexistencia dos direitos subjectivos, consistindo em limitar a liberdade de cada um na medida necessaria para assegurar a liberdade de todos.

A consequencia desta doutrina é a maxima restricção da esphera de acção da lei; considera, em principio, a lei um mal, porque limita o uso dos direitos; e assim o ideal de justiça seria a maxima restricção do dominio da lei, deixando á actividade individual o maximo campo de desenvolvimento.

Na doutrina individualista ha um principio verdadeiro, o da iniciativa individual, que considera o respeito da liberdade e o desenvolvimento da actividade individual como condições essenciaes da existencia da propria sociedade.

Mas a essencia da doutrina individualista, considerando o homem como a fonte primordial do direito, é

uma concepção abstracta, em absoluta contradicção com a realidade dos factos.

O direito tem o seu principio e o seu fim na sociedade.

O homem isolado, que é já de per si uma abstracção sem realidade, ainda que existisse, juridicamente não poderia existir, porque não podia gozar de direitos nem estar sujeito a obrigações.

O direito só tem razão de ser nas relações sociaes do homem.

Na determinação dos principios fundamentaes da justiça, deve, pois, tomar-se como ponto de partida a concepção social do homem.

O fim do direito será dirigir a actividade do homem nas suas relações sociaes, no sentido que fôr mais harmonico com as condicões de existencia e desenvolvimento do individuo e da sociedade.

A primeira consequencia é, ainda em harmonia com a doutrina individualista, a garantia da esphera de liberdade de cada individuo necessaria para o desenvolvimento integral da sua actividade.

Mas o principio individualista é insufficiente e perigoso, porque determinaria a eliminação dos fracos pelo triumpho oppressivo dos fortes.

A existencia da sociedade precisa do concurso solidario de todas as actividades que a compõem. E por isso não basta garantir a cada um a sua esphera de liberdade pessoal.

E' necessario, além disso, fornecer a cada individuo os meios ou elementos de vida indispensaveis para o exercicio da sua liberdade, para o desenvolvimento das suas actividades.

Emfim, é preciso que o direito attenue tanto quanto possivel a injustiça das desegualdades naturaes e sociaes, collocando os fracos em condições de poderem combater na lucta pela vida.

Os direitos subjectivos, reconhecidos ao individuo pelo direito objectivo, devem ser regulamentados, não

no interesse exclusivo do individuo, mas no interesse da sociedade; devem ser organisados socialmente, porque, na expressão de IHERING, os direitos individuaes teem um caracter social (1).

Tal é a concepção socialista dos principios fundamentaes do direito natural, a unica que tem caracter scientifico, porque traduz as necessidades sociaes e a realidade dos factos.

Resumindo, por *direito natural* deve entender-se o conjuncto de principios fundamentaes de justiça, que devem orientar o legislador, e comprehende todas as instituições juridicas reclamadas pelas necessidades sociaes, e ainda não traduzidas em leis positivas de direito objectivo.

Neste sentido, o direito natural está subordinado a uma concepção scientifica, e tem uma existencia real.

A distincção entre o direito positivo e o direito natural é quasi o mesmo que a classica distincção do direito já constituido em lei *(de jure constituto)* e do direito que representa numa dada sociedade ainda uma aspiração a converter-se em direito positivo *(de jure constituendo)*.

7. Direito publico e direito privado. Direito civil. Direito internacional. — A divisão classica mais importante do direito é em *publico* e *privado*.

Vem já do direito romano: *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*.

O criterio romano da utilidade, como base da distincção entre o direito publico e o privado, não tem valor real, porque todo o direito é ao mesmo tempo de interesse individual e social.

(1) CAPITANT, pag. 12-15.

Por isso os jurisconsultos tomaram por outro caminho, tomando por base o sujeito do direito e a natureza das relações sociaes que formam o seu objecto.

E, assim, entende-se por *direito publico* o que determina e regula a organização do Estado e as suas relações com os individuos na sua qualidade de cidadãos, isto é, de membros ou orgãos do organismo do mesmo Estado.

Direito privado é o que regula as relações sociaes dos individuos considerados como particulares, e as das entidades sociaes ou corporações quando consideradas tambem como particulares.

Com effeito, o proprio Estado, os seus differentes aggregados, como o municipio, a freguezia, e os institutos de utilidade publica, podem ser tambem considerados como particulares, sendo nesta qualidade sujeitos de direitos privados, como os individuos.

A fonte principal das relações de direito privado é o contracto; por isso essas relações, mesmo quando o Estado intervem, são relações de egualdade; e as leis que o constituem são, em grande parte, de caracter suppletivo, isto é, teem por fim interpretar e completar a vontade das partes contractantes.

Pelo contrario, no direito publico o que predomina é a auctoridade do Estado, de modo que as suas relações são, em geral, de desegualdade, porque uma das partes, ou qualquer dos seus aggregados, impõe a sua vontade.

Assim dizem alguns escriptores que, emquanto o direito privado é um *jus voluntarium*, o direito publico é um *jus necessarium*.

O direito privado é precisamente o que se chama o *direito civil*, embora seja geralmente adoptada a subdivisão do direito privado em *civil* e *commercial*.

Tanto o direito publico como o privado subdivide-se em *nacional* e *internacional*, conforme regula relações de direito que se realisam integralmente dentro de um mesmo Estado, ou relações que, pelo

seu sujeito, ou pelo seu objecto, se referem a dois ou mais Estados.

8. Critica da divisão do direito em publico e privado. — A divisão tradicional do direito tem sido impugnada com os seguintes fundamentos:

a) todo o ramo de direito é ao mesmo tempo privado e publico;

b) a distincção não póde basear-se na diversidade dos sujeitos, porque o individuo e a familia, sujeitos do direito privado, pertencem tambem ao direito publico, aquelle nas suas relações com o Estado, e esta em todas as disposições preceptivas e prohibitivas da sua constituição; o proprio Estado e as suas fracções organicas tambem pertencem ao direito privado nas relações sobre propriedade e contractos;

c) tambem não é fundamento acceitavel, como já vimos, o criterio da utilidade particular ou publica, porque sendo o Estado um organismo composto de individuos organisados em differentes aggregados sociaes (economicos, familiares, administrativos, politicos e moraes), é condição essencial da sua vida a solidariedade dos interesses, sendo, portanto, as leis uteis para o Estado ou para a sociedade uteis tambem para os individuos, e vice-versa; por isso alguns pretendem valorisar o criterio da utilidade, dizendo que o direito publico tem por fim directo e immediato o interesse publico, e só derivadamente o particular, e o direito privado tem por fim directo e principal o interesse particular, e mediatamente o interesse publico; mas ainda assim permanece a indeterminação das espheras dos dois direitos;

d) de resto, em todo o direito privado ha disposições de *interesse* e *ordem publica*, como as que regulam a organisação da propriedade e da familia, que teem por fim e fundamento a utilidade publica.

Comquanto esta critica seja bem fundamentada, é certo que a divisão póde admittir-se tomando como base ao mesmo tempo o sujeito do direito e a natureza das relações juridicas, segundo a definição indicada dos dois ramos do direito.

E ainda que por vezes alguma indeterminação se apresente para classificar certas relações juridicas, não é isso motivo bastante para abandonar uma divisão que acompanhou toda a evolução do direito.

Como diz o Dr. LARANJO, esta distincção tem uma genese historica tam larga e uma base prática tam ampla e tam util que a tornam imprescindivel. Os codigos das nações, as obras de jurisprudencia, a nomenclatura do direito, tudo está tam impregnado della, que é impossivel qualquer trabalho de sciencia juridica tornar-se intelligivel sem se lhe fazerem referencias quasi constantes (1).

9. Sub-divisões do direito publico e privado. — As sub-divisões geralmente adoptadas são: a do direito publico, por um lado, em *interno* ou *nacional* e *externo* ou *internacional,* e, por outro lado, em *politico* ou *constitucional, administrativo, penal, ecclesiastico e processual* ou simplesmente *processo;* e

a do direito privado em *nacional* e *internacional,* e em *civil* e *commercial.*

Direito politico é o que determina a organisação do Estado e regula as suas funcções superiores de direcção e coordenação de todas as actividades sociaes.

Direito administrativo é o que determina a organisação dos aggregados secundarios do Estado e o exercicio das suas funcções.

(1) Dr. LARANJO, *Principios de direito politico,* I, pag. 11. No mesmo sentido Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lic.* cit, pag. 11.

Direito penal, que deve antes chamar-se *criminal,* é o que determina os factos offensivos das condições essenciaes da ordem social *(crimes)* e os meios de defeza da sociedade, que são principalmente as *penas.*

Direito ecclesiastico é o que regula a organisação e as relações sociaes da Egreja.

Direito processual é o que regula a fórma pela qual nos tribunaes competentes se resolvem os direitos controvertidos.

Em harmonia com a doutrina italiana, julgamos preferivel substituir esta especie pelo chamado *direito judiciario,* comprehendendo não só o *processo,* mas tambem a organisação dos tribunaes, orgãos encarregados de declarar o direito nos differentes casos concretos controvertidos.

Tambem alguns escriptores modernos, como os professores franceses CAPITANT e PLANIOL, modificam a subdivisão classica do direito privado accrescentando-lhe um terceiro ramo, constituido pelo *processo civil* (1).

Acceitamos esta modificação, mas ampliada tambem ao processo commercial, porque realmente o processo do direito privado não póde pertencer ao do direito publico; é tambem direito privado.

O processo, quer de direito publico, quer de direito privado, constitue o termo de uma outra divisão tambem classica, e muito frequente na linguagem juridica.

E' a divisão geral do direito em *substantivo* e *adjectivo* ou *processo;* entendendo-se por direito substantivo o que determina os direitos e obrigações que não são do *processo.*

10. Classificações sociologicas do direito. Dr. Garcia, De Greef e Dr. Affonso Costa. As classificações sociologicas do direito são precisa-

(1) CAPITANT, pag. 19 e 20; PLANIOL, pag. 9 e 10.

mente as classificações da sociologia ou dos phenomenos sociaes, porque tomam como base a funcção propria do direito, que consiste na garantia das differentes relações sociaes.

Teem sido apresentadas muitas destas classificações, das quaes registamos as tres que nos parecem mais interessantes, a do Dr. EMYGDIO GARCIA, que foi distincto professor da nossa Universidade, a de GUILLAUME DE GREEF, eminente sociologo e professor belga, e a do Dr. AFFONSO COSTA, uma das mais legitimas glorias da nossa Universidade e do fôro português.

A classificação do Dr. GARCIA tem por objecto as diversas condições de existencia e desenvolvimento da sociedade:

a) condições de formação, constituição e renovação *(politica);*

b) condições de vitalidade ou nutrição *(economia);*

c) condições de conservação e persistencia *(administração);*

d) condições de aperfeiçoamento *(moral);* e

e) condições de garantia *(direito).*

É assim o direito divide-se naturalmente em quatro ramos: *politico, economico, administrativo* e *moralisador* ou *penal* (1).

DE GREEF, tomando por criterio de orientação o principio da hierarchia dos phenomenos sociaes, segundo a sua generalidade decrescente e a complexidade crescente, apresentou a seguinte classificação:

a) phenomenos *economicos* (a circulação, o consumo e a producção);

b) phenomenos *genesicos* (o amor, o casamento e a familia);

c) phenomenos *artisticos* (as artes industriaes e as bellas artes);

(1) Póde ver-se o desenvolvimento da classificação no folheto — *Apontamentos d'algumas lições de sciencia politica e direito politico do Sr. Dr. Garcia.*

d) phenomenos de *crenças* (religiosas, metaphysicas e positivas);

e) phenomenos *moraes* (os costumes, os habitos, a moral);

f) phenomenos *juridicos,* relativos aos differentes grupos de phenomenos sociaes; e

g) phenomenos *politicos* (politica externa e interna).

Em harmonia com esta classificação dividiu o direito em:

a) direito *economico* (commercial, industrial, agricola e predial);

b) direito *familiar* ou *genesico* (o casamento e o divorcio, a paternidade e a filiação);

c) direito *mixto* ou *successorio;*

d) direito *artistico;*

e) direito *scientifico* e *philosophico;*

f) direito *moral* e *penal;*

g) direito *administrativo* e *publico interno;*

h) direito *internacional privado;*

i) direito *publico externo* (1).

O Dr. AFFONSO COSTA divide a sociologia em abstracta e concreta, adoptando a divisão geral das sciencias de AUGUSTO COMTE.

A sociologia abstracta ou fundamental, que não é outra cousa senão a philosophia juridico-moral, é a sciencia que, pelo estudo dos principios moraes e juridicos existentes na consciencia collectiva, determina as leis que devem presidir ao desenvolvimento e transformação das sociedades humanas.

Na classificação da sociologia concreta ou applicada estabeleceu, segundo o principio comteano da hierarchia, as seguintes categorias de phenomenos sociaes:

a) os que teem a sua origem e evolução na vida do individuo — phenomenos *economicos;*

(1) DE GREEF, *Introduction à la sociologie,* I, pag. 158 e seg.; II, pag. 357.

b) os que teem a sua origem e evolução no seio da familia — phenomenos *familiares;*

c) os que teem a sua origem e evolução na vida das corporações locaes — phenomenos *administrativos;* e

d) os que teem a sua origem e evolução na vida do Estado — phenomenos *politicos.*

Ha, pois, quatro sciencias sociaes concretas:

a) a *economia,* que tem por objecto o sustento e reparação das sociedades, por meio da preparação, circulação e emprego das utilidades;

b) a *sciencia familiar,* que estuda a estructura e vida da familia;

c) a *administração,* que estuda a estructura e vida dos organismos secundarios do Estado; e

d) a *politica,* que tem por objecto a funcção de coordenação e direcção de todas as actividades sociaes, e pertence aos orgãos centraes do Estado.

Por consequencia, o direito divide-se em quatro ramos: *economico, familiar, administrativo* e *politico* (1).

11. Evolução do conceito do direito civil.

A expressão *direito civil* é a traducção do *jus civile* dos romanos.

É, pois, no direito romano que se encontra o seu primitivo sentido.

Ora o *jus civile* era para os antigos o direito proprio de um povo independente — *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id vocatur jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis* (GAIUS, *Institutiones,* I, 1).

(1) Esta classificação foi apresentada pelo Dr. AFFONSO COSTA na primeira lição do seu concurso para a Universidade, sendo depois reproduzida nas seguintes obras — *Lições de direito civil,* lithographadas, 1896, Introd., *Apontamentos das prelecções sobre sciencia economica e direito economico portuguez,* pag. 52 e seg., e *Lições de organização judiciaria,* pag. 5.

Para os romanos o direito civil era, pois, o *direito de Roma,* ou o direito dos Quirites, *jus Quiritium.*

O direito civil oppunha-se ao *jus gentium,* que comprehendia as regras communs a todos os povos, *quo omnes gentes utuntur.*

De modo que, se a expressão *direito civil* tivesse conservado a sua primitiva significação, significaria em cada país o seu direito proprio, para nós o direito português, para os franceses o direito francês, etc.

Mas não aconteceu assim.

A conceito do direito civil foi successivamente variando.

Passou primeiro a significar o direito romano; depois o direito publico e privado de cada Estado, em opposição ao direito canonico ou ecclesiastico; depois restringiu-se ao direito privado, e finalmente significa apenas o direito privado commum, isto é, o direito privado com exclusão da parte especial para o commercio (direito commercial).

Durante toda a edade media a expressão *direito civil* designou o direito romano, porque foram as collecções do *corpus juris civilis* dos romanos que serviram de fonte directa ao direito dos outros povos e aos trabalhos de todos os jurisconsultos.

E, porque o *corpus juris civilis* comprehendia tanto o direito publico como o privado, significava tambem o direito proprio do Estado em opposição ao da Egreja.

Neste sentido se encontra ainda a expressão *direito civil* nos estatutos dados á nossa Universidade pelo grande MARQUEZ DE POMBAL (liv. 2.°, cap. 2.°).

A transformação seguinte do conceito do direito civil, para passar a designar apenas o direito privado, tem uma explicação historica muito simples.

O *jus civile* comprehendia o direito publico e o privado; encontram-se nas collecções do *corpus juris civilis* muitas disposições relativas aos magistrados, aos funccionarios municipaes e muitos outros.

Mas depois da queda do imperio romano estes textos do direito publico não tiveram mais valor algum, pois que os Estados modernos passaram a governar-se por outros principios politicos; e por isso os jurisconsultos sómente iam procurar ao *corpus juris civilis* as regras do direito privado (1).

E, finalmente, como nos tempos modernos as necessidades especiaes do commercio reclamaram a constituição de um direito especial, o commercial, que se separou do direito civil, ficou este a significar simplesmente o direito privado commum ou geral.

12. O conceito actual do direito civil e o art. 3.º do nosso codigo. A separação do direito commercial. O conceito do direito civil como direito privado é consignado no art. 3.º do codigo civil:

« *Se os direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no codigo civil, excepto na parte que é regulada por lei especial.* »

Tendo em vista a noção de direito privado, conclue-se que a noção legal de direito civil, segundo o art. 3.º do nosso codigo, é equivalente.

A noção legal do direito civil abrange, pois, tambem o direito commercial, e, com effeito, as relações juridicas do commercio estão comprehendidas na definição do art. 3.º do codigo civil.

Entretanto o legislador português, seguindo aliás o exemplo dos outros países, separou do direito civil

(1) PLANIOL, 1, pag. 9 e 10; Dr. LARANJO, pag. 12, nota.

um regimen juridico especial para o commercio, organisando o codigo commercial.

De modo que para as relações juridicas do commercio ha uma lei especial, geralmente differente da lei civil, e é, portanto, indispensavel fixar o criterio distinctivo dos actos do commercio e dos da vida civil, para sabermos qual o direito applicavel nos diversos casos particulares.

Esse criterio está consignado nos dois primeiros artigos do codigo commercial: o art. 1.º declara que « *a lei commercial rege os actos de commercio, sejam ou não commerciantes as pessoas que nelles interveem* »; e o art. 2.º diz — « *Serão considerados actos de commercio todos aquelles que se acharem especialmente regulados neste codigo, e, além delles, todos os contractos e obrigações dos commerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar.* »

Vê-se, pois, que ha duas categorias de actos commerciaes:

a) os que se encontram especialmente regulados no codigo commercial, que são chamados *objectivos*, por serem commerciaes por si mesmos, independentemente das pessoas que os praticam; e

b) os que apezar de não serem especialmente regulados no codigo commercial, são considerados commerciaes, por serem praticados por commerciantes, desde que não sejam de natureza exclusivamente civil, e por isso se chamam *subjectivos*, pois que a sua commercialidade resulta da qualidade da pessoa que os pratica.

Nestas condições, o criterio prático, para verificar se um dado acto é ou não commercial, é muito simples.

Em primeiro logar averigua-se se o acto está especialmente regulado no codigo commercial; e no caso affirmativo, conclue-se logo que é commercial. E, no caso negativo, é preciso attender ás pessoas que prati-

caram o acto; se entre ellas não ha commerciante algum, o acto é civil; mas se ha algum commerciante, então o acto é commercial, se satisfizer cumulativamente a estas duas condições:

a) não ser o acto de natureza exclusivamente civil, isto é, não ser regulado exclusivamente pela lei civil; e

b) não resultar do proprio acto que elle nada tem com o exercicio do commercio (1).

13. Caracteres distinctivos e relações entre o direito civil e o commercial. A doutrina da commercialisação do direito civil. — O direito civil constitue, pela vastidão do seu objecto, o ramo mais complexo do direito.

As suas principaes instituições são: o direito de personalidade, a familia, os direitos reaes sobre as cousas, a propriedade, os contractos e as obrigações, e as successões.

Cada uma dellas só de per si constitue um grande capitulo da sciencia do direito.

Da sua complexidade resulta que a sua evolução se faz muito lentamente, de modo que, nas suas linhas geraes, as regras juridicas do direito civil moderno reproduzem ainda, em grande parte, as velhas fórmulas do direito romano.

O formalismo do antigo direito, determinado por velhos preconceitos, revive ainda hoje nos codigos civis.

A' complexidade objectiva ou material do direito civil junta-se a sua complexidade formal.

Da mesma complexidade resultou naturalmente, pela diversidade de costumes e necessidades de povo para povo, que o direito civil apresenta modalidades muito differentes de país para país.

(1) Para maior desenvolvimento desta doutrina, póde ver-se o nosso artigo sobre *a determinação dos actos de commercio,* no n.º 7 *dos Estudos Juridicos.*

Complexidade, immobilidade e *differenciação* são, pois, os caracteres geraes distinctivos do direito civil, ao contrario dos do direito commercial, que são a *universalidade,* a *unidade* e a *simplicidade.*

O caracter universal e cosmopolita do commercio attribuiu naturalmente ao direito mercantil a mesma facilidade de adaptação a todos os povos, apezar das profundas differenças de costumes e de leis que constituem o seu organismo social e juridico.

O commercio, tendo por funcção primaria e principal collocar as utilidades ao alcance da satisfação das necessidades humanas, nasceu e desenvolveu-se em todas as partes do mundo sob o imperio das mesmas necessidades, revestindo approximadamente as mesmas fórmas nos seus processos e nas suas operações.

Por isso se diz justamente que o direito commercial é *universal* e *cosmopolita.*

E dahi a natural tendencia para a sua unificação universal, tendencia que se manifesta claramente na identidade dum grande numero de preceitos, que se encontram nos codigos e leis commerciaes dos differentes países, e na semelhança de quasi todas as instituições mercantis, regulamentadas pelo direito commercial moderno.

E pois que o commercio é fundamentalmente identico em todos os povos, a *tendencia unitaria* do direito commercial não só tem realidade nas instituições mercantis, mas constitue uma aspiração scientifica, proclamada pelos mais notaveis commercialistas, tanto em seus escriptos, como nas discussões dos congressos internacionaes.

Da natureza economica do commercio resulta ainda para o direito commercial um outro caracter especifico, que importa assignalar. E' a necessaria *simplicidade* das suas fórmas juridicas.

Se o commercio tem por funcção economica principal facilitar a circulação da riqueza, é evidente que

todos os obstaculos ou demoras, que se opponham ao rapido exercicio das suas operações, são contrarios ao desenvolvimento do commercio, e, portanto, ao espirito do direito mercantil.

Se em toda a industria é uma verdade o proverbio inglês « *time is money* », é-o mais no commercio do que em qualquer outra, pois que a celeridade e a actividade nas transacções suppre muitas vezes a deficiencia do capital.

Por isso mesmo, e para que seja efficazmente garantido o credito, justamente considerado a alma do commercio, é indispensavel que o direito commercial assegure, por suas leis, o rigoroso cumprimento das obrigações e a rapidez dos processos commerciaes perante os respectivos tribunaes de justiça.

Assim se justifica a simplicidade das fórmas do processo commercial bem como dos contractos e titulos de credito da vida mercantil (1).

Mas o direito civil tem com o commercial as mais proximas relações.

E tão intimas ellas são que muitos dos mais eminentes commercialistas propugnam com enthúsiasmo a fusão dos codigos civil e commercial.

A familia, a propriedade, os contractos e obrigações são os eixos sobre que gira todo o direito civil, e

(1) Para se fazer uma ideia concreta desta simplicidade, basta confrontar as fórmas juridicas dalguns contractos communs ao direito civil e ao commercial.

Assim, segundo o Codigo Civil (art. 1534.º), o mutuo de quantia excedente a duzentos mil réis só póde ser provado por escripto, assignado pelo proprio mutuario ou reconhecido como authentico; e se exceder a quatrocentos mil réis, só póde provar-se por escriptura publica; emquanto que o emprestimo mercantil entre commerciantes, seja qual fôr o seu valor, admitte todo o genero de prova (Cod. Com., art. 396.º).

O contracto civil de penhor só póde produzir os seus effeitos, com relação a terceiros, pela entrega da cousa empenhada, e existindo o respectivo acto authentico ou authenticado donde conste a somma devida, a especie e natureza do objecto do penhor (Cod Civ., art 858.º); porem, o penhor mercantil entre commerciantes, ainda por quantia excedente a duzentos mil réis, para produzir effeitos para com terceiros, basta que se prove por escripto (Cod. Com., art. 400.º).

todas estas instituições prestam ao direito commercial elementos importantissimos para o seu desenvolvimento.

A capacidade para contractar no commercio é a mesma que no direito civil, e tanto num como no outro depende intimamente da constituição juridica da familia. As limitações impostas á mulher casada para exercer o commercio teem o seu fundamento no direito familiar, assim como as condições em que o menor póde continuar o exercicio da industria commercial legada por seus paes ou por qualquer outra pessoa. - O mesmo fundamento tem a necessidade de inscrever no registo commercial as escripturas antenupciaes dos commerciantes, para que os bens das suas mulheres escapem ao desastre da sua fallencia.

Quanto á propriedade basta notar que tanto as cousas moveis como as immoveis são objecto proprio do direito civil e do commercial, comquanto deste o sejam mais as primeiras do que as segundas.

De resto, em materia de obrigações, tanto um como outro são de natureza eminentemente contractual, sendo identicos os principios juridicos fundamentaes.

A separação do direito commercial do civil não tem fundamento scientifico, e além disso tem inconvenientes praticos.

Por isso a refundição dos dois ramos do direito privado tem sido nos ultimos tempos defendida por muitos dos mais distinctos escriptores, sobretudo na Italia.

E porque as necessidades da vida contemporanea exigem a reforma do direito civil, no sentido de se lhe adaptar as instituições do direito commercial, na parte applicavel, tem-se dado a esta tendencia o nome de *commercialisação do direito civil*.

14. Elementos constituitivos do direito subjectivo. A capacidade ou personalidade

juridica. — O direito subjectivo, sendo, como dissémos, o interesse garantido pelo direito objectivo (lei), ou, como dizem outros, o poder juridico de querer ou de proceder em relação a um fim (interesse), é essencialmente constituido por tres elementos: *sujeito, objecto* e *garantia.*

O sujeito do direito é a pessoa a quem pertence o interesse juridico, a quem é reconhecida a faculdade ou o poder juridico relativo a um certo fim.

Mas, como ao direito corresponde sempre a obrigação, tambem se considera como *sujeito passivo* daquelle a pessoa sobre quem esta recahe.

A qualidade que o homem tem de ser sujeito de direitos e obrigações é o que se chama a *capacidade juridica* ou a *personalidade.*

Por isso ao homem, sujeito juridico, se dá tambem o nome de *pessoa.* Mas nem só o homem é pessoa, como parece dar a entender o art. 1.º do codigo civil, dizendo: « Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. N'isto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade. »

O codigo tambem admitte, e com elle todas as legislações, a personalidade de muitas entidades sociaes, como o Estado, o municipio, a parochia, a Egreja, as misericordias, e, em geral, todas as associações ou corporações legalmente constituidas (artt. 32.º, 33.º, 37.º).

Ha, pois, duas especies de pessoas: as individuaes, chamadas *physicas* ou *reaes*, e as collectivas, chamadas *juridicas, moraes, mysticas* ou *ficticias* (1).

A disposição do art. 1.º do Codigo quiz significar talvez que os animaes não são sujeitos de direitos,

(1) A palavra *pessoa,* que vem do latim *persona*, significava primitivamente a máscara de que os actores se serviam no palco, e que, no dizer de Aulio Gellio, servia para reforçar a voz; depois passou a significar o proprio papel ou funcção que o actor desempenhava, talvez porque na máscara se representava o personagem, que o actor encarnava. Os jurisconsultos romanos empregaram-na para significar a funcção que o individuo representava na sociedade, ou o proprio individuo no exercicio dessa funcção.

embora haja leis de policia destinadas a protege-los contra o tratamento selvagem da parte do homem.

Mas esse principio é tam evidente que não precisa de ser formulado em lei.

Antigamente nem todos os homens eram *pessoas,* porque a instituição da escravatura não reconhecia direitos aos escravos.

No direito moderno todos os individos, sem distincção de sexo, nem de edade, nem de posição social, gozam de personalidade juridica.

Mas é necessario distinguir a *capacidade de direito,* de simples *gozo,* ou *abstracta,* da *capacidade de facto,* de *exercicio,* ou *concreta.*

Todos os individuos são sujeitos de direitos, mas não os podem exercer pessoalmente aquelles que, por sua edade ou estado mental, não se encontram realmente nas necessarias condições de capacidade de facto.

São os incapazes; e a sua *incapacidade* é declarada e regulada pela lei no proprio interesse juridico dos mesmos incapazes.

A incapacidade é, pois, a falta das condições necessarias para o exercicio dos proprios direitos.

E' *geral* ou *especial,* conforme se refere á generalidade dos direitos, ou só a certos e determinados actos juridicos.

15. Objecto dos direitos — as cousas. Noção de bens e de patrimonio. — O objecto do direito é o proprio interesse ou faculdade em que elle consiste; e resolve-se naturalmente em cousas materiaes, ou em actos ou serviços, prestados por alguem ao sujeito activo do direito.

Para simplificar a noção juridica do objecto dos direitos, consideram-se como *cousas* tanto os seres materiaes como os serviços que o constituem, dividindo-se, como veremos adeante, em *corporeas* e *incorporeas.*

E assim os proprios direitos subjectivos são considerados como cousas, sendo assim representados pelo seu proprio objecto.

As cousas, consideradas como objecto dos direitos, são de diversas especies, que fazem variar muito a sua situação juridica.

A divisão mais importante das cousas é em *moveis* e *immoveis* (cod. civ., art. 373.º); e tam importante, que convem desde já tomar conhecimento della.

Cousas *moveis* são as que podem deslocar-se de um para outro logar sem modificar essencialmente a sua natureza.

Cousas *immoveis* são as que não podem deslocar-se, porque, pelo seu proprio modo de ser, têem uma situação fixa; taes são o terreno ou *predios rusticos*, e as casas ou *predios urbanos* (cod. civ., art. 374.º).

A principal importancia juridica desta classificação consiste em que os legisladores, reconhecendo mais valor ás cousas immoveis, cercaram-nas sempre de mais solidas garantias.

Mas, porque, ao lado dos predios rusticos e urbanos, ha cousas tam importantes como estas, admittiu-se mais uma categoria artificial de cousas immoveis, que por isso se chamam *immoveis por disposição da lei*, como são as partes integrantes dos predios rusticos ou urbanos, os direitos inherentes a estes, e certos titulos da divida publica consolidada (cod. civ., art. 375.º), empregando-se para designar todas estas categorias a expressão *cousas immobiliarias* (art. 377.º).

Tambem os direitos inherentes ás cousas moveis, visto que por sua natureza não são moveis nem immoveis, se chamam *moveis por disposição da lei* (art. 376.º), empregando-se a expressão *cousas mobiliarias* para designar estes direitos e as cousas moveis por sua natureza (art. 377.º, § un.).

As cousas ou direitos que pertencem a uma pessoa, e que podem reduzir-se a um valor economico, são os seus *bens* ou o seu *patrimonio*.

Deve, porém, notar-se que o patrimonio, no seu rigoroso sentido juridico, abrange tambem as dividas ou obrigações.

O patrimonio é o conjuncto de relações de direito, apreciaveis em dinheiro, que tem por sujeito activo ou passivo a mesma pessoa.

No patrimonio ha, ou póde haver, duas partes: a parte activa, formada pelos bens, e a passiva pelas dividas.

Ficam, pois, fóra do patrimonio os direitos que não teem um caracter pecuniario, como os direitos de familia e os direitos politicos.

« O patrimonio representa uma universalidade juridica independente dos elementos que o compõem. As modificações que se produzem no numero destes elementos, as fluctuações que augmentam ou reduzem o passivo ou o activo não alteram o caracter desta universalidade, e não a impedem de subsistir como entidade distincta. Os direitos que constituem o patrimonio podem extinguir-se e ser substituidos por outros, as dividas podem egualmente desapparecer e dar logar a novas dividas; póde mesmo acontecer que a somma das obrigações exceda o valor da somma dos bens, que o passivo seja superior ao activo; todas estas transformações não modificam a unidade é a existencia do patrimonio » (1).

O conceito juridico do patrimonio, como conjuncto de bens e de obrigações pertencentes a cada pessoa, tem certa importancia, porque dá logar á divisão dos direitos em meramente *pessoaes* e *patrimoniaes*, sendo apenas estes que servem de garantia aos credores, e que se transmittem por morte do respectivo titular aos seus successores.

16. A garantia effectiva do direito. A defeza pessoal e a acção judiciaria. — Os

(1) CAPITANT, pag. 229.

differentes direitos, que constituem a personalidade juridica, deixariam de ter existencia real, se não contivessem em si mesmos, como elemento integrador, o poder de realisação, a força de se tornarem effectivos, ou seja, a capacidade de defeza contra qualquer ameaça ou violação.

A garantia ou defeza do direito póde ser individual, exercida pelo proprio titular do direito offendido *(vindicta privada);* e, com effeito, nas sociedades rudimentares assim acontece frequentemente.

Mas o systema da defeza pessoal torna-se incompativel com o proprio desenvolvimento do direito, sobrepondo a este o poder material da força, e fomentando a desordem e a anarchia em vez da ordem e da justiça.

Por isso, a garantia effectiva do direito se organisou como uma funcção da propria sociedade, instituindo-se orgãos proprios para a decretar *(tribunaes),* e fixando-se as regras e fórmas, pelas quaes os interessados a devem reclamar, e ella lhes deve ser prestada *(processo).*

A garantia ou defeza judiciaria do direito é o que se chama a *acção,* chamando-se *auctor* ao titular do direito offendido, quando recorre ao tribunal para obter a referida garantia, e *réo* a pessoa contra a qual é instaurada a acção.

O nosso codigo civil consignou esta doutrina nos quatro ultimos artigos (2535.º-2538.º) (1).

Mas, como em muitos casos póde acontecer que ao interessado não seja possivel reclamar a tempo a

(1) « Art. 2535.º Ninguem é auctorisado a fazer-se restituir ao exercicio dos seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei.

« Art. 2536.º A lei estatue, por quaes meios os lesados ou ameaçados nos seus direitos podem ser restituidos, indemnisados ou assegurados na fruição d'elles.

« Art. 2537.º Estes meios são os juizos e as acções.

« Art. 2538.º A organisação e a jurisdicção dos juizos são reguladas por leis especiaes. As regras relativas ás acções pertencem ao codigo de processo. »

acção judiciaria, e muito menos recorrer á auctoridade publica, para defender os seus direitos, a lei não podia deixar de reconhecer excepcionalmente, para esses casos, ao individuo o *direito de defeza pessoal.*

E' assim que, nos artt. 486.º, 2354.º e 2367.º-2370.º o codigo civil faz applicação desta doutrina, permittindo ao individuo offendido nos seus direitos usar da propria força para repellir a offensa, quando lhe não seja possivel recorrer á auctoridade publica, com a condição, porém, de não exceder os limites da justa defeza.

Tambem o codigo penal, no n.º 5.º do art. 44.º considera a *legitima defeza* como circunstancia dirimente da responsabilidade criminal, determinando no art. 46.º os requisitos essenciaes para que a defeza pessoal se considere legitima.

17. Natureza juridica da acção. — A acção é, pois, a garantia do direito por meio dos tribunaes.

E, como já se dizia nas *Instituições* do direito romano, o *jus persequendi in judicio quod sibi debetur.*

Mas nem todos os jurisconsultos concordam com este conceito da acção como um *direito,* sustentando alguns que ella é simplesmente um *meio.*

Esta divergencia, que foi muito debatida entre os escriptores franceses, foi entre nós objecto de viva discussão nos trabalhos preparatorios do codigo civil.

O eminente jurisconsulto Visconde de Seabra, que foi o auctor do codigo civil, partindo do principio que a acção, além de meio, é tambem um direito, incluia já no ultimo titulo daquelle codigo muitas regras relativas ás acções.

Mas a commissão revisora do codigo, considerando a acção como um simples meio de garantir os direitos, resolveu, eliminar esta materia, entendendo que ella devia constituir a parte geral do codigo de processo.

A questão não póde ter outro valor prático senão este da sua collocação legal, o que aliás é de nenhuma importancia real.

Entretanto, é certo que da propria razão de ser do phenomeno juridico, que se chama *acção,* resulta que esta é um direito.

Mas entre os jurisconsultos, que acceitam este conceito, levanta-se ainda divergencia sobre a natureza deste direito.

Sustentam uns que a acção-direito não é outra cousa senão o mesmo direito reclamado nos tribunaes, o direito no estado de lucta.

Mas entendem outros que é um direito perfeitamente distincto.

Esta doutrina, que distingue a acção do direito que ella deve garantir, divide os direitos em duas categorias: *geradores,* os que a lei reconhece em primeiro logar, e *sanccionadores* (acções), os que teem por fim fazer valer aquelles.

Segundo esta doutrina, a acção é um direito tam distincto, independente do direito gerador, que ha direitos sem acção, e a acção póde existir sem direito gerador.

Como exemplo typico de direito gerador sem acção apresenta-se o das dividas de jogo (cod. civ., art. 1542.º), que não podem ser exigidas judicialmente, havendo todavia direito gerador, porque o jogador, embora tenha pago indevidamente o que perdeu, não póde exigir a restituição do que assim pagou; de modo que o credor-jogador tem direito a receber a divida do jogo, embora não possa exigí-la.

A verdade, porém, é que não ha aqui direito algum; o que ha é apenas um facto consummado, que a lei não annulla, precisamente porque não quer reconhecer dividas fundadas no jogo.

Como exemplo de direito sem acção, apresenta-se tambem o do credor que deixou prescrever a divida. O credor que durante vinte ou trinta annos, conforme

o devedor está em boa ou má fé, não exige delle o pagamento da divida, não póde mais exigí-lo; a sua acção é paralysada pela prescripção extinctiva (cod. civ., art. 535.º).

O direito do credor, diz CAPITANT, sobrevive, mas no estado de direito imperfeito, porque é privado da sua principal vantagem; em tal caso, diz-se que a obrigação é *natural,* porque o devedor não póde ser coagido a pagar; mas se lhe repugna allegar a prescripção, e, com effeito, a não allega, então é obrigado a pagar, porque o juiz só pode conhecer della por virtude de reclamação do interessado (cod. civ., art. 515.º) (1).

Mas, em primeiro logar, não é exacto que neste exemplo haja direito sem acção; o contrario é que poderia dizer-se, isto é, que neste caso ha acção sem direito, porque não póde contestar-se ao credor o direito de demandar judicialmente o devedor; a prescripção não paralysa a acção senão pelo facto de se ter extinguido a obrigação do devedor, ou, o que é o mesmo, o direito do credor.

De resto, a verdade é que o direito subsiste, mesmo depois do prazo da prescripção, embora seja um direito imperfeito ou resoluvel, isto é, dependente da condição de o devedor não se prevalecer do beneficio da prescripção.

Até este momento existe, pois, o direito, e, com elle, a respectiva acção; e esta é, com effeito, paralysada pelo facto de o devedor allegar a prescripção, se esta se verificar.

Portanto, ainda neste caso a acção está essencial e indissoluvelmente ligada ao direito.

O unico argumento que, em nosso entender, póde invocar-se para dizer que a acção é um direito independente do direito subjectivo, que é o seu objecto, é que todo o individuo póde propor nos

(1) CAPITANT, pag. 88 e nota (2).

tribunaes as acções que quizer, ainda que realmente sejam inexistentes os direitos que reclama.

Mas ainda assim mesmo se não prova a independencia da acção, porque em tal caso existe, de facto, a acção material, o processo judiciario, mas não existe a acção-direito, porque não ha direito a garantir, e o resultado final será necessariamente a declaração de inexistencia da acção.

Por outras palavras: a acção será julgada improcedente e não provada, como se diz na linguagem do fôro.

A acção não é, pois, senão uma qualidade ou um elemento intrinseco do direito subjectivo (1).

18. Classificação dos direitos subjectivos.

Os direitos subjectivos estão naturalmente subordinados á mesma divisão do direito objectivo (direitos politicos, administrativos, penaes, ecclesiasticos, judiciarios, civis e commerciaes).

Mas, para o nosso estudo, o que nos importa é a divisão geral em *publicos* ou *politicos* e *privados* ou *civis*.

A difficuldade em precisar os termos desta divisão é precisamente a mesma que se dá na distincção classica dos dois ramos do direito objectivo.

Os escriptores caracterisam-nos por diversos modos.

Uns entendem por direitos *publicos* ou *politicos* os que fazem participar o individuo no governo do seu país, como o direito de voto, de ser jurado, de exercer uma funcção publica, etc.; estes direitos não pertencem a todos os individuos, mas pertencem a todos que se encontrarem nas condições de os exercer, nos termos das leis politicas e administrativas.

(1) No mesmo sentido se pronuncia o Dr. ALBERTO DOS REIS, nas suas *Lições de Theoria do Processo*, 1904, pag. 68 e 69.

Os direitos *privados* ou *civis* são os que constituem a esphera de actividade garantida ao individuo; ao contrario dos primeiros, pertencem a toda a gente, porque a existencia do individuo só é possivel com a garantia de certos direitos indispensaveis, direitos de fazer respeitar a sua pessoa, a sua liberdade, de comprar, de vender, de ser proprietario, etc.

E' que um homem póde viver sem direitos politicos, mas não sem direitos civis (1).

Esta distincção tem o inconveniente de considerar como privados certos direitos, que são essencialmente publicos, como os direitos fundamentaes da personalidade humana, o direito de existencia e o de liberdade.

Por isso os proprios representantes da divisão admittem na classificação dos direitos civis um grupo á parte, a que dão mesmo o nome de *direitos publicos*, resultando assim a contradicção de admittir direitos privados publicos.

Outros escriptores distinguem os direitos publicos e privados pelo criterio do seu sujeito, conforme pertencem ao Estado ou a qualquer dos seus orgãos, incluindo o individuo, considerados no seu modo de ser politico, ou a qualquer destas entidades considerada como particular.

E' o que CHIRONI e ABELLO exprimem por esta fórma: « O direito *publico* exprime o poder do *associado* como tal, e o *privado* o poder do associado como *individuo* que procura o seu interesse particular » (2).

Esta distincção é a que corresponde á do direito objectivo em publico e privado, nos termos em que a definimos.

Só tem o inconveniente pratico resultante de ser por vezes difficil decidir quando é que o sujeito do direito funcciona como orgão do Estado, e quando como simples particular.

(1) CAPITANT, pag. 76.
(2) CHIRONI e ABELLO, pag. 113.

19. Divisões meramente formaes ou empiricas dos direitos subjectivos. — Uma dessas divisões, a que já fizemos referencia (supra n.º 17) é a dos direitos *geradores* e *sanccionadores*.

Outra é fundada na obrigação correspondente ao direito.

Se a obrigação recahe sobre toda a gente, e existe pelo simples facto de a pessoa possuir o respectivo direito, este diz-se *absoluto*.

Taes são os direitos fundamentaes da personalidade, e os direitos reaes, que consistem no poder directo e immediato sobre uma cousa, como o direito de propriedade.

A estes direitos corresponde a obrigação negativa geral de os não lesar, sob pena de ser o offensor obrigado á indemnisação do damno causado.

São, pelo contrario, direitos *relativos* aquelles a que corresponde uma obrigação pessoal, que recahe apenas sobre pessoas determinadas, e que póde ser negativa ou positiva, isto é, consistir em não fazer certa cousa ou em prestar certa cousa ou facto.

Taes são os direitos de credito, chamados tambem de *obrigação* ou *pessoaes*, como veremos.

Tambem os direitos se dividem em *affirmativos* ou *negativos*, conforme consistem em poder ou não poder fazer certa cousa; quer dizer: são affirmativos os direitos que auctorisam o sujeito a uma acção positiva; e negativos os que lhe permittem omittir qualquer cousa, que elle seria obrigado a fazer, se prescindisse desse direito (1).

20. Classificação legal dos direitos civis. Direitos originarios e adquiridos. — O nosso

(1) CHIRONI e ABELLO, pag. 114 e 115.

codigo, fazendo a classificação dos direitos civis, tomando por base a origem ou titulo em que os mesmos se fundam, dividiu-os em *originarios* e *adquiridos*.

A doutrina fundamental desta divisão encontra-se no art. 4.º:

« Estes direitos e obrigações derivam:

« 1.º *Da propria natureza do homem;*

« 2.º *De facto e vontade propria, independentemeute da cooperação de outrem;*

« 3.º *De facto e vontade propria e de outrem conjunctamente;*

« 4.º *De mero facto e vontade de outrem;*

« 5.º *Da mera disposição da lei.* »

Em harmonia com estes principios, que são de caracter doutrinal, e por isso não teem logar proprio numa lei positiva, o codigo trata na segunda parte *(Da acquisição dos direitos)* dos direitos *originarios* e dos que se *adquirem* pelos differentes modos ou titulos mencionados no art. 4.º

Os direitos originarios são definidos no art. 359.º:

« *Dizem-se direitos originarios os que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros.* »

Não define o codigo expressamente o que sejam direitos adquiridos; mas resulta claramente da sua doutrina que são *os resultantes de um facto praticado pelo sujeito delles ou por um terceiro.*

Vê-se, pois, que o auctor do codigo, nesta materia, não fez mais do que reproduzir no codigo a velha distincção dos direitos, segundo a escola do direito natural, em *absolutos, primitivos, naturaes* ou *originarios*, e *relativos, derivados, secundarios, condicionaes, hypotheticos* ou *adquiridos*.

Esta distincção dos direitos póde dizer-se hoje completamente abandonada pela sciencia juridica, porque a verdade é que não ha direitos originarios; todos são adquiridos, porque todos resultam de facto e vontade dos homens.

Os chamados direitos originarios não são uma simples e necessaria resultante da natureza humana, mas sim do facto da constituição e vida da sociedade.

E tanto assim é que nem sempre foram reconhecidos e garantidos *(escravatura)*.

Neste ponto a escola historica venceu de vez a escola do direito natural.

21. Classificação e caracteres dos direitos originarios. — Não se contentou o auctor do codigo em definir os chamados direitos originarios.

Classificou-os, definiu as suas especies, e fixou os seus caracteres fundamentaes, nos artt. 359.º-368.º

Se attendermos ao caracter doutrinal da materia, e a que no campo da propria doutrina do direito natural havia divergencias importantes, não se póde deixar de reconhecer que ella não devia ter sido consignada no codigo.

Mas esta opinião não vingou nos trabalhos da commissão revisora, porque, diz-se, o auctor do codigo tinha tanto amor á sua theoria dos direitos naturaes, que, se ella fosse retirada, abandonaria os trabalhos da revisão.

E pois que no codigo se encontram os direitos originarios, necessario é que delles façamos uma ligeira analyse.

De resto, a classificação é admissivel no sentido de considerar os chamados direitos originarios como os *direitos fundamentaes* da personalidade, e os adquiridos como direitos *secundarios*, que não são mais do que manifestações dos direitos fundamentaes.

Os direitos fundamentaes são classificados pelo art. 359.º em cinco especies:

« 1.º *O direito de existencia;*
« 2.º *O direito de liberdade;*
« 3.º *O direito de associação;*
« 4.º *O direito de apropriação;*
« 5.º *O direito de defeza.* »

O direito de existencia é definido no art. 360.º:

« *O direito de existencia não só comprehende a vida e integridade pessoal do homem, mas tambem o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral.* »

A sancção ou garantia do art. 360.º encontra-se não só nas disposições do codigo penal, onde são incriminadas e punidas as offensas contra as pessoas (homicidio, ferimentos, ameaças), e tambem contra a sua honra e reputação, constituindo os crimes de injuria, diffamação e calumnia, mas tambem no proprio codigo civil (artt. 2367.º e segs.), onde se determina a responsabilidade dos que offendem outrem por meio de factos criminosos.

O direito de liberdade é definido no art. 361.º:

« *O direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção.* »

As tres manifestações do direito de liberdade são reguladas pelos artt. 362.º-364.º:

« *Art. 362.º O pensamento do homem é inviolavel.* »

« *Art. 363.º O direito de expressão é livre, como o pensamento; mas o que d'elle abusar, em prejuizo da sociedade ou de outrem, será responsavel na conformidade das leis.* »

« *Art. 364.º O direito de acção consiste na faculdade de praticar livremente quaesquer actos; mas o que d'elle abusar, attentando contra os direitos de outrem ou da sociedade, será responsavel nos termos das leis.* »

Só o pensamento é absolutamente livre, como facto psychologico que é, e independente do direito, emquanto se não traduz em manifestações exteriores.

Mas logo que se exteriorisa, fica sob a acção do direito, tendo até uma importancia capital, tanto no direito civil, onde a *intenção* das partes é geralmente a lei dos contractos e subordina os effeitos do testamento, como no direito criminal, onde a falta de

intenção criminosa é circunstancia dirimente de responsabilidade (1).

As outras duas manifestações do direito de liberdade soffrem as restricções impostas pelas condições da vida e da ordem social, para que os seus abusos não offendam os direitos do individuo ou da sociedade.

São as limitações impostas pela solidariedade dos differentes elementos da vida social.

Mas acontece muitas vezes que a auctoridade do Estado, por intermedio do orgão legislativo, impõe taes restricções ao exercicio do direito de liberdade, que em muitas das suas manifestações chegam a ser a negação do proprio direito.

E' o que acontece precisamente com a lei de imprensa (de 7 de julho de 1898), que regula o exercicio do direito de expressão do pensamento.

O direito de associação é definido no art. 365.º:

« *O direito de associação consiste na faculdade de pôr em commum os meios ou esforços individuaes, para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade.* »

O direito de associação é uma consequencia necessaria da lei da sociabilidade.

O espirito da associação obedece em todas as manifestações da sua vida á acção de duas forças simultaneas: a tendencia psychologica para o convivio em sociedade, determinada pela insufficiencia das faculdades do individuo, por um lado; e, por outro lado, a vantagem que resulta do principio mechanico da somma ou composição de forças, segundo o qual o effeito da resultante é maior do que a somma arithmetica dos effeitos das singulares componentes.

Da combinação da sociabilidade com o principio mechanico da associação resulta a necessidade e a

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Lições de Direito Civil Português*, pag. 10.

vantagem constante da formação dos aggregados sociaes.

Por isso a associação, sendo uma necessidade organica e essencial da vida humana, constitue um dos direitos fundamentaes da personalidade.

Mas, como os outros direitos, tem de soffrer as limitações impostas pelos outros direitos individuaes e sociaes.

O direito de apropriação é definido no art. 366.º:

« *O direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que fôr conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da propria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade.*

« § *unico. O direito civil só reconhece a apropriação, quando é feita por titulo ou modo legitimo.* »

« Reconhecidos como essenciaes á existencia do homem na sociedade os direitos de integridade physica e moral, e o de liberdade, o *direito de apropriação* não podia deixar de apparecer desde logo no quadro das relações juridicas de qualquer povo, como sua logica e necessaria consequencia. O livre exercicio das faculdades humanas (art. 361.º), dirigidas no sentido de procurar no meio biologico e social os elementos necessarios á conservação da existencia, e ao melhoramento da propria condição, é um dos primeiros factos que se acolhem á tutela do direito nas sociedades embryonarias, porque corresponde a necessidades fundamentaes da vida. Negar o direito de apropriação, seria negar o direito de existencia, porque o homem para viver carece de procurar fóra de si certas utilidades, que por vezes só póde alcançar mediante o proprio trabalho. » (1).

O exercicio do direito de apropriação dá origem á *propriedade*, que o nosso codigo define *a faculdade, que o homem tem, de applicar á conservação da sua*

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç.* cit., pag. 12.

existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, póde dispôr livremente (art. 2167.º).

O fundamento juridico da propriedade é definido por PUGLIA nos seguintes termos:

« Reconhecido o direito de liberdade *psyco-organica, e o direito de trabalho,* é consequencia logica o reconhecimento do *direito de propriedade,* isto é, do direito de possuir as cousas alcançadas pelo exercicio daquelles direitos, e dispôr dellas livremente, sem offensa dos direitos doutrem, ou melhor, nos limites determinados pelas necessidades do convivio social. O direito de propriedade individual não póde, consequentemente, ser posto em duvida, a não ser que se queira destruir o verdadeiro conceito da personalidade juridica, negando a legitimidade do exercicio de algumas importantissimas funcções da actividade psyco-organica. O que póde, todavia, discutir-se é o modo como deve ser regulado o exercicio daquelle direito, de maneira que os interesses de alguns não prevaleçam sobre o interesse da collectividade com gravo damno dos outros » (1).

Reconhecendo a necessidade de fixar legalmente os limites daquelle direito, o nosso cod. civ. começa por desde logo recusar a protecção da lei aos actos de apropriação, que não tenham sido feitos por *titulo* ou *modo* legitimo *(§ un. do art. 366.º),* entendendo-se por *titulo* o fundamento justificativo da adquisição, e por *modo* a fórma da adquisição, ou a tomada da posse (2).

O direito de defeza é definido no art. 367.º:

« *O direito de defeza consiste na faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes ou adquiridos.* »

Já vimos (n.º 16) como este direito póde ser exercido, e como elle é mesmo um elemento essencialmente constituitivo de todo o direito.

(1) PUGLIA, *Rivista di Filosofia Scientifica,* VI, 372-373.
(2) Dr. DIAS FERREIRA, *Cod. Civ. Port.* (2.ª ediç.), I, 275.

Finalmente o art. 368.º determina os caracteres principaes dos direitos originarios:

« *Os direitos originarios são inalienaveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação delles produz a obrigação de reparar a offensa.* »

22. Classificação doutrinal e objectiva dos direitos civis. — O nosso codigo não faz a classificação dos chamados direitos adquiridos, que são os direitos civis propriamente ditos, limitando-se a classificar os factos que lhes servem de fonte ou origem, segundo a doutrina consignada no art. 4.º, e desenvolvida na segunda parte, e que são: a *occupação,* a *posse,* a *prescripção,* o *trabalho,* os *contractos,* a *gestão de negocios* e as *successões.*

Entretanto, é muito conveniente fazer uma classificação dos direitos civis, em relação ao seu proprio objecto, porque só assim se póde formar delles um conhecimento verdadeiramente scientifico.

Essa classificação encontra-se, com algumas variantes, na doutrina dos jurisconsultos, sendo a sua divisão principal, a dos direitos *reaes* e *pessoaes* ou *de credito,* estabelecida já pelos jurisconsultos romanos.

As principaes divisões objectivas dos direitos civis são tres: a divisão geral dos direitos em *direitos da personalidade* ou meramente *pessoaes* e direitos *patrimoniaes,* com a subdivisão destes em *reaes e de credito;* a divisão, adoptada por alguns escriptores franceses (CAPITANT), que só differe desta em estabelecer dois grupos em vez do primeiro — os direitos fundamentaes da personalidade, chamados *publicos, naturaes* ou *direitos do homem,* e os da *familia;* e, por fim, a classificação germanica, que estabelece quatro grupos — os *direitos das obrigações,* os *direitos reaes sobre as cousas,* os *de familia* e *as successões.*

Os direitos meramente *pessoaes* são os que teem por objecto qualidades da pessoa irreductiveis a um valor pecuniario.

Duma maneira geral póde dizer-se que nelles se comprehendem os direitos de *familia;* mas é certo que alguns destes direitos, como o de successão e o de alimentos, teem objecto de valor economico.

E' por isso que alguns escriptores, como CAPITANT, estabelecem as duas categorias — *publicos* e *de familia* — em vez dos meramente *pessoaes* (1).

23. Direitos reaes e pessoaes ou de credito. — A parte mais importante das duas primeiras classificações é a subdivisão dos direitos patrimoniaes em *reaes* e *pessoaes* ou *de credito,* que constitue os dois primeiros termos da classificação germanica.

Os direitos do patrimonio teem por objecto, quer as cousas do mundo physico, quer os actos dos homens reductiveis a um valor pecuniario.

O poder que nos confere um direito patrimonial póde ser de duas especies: ou é um poder que permitte ao homem usar e servir-se dum objecto do mundo exterior, ou então é um poder que existe contra uma pessoa determinada e obriga esta a fazer uma prestação, a dar, a fazer ou não fazer certa cousa.

Nisto consiste a divisão dos direitos em *reaes* e de *credito.*

O direito real *(jus in re)* é o que recahe *directa* e *immediatamente* sobre uma cousa, de modo que entre o sujeito do direito e o seu objecto não ha intervenção de qualquer pessoa.

O direito pessoal *(jus ad personam)* é a faculdade de exigir de *certa* e *determinada pessoa* a prestação duma cousa ou dum facto, de modo que a relação

(1) CAPITANT, pag. 76, 86 e 87.

entre o sujeito e o objecto é mediata ou indirecta, realisa-se por intermedio de outra pessoa.

No direito pessoal apparece, além do titular do direito, um outro sujeito, que é o *sujeito passivo* ou o sujeito da obrigação.

Isto não quer dizer que no direito real não haja sujeito passivo; ha, mas é indeterminado, porque a obrigação do direito real recahe sobre toda a gente.

Em resumo: esta divisão é a mesma que a divisão já referida (n.º 21) dos direitos absolutos e relativos.

A expressão *direitos pessoaes* é inconveniente, por ser ambigua; serve tambem para designar certos direitos, ligados por tal modo á pessoa do seu titular, que se extinguem com a sua morte, em opposição aos direitos que se transmittem aos herdeiros; neste sentido, o usufructo, que é um direito real, é um direito pessoal, porque termina com a morte do usufructuario (cod. civ., art. 2241.º, n.º 1.º).

Por isso os auctores modernos preferem a designação de *direitos de credito* ou *das obrigações* (1).

Entre as duas especies de direitos ha differenças importantes, que o Dr. TEIXEIRA D'ABREU expõe pela seguinte fórma:

1) Enunciam-se os direitos reaes mais simplesmente do que os direitos pessoaes; nos primeiros basta fazer referencia a dois elementos, ao passo que o enunciado dos segundos ficaria incompleto e incomprehensivel, se não houvesse referencia a tres: *tenho o usufructo de tal cousa; tenho servidão de passagem por tal predio,* etc. (direitos reaes); *tenho direito de exigir de F. certa quantia; tenho direito a obrigar F. a prestar-me este facto* (direitos pessoaes).

2) O direito real tem sempre por objecto uma cousa material; o direito pessoal tanto póde ter uma cousa, como um facto (cod. civ., artt. 710.º e 711.º).

(1) CAPITANT, pag. 78 e nota (3); CHIRONI e ABELLO, pag. 114, nota (5), e 115.

3) O direito real recae sobre uma cousa *determinada;* ao passo que o pessoal póde versar sobre cousa *indeterminada*, v. gr., quando um individuo se obriga a vender-me um cavallo de certa manada (cod. civ., art. 716.°).

4) O subjeito passivo do direito pessoal *(devedor)* é sempre conhecido; o direito real, pelo contrário, exerce-se contra toda e qualquer pessoa que ponha embaraços ao seu exercicio. Assim, quando eu empresto certa quantia a Paulo, fico desde logo sabendo que *só d'este ou dos seus legitimos representantes* posso exigir o pagamento; ao passo que tendo servidão de passagem por certo predio, para assegurar o exercicio do meu direito posso accionar todos os que me perturbarem ou impedirem, não sendo, por consequencia, possivel determinar *á priori* o subjeito passivo d'este direito.

5) O direito real, recahindo directamente sobre a cousa, acompanha-a sempre nos seus destinos, podendo ser opposto a qualquer pessoa que posteriormente adquira sobre ella direitos reaes da mesma ou de differente natureza, imcompativeis com aquelle — salvo o caso de registo; o direito pessoal, tendo só uma relação indirecta com a cousa, não impede que o devedor se obrigue para com várias pessoas, não tendo nenhuma d'ellas preferencia em relação aos outros sobre quaesquer bens do devedor. Assim, constituido o usufructo sobre um predio, embora este seja vendido depois, não póde o comprador impedir o usufructuario de exercer os seus direitos; mas póde aquelle que se obrigou a vender certo predio a F., contrahir a mesma obrigação para com outros, sem que o primeiro tenha *preferencia* em relação aos restantes. Na impossibilidade de satisfazer a todos, é o devedor responsavel por perdas e damnos perante aquelles a quem faltou (cod. civ., art. 711.°) (1).

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 107 e 108.

24. A classificação germanica dos direitos civis. — Esta classificação agrupa, como já dissemos, os direitos civis em quatro categorias: *direitos das obrigações, direitos reaes, direitos de familia* e *direitos das successões*.

Chamamos-lhe germanica, não por ser exclusiva dos escriptores allemães, pois que tambem é geralmente adoptada pelos italianos; mas é porque, na Allemanha, adquiriu tanta auctoridade, que serviu de base á organisação do novo codigo civil germanico (1).

A classificação germanica não apresenta, em nosso entender, superioridade alguma sobre a classificação tradicional.

Os direitos de familia, tendo por objecto as relações familiares, isto é, as que ligam differentes pessoas pelo facto natural do parentesco, reduzem-se sempre a direitos pessoaes ou de obrigação.

Por seu lado, os direitos de successão resolvem-se em direitos reaes ou em direitos familiares.

Com effeito, o direito de successão tem a sua origem no testamento ou na constituição natural da familia (cod. civ., artt. 1735.° e 1969.°), salvo o direito successorio da fazenda nacional (art. 1969.°, n.° 6.°), que afinal póde dizer-se tambem fundado na constituição da grande familia politica, que é o Estado.

Quando é fundado no testamento do auctor da successão, o direito successorio só existe depois da morte do testador; é um direito effectivo sobre o seu patrimonio, que é, por consequencia, constituido por direitos reaes ou por direitos de obrigação.

(1) Este codigo, que foi promulgado em 1896, para começar a vigorar em 1900, está dividido em cinco livros: *parte geral (allgemeiner Teil), direito das obrigações (recht der Schuldverhältnisse), direitos reaes exercidos sobre as cousas (Sachenrecht), direitos de familia (Familienrecht)*, e *successões (Erbrecht)*.

Se o direito successorio é de successão legitima, constitue um direito familiar, antes da morte do auctor da herança, e um complexo de direitos reaes ou de credito, verificada a sua morte.

Parece-nos, pois, que a classificação germanica não differe essencialmente da divisão tradicional, e não fez mais do que torna-la mais complicada e inintelligivel.

Sob o ponto de vista doutrinal e legislativo, em que se notabilisou a classificação, sendo adoptada no plano geral de organisação do codigo civil germanico e na systematisação scientifica do direito civil, em alguns tratados modernos, como o de CHIRONI e ABELLO e, em geral, os allemães, tambem nos não parece de grande vantagem esta classificação.

Sob este ponto de vista seria acceitavel uma classificação dos direitos que reflectisse as principaes instituições do direito civil.

Mas neste sentido é muito imperfeita a classificação germanica, porque não faz referencia a muitas instituições do direito civil, e algumas dellas fundamentaes, como a *personalidade,* os *contractos,* a *responsabilidade,* a *propriedade,* etc.

Bem sabemos que, por um exforço de logica mais ou menos rigoroso, se incluem os direitos destas instituições nos quatros termos da classificação germanica.

Mas, em todo o caso, subsiste a imperfeição indicada.

CAPITULO II

FONTES DO DIREITO CIVIL

25. Noção de fontes do direito. — Por *fontes* do direito não se póde deixar de entender a sua origem ou causa geradora, ou seja, o systema de factos que lhe dão o ser.

Neste sentido as fontes do direito, objectivo, ou subjectivo, não são outra cousa senão as proprias necessidades individuaes ou sociaes, que elle é destinado a satisfazer.

Mas não é deste sentido natural das fontes do direito que tratamos agora, porque assim consideradas, as fontes confundem-se com o proprio direito, e o seu estudo é, portanto, o de todas as instituições juridicas.

Aqui trata-se dum conceito mais restricto, que é o *proprio* ou *technico,* e consiste *nos factos sociaes* em que *se concretisa e fórma o direito,* ou seja, nos differentes modos pelos quaes elle se fórma.

No ponto de vista historico, em relação ás legislações antigas, entende-se por *fontes* os diplomas ou documentos em que se contem o direito, e ainda os trabalhos dos jurisconsultos da epocha.

Alguns escriptores, fundando-se na existencia de orgãos sociaes especialmente encarregados do reconhecimento ou declaração formal do direito (poder ou funcção legislativa), consideram como *fontes* do direito positivo *os orgãos sociaes dos quaes o direito emana directamente,* ou antes, *as instituições cuja vontade a todos obriga.* (1)

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit. de 1903-1904, pag. 22; COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato,* pag. 40.

Esta noção, porém, é demasiado restricta, porque reduz as fontes do direito a uma só — *a lei* — sendo certo que na vida social ha outros factos por meio dos quaes elle se fixa e determina.

A noção das *fontes* refere-se tanto aos direitos subjectivos como ao direito objectivo.

Mas só das deste tratamos agora, porque as dos direitos subjectivos, como as fontes originarias do direito, só podem determinar-se a proposito de cada instituição juridica.

Quando muito, póde fazer-se uma simples indicação generica, como a que já conhecemos pelo art. 4.º do codigo civil, que faz uma especie de classificação dos direitos civis, baseada nas suas fontes ou fundamentos.

E, assim, dir-se-hia que as fontes do direito são:

a) *a propria natureza humana;*

b) *os actos do homem, só, ou de accordo com outrem;* e

c) *a disposição da lei.*

Mas esta classificação é rejeitada pela doutrina positiva sobre a natureza e a origem do direito, que só reconhece como verdadeira fonte dos direitos as condições da vida social.

A propria lei não é fonte de direitos subjectivos, pois que a sua funcção se limita a reconhece-los e garanti-los.

26. Fontes do direito objectivo. Fontes mediatas ou geradoras, immediatas ou formaes e subsidiarias. — Os escriptores divergem na determinação das fontes do direito objectivo.

Uns só admittem uma fonte — *a lei* (1); outros duas — *a lei e o costume* (2); outros ainda uma terceira — *a jurisprudencia dos tribunaes* (1); outros ainda mais, como os *principios geraes de direito* e *a equidade* (2).

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç.* cit, pag. 22.
(2) Planiol, pag. 5

Partindo da ideia de fonte do direito considerada como a instituição em que se traduzem ou se encontram as regras obrigatorias da vida social, tem de se concluir que a *lei* é a unica fonte do direito positivo.

Mas esta noção parece-nos imperfeita, porque a lei não é propriamente a fonte, mas antes o proprio direito.

A noção de fontes do direito tem necessariamente um alcance mais largo, comprehendendo tambem os elementos de vida social que cooperam na sua formação.

E, assim, devemos distinguir tres especies de fontes do direito:

a) *as immediatas* ou *formaes,* que são *as leis,* no seu sentido mais geral de regras sociaes obrigatorias;

b) as *mediatas* ou *geradoras,* que são: o *costume,* a sciencia do direito e a jurisprudencia dos tribunaes (3);

c) as *fontes subsidiarias* do direito, isto é, os principios juridicos applicaveis aos casos não previstos na lei.

27. Valor do costume como fonte do direito — o direito consuetudinario. — O *costume* representa na formação historica do direito a sua primeira e principal fonte geradora.

(1) Capitant, pag 21 e segs.
(2) Chironi e Abello, pag. 22 e segs
(3) Chironi e Abello, log. cit., tambem dividem as fontes em *immediatas* e *mediatas;* mas dão á segunda especie um sentido muito differente, considerando-as como *elementos subsidiarios* do direito objectivo, isto é, como *fontes da interpretação das leis (costume, auctoridade das sentenças dos tribunaes, principios geraes de direito e equidade).*

Foi pela repetição geral e uniforme de certas regras de vida social, impostas á consciencia dos povos pela necessidade de regular por certa fórma as relações humanas, que se formou e fixou o direito nas primitivas sociedades.

O *costume,* no sentido juridico, é precisamente a regra de vida social que, por sua observancia geral, constante e uniforme, passa a ser considerada obrigatoria pela opinião commum.

Assim se formou o chamado *direito consuetudinario* ou *não escripto (jus non scriptum),* que é anterior ao direito traduzido em *lei* pelo poder publico, chamado *direito escripto (jus scriptum).*

E tal foi a força do *costume* como fonte geradora do direito, que dos usos e costumes de caracter juridico se fizeram collecções semelhantes ás do direito escripto, as quaes durante muitos seculos constituiram a principal fonte formal do direito.

Mas á medida que na organisação e vida das sociedades se vae operando a differenciação dos orgãos e o aperfeiçoamento das funcções sociaes, o costume vae perdendo o seu valor como fonte geradora do direito, até ser completamente substituido pela funcção legislativa, que organisa o direito escripto em todos os ramos da actividade social.

Por isso, e com razão, os mais auctorisados civilistas francezes (Demolombe, Aubry e Rau) consideram o costume como uma fonte definitivamente esgotada, porque nas sociedades modernas a funcção de legislar pertence exclusivamente a orgãos especiaes, sob a designação geral de *poder legislativo.*

Em todo o caso a auctoridade do costume é ainda hoje reconhecida em alguns ramos do direito, nomeadamente no direito politico, no administrativo, no ecclesiastico e no direito commercial.

Alguns codigos commerciaes modernos, como o italiano, consideram mesmo os *usos* do commercio como direito applicavel aos factos não regulados

na lei commercial (casos omissos), constituindo o chamado direito subsidiario.

Tambem no projecto do nosso codigo commercial (art. 3.º) se mandava recorrer aos *usos* do commercio, sempre que as questões commerciaes não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei commercial, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos nella prevenidos.

Mas logo na primeira revisão do projecto, feita pela commissão de legislação commercial da camara dos deputados, foi eliminada esta disposição, adoptando-se o direito civil como subsidiario da lei commercial.

Ainda assim os *usos* mercantis não foram inteiramente excluidos do direito commercial, pois que em varios artigos o codigo manda ainda recorrer a elles (artt. 68.º, n.os 6.º e 7.º, 232.º, § 1.º, 238.º, 248.º, 269.º, 271.º, § un., 273.º, § un., 382.º, 404.º, 508.º, n.º 5.º, 539.º, 559.º, § un., 569.º e outros).

Mas são apenas os usos chamados *interpretativos* e *technicos,* destinados a completar ou interpretar as disposições dos actos e contractos.

Mas como fonte geral do direito foi justamente eliminado o costume, porque, no estado actual de desenvolvimento do direito, mal se comprehende a sua observancia em concorrencia com as disposições da lei positiva.

Os usos regularmente estabelecidos, constituindo regras juridicas admissiveis e de caracter geral, foram ha muito convertidos em lei.

Os de formação recente, que porventura se possam elaborar, não adquiriram ainda a sancção da consciencia collectiva, capaz de lhes conferir força juridica.

De resto, as regras consuetudinarias são quasi sempre de difficil verificação. Já a Rota de Genova dizia: *Consuetudo est difficillimae probationis.*

Os costumes, nas suas relações com a lei, podem ser: *secundum legem, praeter legem* ou *contra legem.*

Os costumes conformes com a lei não tem nem deixam de ter auctoridade juridica.

Os costumes contrarios á lei são indiscutivelmente inadmissiveis.

Só poderia, pois, haver duvida sobre o valor dos costumes *praeter legem,* isto é, aquelles que se referem a actos ou relações não regulados na lei positiva.

Mas estes mesmos não devem ser adoptados como fonte geral do direito, porque, se são ainda incertos ou imperfeitamente constituidos, não satisfazem a uma condição essencial das regras juridicas — a certeza e precisão.

E se estão já regular e definitivamente constituidos, já devem ter sido apropriados pela legislação.

E' por isso que o codigo civil só admitte a fonte subsidiaria do *costume* nos casos especiaes expressamente declarados na lei.

Assim, por exemplo, no art. 1628.º manda attender ao *costume da terra,* se elle fôr uniforme, para se determinar o prazo do arrendamento, quando as partes o não tenham declarado, e no art. 1627.º estabelece que o arrendatario por tempo indeterminado, quandō não quizer continuar com o arrendamento, deve prevenir o senhorio com a antecipação *usada na terra.*

Antes do codigo civil o costume era uma verdadeira e importante fonte geradora e formal do direito.

E é por isso que o codigo, em alguns dos seus artigos, manda respeitar *direitos adquiridos* por *uso* e *costume,* como no art. 438.º, relativamente ás aguas das correntes não navegaveis nem fluctuaveis, no art. 444.º, § un., relativamente ás aguas das fontes e nascentes, no art. 453.º, § un., relativamente ás aguas pluviaes, no art. 2273.º, § un., relativamente ás servidões continuas-não-apparentes e ás descontinuas.

As condições necessarias para que o costume tivesse força de lei foram fixadas no § 14 da lei de 18 de agosto de 1769, chamada *lei da boa razão,* e eram tres:

a) *não ser o costume contrario á lei escripta;*
b) *ser conforme á boa razão;*
c) *ter mais de cem annos de duração.*

« Modernamente, porem, diz o Dr. Teixeira d'Abreu, o costume só vale como elemento de que o legislador se serve para melhor interpretar a vontade das partes, a qual, no silencio das suas palavras, deve justificadamente considerar-se conforme *com o que é de uso* praticar-se na localidade onde o nexo juridico se formou; e só como tal é mandado respeitar. De modo que a força do costume é sómente a que a lei *expressamente* lhe dá, quando a elle faz expressa referencia. »

« Esta funcção *meramente interpretativa* do costume no direito vigente ficou bem consignada no art. 684.º do codigo civil, que manda attender a elle para a determinação da *vontade* ou *intenção* dos contrahentes, quando dos termos do contracto, e da sua natureza ou circunstancias, aquella não dimane claramente » (1).

28. A sciencia do direito e a jurisprudencia dos tribunaes. — A sciencia do direito não é, nem póde ser, outra cousa senão o ramo da sociologia, ou das sciencias sociaes, que estuda os phenomenos juridicos.

Ora o estudo scientifico dos phenomenos juridicos comprehende tanto o direito já constituido *(jus constitutum)* como o direito reclamado pelas necessidades sociaes, mas ainda não declarado *(jus constituendum).*

E' no trabalho de elaboração do direito novo, na analyse e reforma ou renovação do direito vigente, que mais intensamente se accentúa a funcção da sciencia juridica, como a principal fonte geradora do direito.

Por outro lado, a parte da sciencia juridica que tem por objecto o estudo analytico e interpretativo

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç.* cit., de 1903-1904, pag. 23.

das leis do direito vigente, e que propriamente se chama a *jurisprudencia,* constitue tambem uma fonte importante do direito, mas não é uma fonte geradora, senão na parte em que fornece esclarecimentos ao legislador para reformar e aperfeiçoar as disposições legaes.

Emquanto se limita a interpretar a lei, isto é, a determinar o seu verdadeiro sentido, na sua applicação ás relações concretas da vida social, a jurisprudencia constitue apenas uma *fonte mediata* (CHIRONI e ABELLO), no sentido de fonte da interpretação das leis.

De resto, é evidente que as conclusões da sciencia do direito, ou as opiniões dos jurisconsultos nos differentes problemas juridicos, não podem por si só constituir direito obrigatorio; não teem senão o valor e a auctoridade dos principios e fundamentos em que se baseiam.

Tambem a jurisprudencia dos tribunaes, na sua missão de applicar a lei nos differentes casos controvertidos, constitue uma fonte de direito, que no ponto de vista das relações entre as pessoas a quem se applica a decisão judiciaria, póde dizer-se que faz lei.

A fórmula classica — *a sentença faz lei entre as partes* — traduz bem este caracter da jurisprudencia dos tribunaes.

E' certo que aquella fórmula não traduz a realidade dos factos, na generalidade dos casos, porque o tribunal não faz, ou, pelo menos, não deve fazer, mais do que applicar os preceitos do direito vigente; e, portanto, a regra juridica imposta ás partes pela decisão judicial não é uma creação do juiz, mas uma simples applicação da lei já existente.

Quer dizer: sendo bem nitidamente estabelecida a separação ou differenciação dos orgãos ou funcções sociaes, de modo que o poder legislativo é quem exclusivamente declara o direito, ou faz as leis, e competindo ao poder judicial apenas a sua applicação ás questões discutidas pelos interessados, parece que

a jurisprudencia dos tribunaes nunca póde dar origem a uma regra de direito.

E assim é, com effeito, emquanto os tribunaes se limitam a interpretar e applicar textos de lei existentes, e que, de facto, regulam as questões submettidas á sua apreciação e julgamento.

Mas nem sempre é assim. Póde acontecer muitas vezes, diz CAPITANT, que a disposição legal, applicavel ás questões controvertidas, já não esteja em harmonia com o desenvolvimento economico presente, embaraçando o movimento do commercio juridico, e levantando protestos, que se manifestam sob a fórma de litigios. Quando assim é, a jurisprudencia não fica insensivel ás reclamações das partes. Por uma interpretação livre e audaciosa, procura dar satisfação a estas exigencias, adoptando uma solução mais equitativa, mais conforme com as novas necessidades sociaes. Quando, por uma longa série de decisões, ella consagrou assim uma regra nova, não é possivel considerá-la como exprimindo a vontade do legislador; é forçoso reconhecer o seu caracter proprio e independente.

« O phenomeno é ainda mais frisante quando se trata de resolver as difficuldades resultantes da conclusão de novas operações juridicas, formadas pelas modificações que se operam nas condições economicas da sociedade, e ainda não previstas pelo legislador. Aqui o juiz não interpreta, cria o direito. Cria-o primeiro duma maneira concreta, porque o seu julgamento não tem valor e auctoridade senão para o litigio em questão. Mas quando, por virtude da reproducção da mesma especie, a solução adoptada se generalisou e uniformisou, e não é posta em duvida, ella assume, na opinião geral, o caracter dum verdadeiro preceito abstracto, acceito por todos como obrigatorio. E este preceito não deve a sua auctoridade senão ao conjuncto das decisões que o formularam » (1).

(1) CAPITANT, pag. 32 e 33.

Esta funcção dos tribunaes, como fonte geradora do direito, é o que se chama o *poder pretoriano* da jurisprudencia, designação proveniente do nome dos magistrados romanos, *pretores,* que tinham a faculdade de modificar os preceitos rigorosos da lei, harmonisando-a com as circumstancias especiaes em que tinha de ser applicada.

Mas este problema da funcção pretoriana dos tribunaes é objecto de questão entre os jurisconsultos, sobretudo em França, recusando muitos á sua jurisprudencia o caracter de fonte formal do direito, pois que o principio de direito politico, que estabelece a separação dos poderes, não permitte aos juizes formular regras com força de lei (1).

A these contraria, porém, tem sido defendida por muitos civilistas modernos, tanto na França como na Allemanha (LAMBER, LANGLOIS, ESMEIN, GIERKE) (2).

Por nossa parte, entendemos que, na verdade, a jurisprudencia não póde admittir-se como fonte formal do direito, porque as suas decisões, por mais uniformes, constantes e duradouras que sejam, não chegam a constituir lei ou regras de força obrigatoria.

A força obrigatoria que lhe attribue CAPITANT não tem existencia real.

Os mesmos tribunaes podem de um momento para o outro mudar de orientação, emquanto sobre a materia não houver lei positiva que lhes imponha a maneira de decidir e julgar.

Entretanto é certo que a jurisprudencia é fonte geradora ou productora do direito, porque as suas decisões divergentes, e as suas decisões uniformes em materias ainda não reguladas nas leis, fornecem ao legislador elementos valiosos para a formação do direito novo, além de terem já estabelecido direito para os casos definitivamente julgados.

(1) GÉNY, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif,* pag. 421 a 438.
(2) CAPITANT, pag. 34, nota (1).

E podemos dizer, com CAPITANT, que o direito produzido pela jurisprudencia dos tribunaes, tem, como o consuetudinario, a vantagem de ser um direito modelado sobre o vivo, saido do commercio juridico, nascido da lucta dos interesses em presença, experimentado por uma série de applicações, organisado sobre uma série de experiencias, e, portanto, bem adaptado ás situações que deve reger.

29. A lei como fonte formal do direito — Art. 5.° do codigo civil. — A lei é, pois, a unica fonte formal do direito, porque só o orgão ou poder legislativo tem competencia para estabelecer preceitos ou normas de vida social com força obrigatoria.

E' em harmonia com esta doutrina que o codigo civil declara no art. 5.°:

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

Entretanto é certo que a lei não reconhece, um por um, todos os direitos; nem podia reconhecer, porque a indefinida variedade de relações juridicas, que se produzem na vida humana, não permitte ao legislador mais sabio e prudente a previsão de todas as questões de direito.

Os chamados *casos omissos,* isto é, não previstos na lei, são uma consequencia necessaria e inevitavel da propria natureza das cousas e das relações sociaes.

E' por isso que, ao lado da lei, como fonte formal do direito, subsistem as fontes geradoras e subsidiarias.

De modo que a especificação dos direitos e obrigações feita pela lei civil, segundo o art. 5.° do codigo,

refere-se apenas aos differentes grupos ou classes de direitos, e não á sua determinação individual.

Tambem o codigo não especifica as obrigações, nem mesmo por categorias, como promette o art. 5.º, o que aliás é perfeitamente dispensavel, feita a especificação dos direitos, pois que a obrigação é uma consequencia necessaria e correlativa do direito (1).

30. Noção de lei. Lei em sentido lato e em sentido stricto. A parte dispositiva da lei e a sua sancção. — Já vimos que as *leis* são as normas ou regras de vida social, cuja observancia é, ou póde ser, imposta pela coacção, isto é, pela auctoridade publica.

Mas este é o sentido mais amplo da palavra *lei,* pois abrange todas as determinações da auctoridade publica, e até mesmo as disposições convencionaes estipuladas em harmonia com aquellas determinações, como são os contractos legalmente celebrados, e os estatutos das associações legalmente constituidas.

Ora, no seu sentido proprio, a lei é uma determinação da auctoridade publica do Estado; e, assim, define-se: *uma regra social obrigatoria, estabelecida pela auctoridade publica, e sanccionada pela força* (PLANIOL); ou mais simplesmente: *a regra de direito editada pelo Estado* (CAPITANT).

Mas ainda é muito amplo este significado da lei, pois comprehende tambem as determinações do poder executivo, isto é, os decretos, regulamentos, instrucções e portarias, bem como os regulamentos dos corpos administrativos, que teem o nome de posturas.

A palavra *lei,* no seu sentido especial e proprio, designa apenas as regras de direito formuladas pelo orgão ou poder especialmente encarregado desta funcção *(poder legislativo).*

(1) Dr. DIAS FERREIRA, *Codigo civil annotado,* I, pag. 15.

Mas é certo que, mesmo na linguagem juridica, a palavra *lei* designa geralmente todas as regras estabelecidas pelo poder publico, que teem força obrigatoria como as leis propriamente ditas.

Assim como o direito subjectivo tem como elemento integrante e necessario a garantia da acção, a lei ou o direito objectivo tem como garantia da sua observancia a respectiva *sancção.*

E, assim, póde dizer-se, com COELHO DA ROCHA, que a lei se compõe de duas partes essenciaes:

a) a *parte dispositiva,* que tambem se chama *edito,* isto é, a expressão da vontade do legislador; e

b) a *sancção,* que é a pena imposta aos transgressores dos preceitos legaes (1).

Esta penalidade póde revestir differentes fórmas, consistindo geralmente em obrigar o transgressor a indemnisar a pessoa lesada das perdas e damnos que lhe causou, ou em a compellir judicialmente a cumprir aquillo a que se obrigou, ou em a privar de certos direitos, ou na imposição de certas obrigações, ou, emfim, na nullidade dos actos ou contractos feitos com violação da lei.

O art. 10.º do codigo civil consigna expressamente esta sancção de nullidade, para todos os preceitos legaes, que não tenham outra especialmente declarada.

31. Decretos, regulamentos, instrucções, portarias e posturas. — A lei, no seu sentido proprio e technico, é, como dissémos, a regra de direito formulada pelo poder legislativo, que é constituido pelas côrtes com a sancção ou approvação do chefe do Estado.

Mas, como o poder executivo e os corpos administrativos podem tambem formular disposições com força obrigatoria, como as leis, a palavra lei, em sen-

(1) COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez,* § 2.º.

tido mais amplo, comprehende tambem esses diversos diplomas legaes, que são os *decretos,* os *regulamentos,* os *regimentos,* as *posturas,* e podem incluir-se tambem as *instrucções* e as *portarias.*

O poder executivo, representado pelo Governo, sendo encarregado de fazer executar as leis formuladas pelo poder legislativo, e devendo, em todas as circumstancias, tomar medidas ou providencias em harmonia com as necessidades da administração publica, estabelece as disposições que julga necessarias e convenientes.

As medidas de caracter geral que o governo ordena officialmente, e publicamente, por meio do *Diario do Governo,* teem o nome generico de *decretos.* São feitos e assignados pelo rei, e referendados pelos respectivos ministros.

Podemos distinguir differentes especies de decretos:

a) Os decretos chamados *legislativos* ou *delegados,* por serem uma auctorisação ou delegação do poder legislativo, destinados a ampliar ou completar as leis; por exemplo: o codigo civil instituiu o registo civil, determinando, no art. 2457.º, que a parte organica das respectivas repartições e a fórma do registo seriam determinadas em regulamentos especiaes; e assim foi publicado o regulamento ou decreto regulamentar de 28 de novembro de 1878.

b) Os decretos chamados *dictatoriaes* ou *com força de lei,* que comprehendem medidas legislativas para as provincias ultramarinas, no intervallo das sessões parlamentares, nos termos do art. 15.º, § 1.º, da lei constitucional de 5 de julho de 1852 (primeiro acto addicional á carta constitucional), ou providencias legislativas que o governo toma para o continente e ilhas, usurpando as funcções do poder legislativo, quando assim o reclamam necessidades imperiosas e impreteriveis; nestes casos, o governo tem de submetter á apreciação das côrtes, logo que se reunam, as medidas tomadas; é o que se chama o

bill de indemnidade ou a *lei de isenção da responsabilidade ministerial.*

c) Os *decretos regulamentares,* publicados pelo governo, no exercicio das suas proprias attribuições (carta constitucional, art. 75.º, § 12.º), que não estabelecem direito novo, mas simples disposições destinadas a facilitar a execução das leis ou decretos a que se referem; estes regulamentos só são obrigatorios, conformando-se com as respectivas disposições legaes. Muitas vezes distingue-se o decreto regulamentar do *regulamento,* que fórma o seu objecto, publicando-se separadamente o regulamento e o decreto que o approva.

Os regulamentos chamam-se muitas vezes *regimentos,* e isto acontece principalmente quando teem por objecto a organisação ou o funccionamento de tribunaes ou de corporações; *regimento* se chama, por exemplo, o regulamento das camaras, e o da administração da justiça no ultramar (20 de fevereiro de 1894).

d) Finalmente, ha os decretos, que podemos chamar de simples expediente, e que não constituem lei, no sentido de norma juridica de caracter geral; são os que o Governo publica para cada um dos actos de administração, que exigem esta fórma authentica e solemne de publicidade, como, por exemplo, os de nomeação para os cargos publicos.

Como disposições de força obrigatoria emanadas do governo, mas que, á semelhança da ultima classe de decretos, não constituem lei geral, porque só são obrigatorias para as auctoridades a quem são dirigidas, e para os casos a que especialmente se referem, podem ainda considerar-se as *instrucções* e as *portarias.*

As instrucções são ordens dos ministros, em que se esclarecem os diplomas legaes, e resolvem as difficuldades que se levantam na sua execução. Podem ser approvadas por um decreto, e então equivalem aos regulamentos.

As portarias são ordens verbaes do rei, transmittidas, e assignadas, pelo respectivo ministro, ás auctoridades subordinadas. Teem muitas vezes por fim satisfazer interesses não garantidos nas leis.

Verdadeiras leis, no seu sentido amplo, são as disposições estabelecidas pelos corpos administrativos, e pelas auctoridades da administração, quando se conteem dentro dos limites das suas attribuições.

Esses diplomas teem o nome de *regulamentos*, e chamam-se *posturas* os que são ordenados pelas camaras municipaes, para a policia do concelho, e competentemente approvados.

32. Differentes especies de leis. — As leis, consideradas em relação ao seu objecto, isto é, em relação ao direito que estabelecem, estão naturalmente sujeitas ás mesmas divisões do direito.

Mas, além disso, as leis podem ser de diversas especies, conforme os pontos de vista sob os quaes as considerarmos.

Assim, relativamente á sua parte dispositiva ou *edito*, as leis são innovadoras, e chamam-se *dispositivas*, ou limitam-se a esclarecer o sentido de uma lei já existente, e chamam-se *interpretativas*.

As leis dispositivas subdividem-se em *preceptivas* e *facultativas* ou *permissivas*.

As *preceptivas* subdividem-se ainda em *imperativas* e *prohibitivas*.

Alguns escriptores chamam tambem *preceptivas* ás imperativas, fazendo apenas a subdivisão das leis dispositivas em tres especies *imperativas, prohibitivas* e *facultativas* (1).

Em relação á maior ou menor extensão das relações juridicas, que regulam, as leis dividem-se em *geraes, especiaes* e *excepcionaes*.

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit., de 1903, pag. 27.

Em relação á natureza das relações juridicas, as leis dividem-se em duas grandes categorias: *leis de interesse e ordem publica* e *leis de interesse particular* chamadas tambem *declarativas* ou *suppletivas* da vontade dos interessados.

33. Leis interpretativas, imperativas, prohibitivas e facultativas. — As leis *interpretativas* são as que teem por fim determinar o sentido e o alcance de uma lei anterior.

E' o que se chama a interpretação authentica das leis, attribuição do poder legislativo (Carta Constitucional, art. 15.°, § 6.°), fundada no principio, formulado já pelos jurisconsultos romanos, de que o proprio auctor das leis é o mais competente para as esclarecer — *Ejus est interpretari legem cujus est condere.*

A lei interpretativa não é, pois, uma lei nova, distincta da lei interpretada, confundindo-se com esta, para constituir uma só e mesma disposição.

Comtudo é de grande importancia a distincção entre lei interpretativa e innovadora ou dispositiva, porque é muito diversa a sua applicação aos effeitos juridicos dos actos praticados anteriormente á sua publicação, como veremos, a proposito da questão da retroactividade das leis.

A distincção das leis dispositivas em *preceptivas* e *facultativas* tem sido combatida por alguns escriptores; por uns, com o fundamento de que não ha realmente leis facultativas, porque a lei envolve necessariamente uma ordem, á qual todos são obrigados a obedecer; e, por outros, com o fundamento de que taes leis são completamente inuteis, pois que o direito de liberdade só tem as limitações expressamente declaradas na lei, e, por consequencia, qualquer individuo póde praticar todos os factos que a lei lhe não prohibe, e ninguem póde em caso

algum ser obrigado a praticar aquelles que a lei não ordena.

Assim, por exemplo, o principio legal que reconhece ao individuo a faculdade de fazer ou não fazer testamento (cod. civ., artt. 1763.º, 1748.º, 1782.º e outros), parecendo de lei facultativa, é afinal de caracter preceptivo; *imperativo,* porque manda respeitar os direitos resultantes do testamento, e *prohibitivo,* porque prohibe a toda a gente que se opponha ao exercicio daquella faculdade (1).

Mas é certo que a lei é meramente permissiva em relação ao testador, neste caso, como, em geral, as leis *facultativas* teem este caracter em relação áquelles que dellas se querem aproveitar.

Tambem se não póde dizer que as disposições facultativas sejam inuteis, porque muitas vezes póde haver dúvida se uma certa hypothese está ou não comprehendida no preceito imperativo ou prohibitivo, sendo então necessario declarar expressamente que tal se não dá (2).

Ás leis *facultativas,* ou *permissivas,* que deixam ao arbitrio do individuo *praticar* ou *não praticar* certos factos, oppõem-se as leis *preceptivas, imperativas* ou *prohibitivas.*

A lei *preceptiva* estabelece uma ordem que se impõe ao individuo.

Se esta ordem é negativa, se consiste em obrigar o individuo a não praticar certos factos, a lei é *prohibitiva* (cod. civ., artt. 122.º, 446.º, 1073.º, etc.).

Se a ordem é positiva, se consiste em obrigar a praticar certos factos, a lei é *imperativa* (cod. civ., artt. 144.º, 156.º, 1076.º, 1920.º, etc.).

Antigamente os jurisconsultos ligavam á distincção entre as leis facultativas e preceptivas uma importancia que ella realmente não tem.

(1) Mazzoni, *Istituzioni di dirito civile italiano,* I, pag. 29 e segs.
(2) Dr. Teixeira d'Abreu, cit. *Liç.* de 1903, pag. 32; Bianchi, *Corso di codice civile,* I, n. 11.

E' assim que o nosso grande civilista Coelho da Rocha dizia no § 32.º das suas *Instituições de direito civil:*

> « a disposição das leis imperativas e prohibitivas não póde ser derogada por convenção dos cidadãos; a das facultativas ou permissivas sim, excepto se a sua observancia interessa a ordem publica, ou os bons costumes. »

Mas esta doutrina é inadmissivel no direito moderno, porque tambem as leis imperativas e prohibitivas podem ser alteradas pela vontade das partes, sempre que não pertençam á classe das chamadas leis de *interesse* e *ordem publica* (cod. civ., art. 10.º, § unico).

34. Leis de ordem publica e leis de interesse particular. — Sob o ponto de vista da influencia ou relação que existe entre a auctoridade da lei e a vontade das partes, o que importa, pois, é a distincção entre as chamadas *leis de interesse e ordem publica,* e as *leis de interesse privado,* chamadas tambem *declarativas, interpretativas* ou *suppletivas da vontade dos interessados.*

O direito privado tem principalmente por objecto os limites e condições em que póde e deve desenvolver-se a actividade das pessoas.

Ora, a regulamentação dos interesses privados, deve ser confiada á propria iniciativa dos interessados, em vez de ser imposta pela auctoridade do Estado.

O direito privado tem por fim promover e garantir, e não embaraçar ou impedir, o livre desenvolvimento das actividades individuaes.

O direito privado é, na sua maior parte, dominado pelo principio da autonomia da vontade, segundo o qual os particulares podem fazer os actos e contra-

ctos, que quizerem, e regular, como melhor lhes aprouver, as consequencias juridicas que das suas operações resultam.

O codigo civil consigna a cada passo a supremacia deste principio (artt. 4.°, 10.°, 42.°, 672.°, 684.°, 1096.°, e muitos outros).

Mas o principio da autonomia da vontade dos interessados não dispensa a intervenção da lei para regular as differentes relações juridicas provenientes do exercicio da actividade humana.

E' porque muitas vezes os homens não estabelecem nitidamente o conjuncto de direitos e obrigações, que querem attribuir aos seus actos e contractos, ou absteem-se mesmo de os determinar, tornando-se então indispensavel que a lei intervenha, para supprir o silencio ou as deficiencias da vontade dos interessados.

E' por isso que uma grande parte das leis de direito privado são destinadas a completar ou supprir a vontade das partes, sendo chamadas *interpretativas, suppletivas* ou *subsidiarias,* porque os interessados podem excluir a sua applicação, substituindo por outras as suas disposições.

Mas nem todas as leis do direito privado teem este caracter de regras suppletivas ou subsidiarias.

O principio da autonomia da vontade deixa de ser respeitado, sempre que se lhe oppõem motivos de interesse geral, que affectam condições fundamentaes da existencia e da ordem social.

Quer dizer: ha um conjuncto de relações sociaes, tam importantes para a sociedade, que não póde deixar-se o seu regimen juridico dependente do arbitrio dos particulares.

As leis que regulam essas relações não podem ser alteradas ou desacatadas pelos individuos, e por isso se chamam de *interesse e ordem publica.*

E a razão de ser destas leis, que assim limitam a liberdade dos individuos, impondo-lhes a observancia de certas regras, em actos que se referem aos seus interesses, é nitidamente exposta pelo professor CAPITANT:

« Em primeiro logar, o legislador deve evitar que a actividade do homem se exerça num sentido contrario ao interesse da collectividade. A liberdade do individuo só póde ser fecunda e util, se tem fins conformes á ordem social. »

E' assim, por exemplo, que a lei não permitte contractos contrarios á moral publica (cod. civ., art. 671.°, n.° 4.°).

« Em segundo logar, continúa CAPITANT, para que a liberdade do individuo seja efficaz, é necessario que o legislador compense, por medidas protectoras, as desegualdades existentes entre os homens, e provenientes, quer do estado physico, quer da situação economica dos individuos, a fim de impedir que, no commercio juridico, os fracos estejam á mercê dos fortes » (1).

O nosso codigo civil reconhece expressamente a distincção entre as leis de mero *interesse privado* e as de *ordem publica,* no art. 10.° e seu § unico:

> « os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja prohibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrario. »
>
> « § unico. Esta nullidade póde, comtudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não fôr de interesse e ordem publica. »

Mas quaes são as *leis de ordem publica?*

A sua determinação concreta é problema insoluvel, precisamente porque é impossivel traduzir em uma

(1) CAPITANT, pag. 39.

fórmula clara e precisa o conceito geral dos principios de ordem publica, e por isso mesmo o legislador não póde fazer a declaração legal dos preceitos desta natureza.

A qualificação dos preceitos de ordem publica só póde fazer-se pela investigação scientifica e logica do pensamento e do espirito que inspira as differentes instituições juridicas.

Não póde adoptar-se como regra positiva o criterio de uma definição da *ordem publica,* porque essa definição tem sempre o inconveniente de ser mais ou menos vaga e indecisa (1).

Nesta materia é forçoso confessar que a sciencia do direito moderno não consegue ir além da definição classica, que considera *de ordem publica* os preceitos destinados a garantir e defender principalmente os interesses da collectividade, isto é, as condições fundamentaes da vida moral e juridica da sociedade.

Só em cada instituição juridica é que se póde, pela investigação do pensamento do legislador, determinar qual é o gráu de força obrigatoria da lei, para se concluir se as partes podem deixar de a observar, por ser considerada de ordem publica.

De resto, é impossivel fixar *à priori* um criterio fixo, pelo qual se possam classificar essas leis.

Entretanto os jurisconsultos são geralmente concordes em considerar como leis de *interesse e ordem publica:*

(1) Assim: De Rossi considera como principios de ordem publica o conjuncto de normas reguladoras do estado e da capacidade das pessoas; para Borsari, a ordem publica consiste na tranquilidade, no estado politico do país, no sentimento da honestidade geral; Fiore considera de ordem publica as leis cujo fim directo e principal é o interesse de terceiros e a conservação das instituições sociaes; o Dr. Marnoco e Sousa define como principios de ordem publica os preceitos que se referem á constituição fundamental de cada um dos aggregados sociaes, e que por isso são tambem condições necessarias á existencia e ao desenvolvimento do Estado. Dr. Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, pag. 230 e 232. Póde tambem ver-se a critica das differentes fórmulas em Vareilles Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois.*

a) as leis sobre o estado e a capacidade, entendendo por *estado* a situação ou qualidade do individuo, de que lhe resultam certos direitos e obrigações (menoridade, demencia, casamento, parentesco, etc.);

b) as leis que regulam a organisação da familia;

c) as leis fundamentaes sobre a organisação da propriedade;

d) as disposições que obrigam o auctor dum delicto a reparar o damno causado;

e) as leis destinadas a garantir os terceiros contra prejuizos que lhes advenham dos actos juridicos em que não tenham tomado parte (1).

Os commentadores classicos do codigo civil francês adoptaram durante muito tempo a doutrina de que as leis prohibitivas são sempre de ordem publica; e que são egualmente de ordem publica as leis imperativas, quando a ordem, que conteem, equivale a uma prohibição (2).

Mas esta doutrina foi abandonada, porque não se harmonisava com muitas disposições do direito civil.

Esta doutrina é substancialmente a de Coelho da Rocha, a respeito da distincção entre as leis facultativas e as preceptivas, como dissémos anteriormente, porque, na verdade, não ha distincção entre leis imperativas e prohibitivas, sendo certo que todas as leis imperativas são afinal prohibitivas: prohibem que se faça o contrario do que a lei ordena.

A distincção entre leis imperativas e prohibitivas é apenas uma questão da fórma em que está redigido o preceito legal.

35. Leis geraes, especiaes e excepcionaes. — O principio da egualdade perante a lei, proclamado pela revolução francesa, constitue um dos axiomas fundamentaes da organisação social.

(1) Capitant, pag. 40 e 41.
(2) Merlin, *Répertoire*, v.° *Nullité.*

Dahi resulta para as leis o seu caracter de generalidade, em virtude do qual ellas são applicaveis a todas as pessoas, a todos os bens, e a todos os actos, a respeito dos quaes possam verificar-se as mesmas relações juridicas.

Neste sentido bem póde dizer-se que todas as leis são *geraes*.

Mas nesta materia não deixa de ter applicação o velho proverbio — *Não ha regra sem excepção.*

Muitas vezes o legislador, obedecendo a motivos de interesse geral, reconhece a necessidade de adoptar, para certos ramos da actividade social, um regimen juridico differente do que se acha instituido na lei geral.

Foi assim que do direito privado, geral e commum, ou direito civil, se separou o direito privado especial do commercio.

E' assim que do direito civil geral sobre a occupação se separou um ramo especial para as minas (cod. civ., art. 467.°), que se chama o direito minerario.

Vê-se, pois, que, em relação á sua maior ou menor amplitude, ha duas especies de leis — *geraes* e *especiaes,* conforme regulam todo um conjuncto de relações sociaes, ou apenas certa e determinada especie desse genero.

Mas nem só as leis especiaes restringem o campo de applicação das leis geraes.

Ha tambem as leis *excepcionaes,* que regulam, por modo contrario ao estabelecido na lei geral, certos factos ou relações juridicas, que, por sua natureza, estariam comprehendidos nella.

Um exemplo caracteristico de lei geral e de lei excepcional é o dos artt. 672.° e 1671.° do codigo civil.

Tanto as leis *especiaes* como as *excepcionaes* excluem a applicação do direito geral e commum a certos factos; mas ha entre as duas especies differenças profundas, que dão logar a effeitos e regras bem distinctas, na applicação de umas e outras.

Basta notar que nos proprios preceitos das leis especiaes tambem ha disposições de excepção, de modo que aquellas, em relação a estas, tambem são leis geraes.

O que distingue a lei geral da especial é que esta regula materias ou assumptos diversos dos regulados por aquella, podendo deixar de ser oppostas ou incompativeis as respectivas disposições.

Pelo contrario, o objecto da lei excepcional é o mesmo da lei geral, simplesmente esta deixa de ser applicada em *certos* e *determinados casos,* que, sem a lei excepcional, seriam regulados pela lei geral; de modo que o preceito da lei excepcional é opposto ou contrario ao da lei geral.

Como justamente observa Bianchi, fallando-se de disposição de *lei excepcional,* presuppõe-se necessariamente a existencia de outras leis ou principios geraes, cuja applicação foi por aquella limitada, subtrahindo-lhes casos que rigorosamente nelles estariam comprehendidos. E sendo obvio que a regra geral deve manter o seu pleno vigor obrigatorio emquanto o proprio legislador o não tiver expressamente negado, é forçoso dar á disposição excepcional uma *interpretação restrictissima;* de modo que, para qualquer outro caso, que não seja identicamente o que foi taxativamente contemplado na excepção, é preciso recorrer á regra geral, pois não póde a excepção ampliar-se por qualquer analogia de casos, ou identidade de motivos.

E' a doutrina expressa do art. 11.° do codigo civil:

« A lei, que faz excepção ás regras geraes, não póde ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei. »

Mas fallando de *leis especiaes,* enuncia-se antes um conceito de sua natureza comparativo com outras leis geraes, cujas disposições poderiam tambem

regular as materias particulares submettidas áquellas leis especiaes, no caso de estas não existirem; mas nem por isso estas leis especiaes trazem verdadeiras limitações ao vigor e applicação das leis geraes, pois que o legislador não subtrae a estas casos particulares nellas comprehendidos, mas julgando que determinadas materias particulares e complexas não podem ser convenientemente reguladas com as normas do direito commum, sujeita-as a normas propriamente suas, não oppostas ás geraes, mas distinctas dellas.

Não póde, por isso, applicar-se a estas leis aquelle principio da *interpretação restrictissima,* que vale para as leis excepcionaes, pois embora ellas não possam applicar-se a materias diversas daquellas para que foram particularmente estabelecidas, podem, no entanto, applicar-se por analogia a casos semelhantes, sendo da mesma natureza, e tambem a casos identicos, embora de natureza diversa, mas analoga (1).

A determinação rigorosa do caracter *excepcional* ou *especial* de qualquer lei é de grande importancia, como se infere do que fica dito; pois dahi deriva a necessidade de a interpretar *restrictivamente* ou não.

Algumas vezes acontece que o legislador não formula *expressamente* a regra geral, á qual a excepcional se refere; mas esta suppõe sempre a sua existencia.

E' nesta intima connexão entre as duas leis que se origina uma regra de interpretação, conhecida por *argumento a contrario sensu,* cuja applicação deve ser muito escrupulosa, pelos grandes perigos que encerra, e que, em parte, derivam precisamente das difficuldades que existem para a determinação das proprias leis excepcionaes, quando a lei geral não é expressa (2).

(1) Bianchi, I, n. 12
(2) Dr. Teixeira d'Abreu, cit. *Liç*, pag. 38.

36. Condições da existencia das leis com força obrigatoria. —Para que uma lei exista com força obrigatoria, é necessario que seja elaborada ou formulada pelos orgãos competentes, que seja posta em execução, e que não tenha sido substituida por outra, ou deixe de vigorar por disposição da mesma lei.

No periodo de duração duma lei devemos distinguir os seguintes momentos ou phases:

a) *formação da lei;*
b) *promulgação;*
c) *publicação;*
d) *começo de execução* ou vigencia; e, por fim,
e) *a revogação,* isto é, o termo ou cessação da sua vigencia.

37. Formação, promulgação, e publicação das leis. — Estas condições referem-se ás leis propriamente ditas, isto é, ás regras de direito formuladas pelo orgão competente (poder legislativo).

O processo de formação da lei abrange uma serie de momentos distinctos, determinados pela maneira como está organisado e funcciona o poder legislativo, que é constituido pelas côrtes com a sancção do chefe do Estado.

O primeiro momento é a apresentação da *proposta* ou *projecto* de lei ao parlamento.

Depois segue-se a discussão e a votação.

Sendo o projecto de lei approvado por ambas as camaras, passa a ser o que se chama *decreto das côrtes geraes,* o qual se converte em lei com a *sancção* do rei, isto é, com a approvação do chefe do Estado.

A lei está assim completamente formada.

Mas, para ter força obrigatoria, carece ainda de duas condições: a *promulgação* e a *publicação.*

A *promulgação* é o acto pelo qual o chefe do Estado attesta ao corpo social a existencia da lei, e ordena a sua execução (1).

Na fórmula da *promulgação* está comprehendida tambem a *sancção*.

Mas os dois actos não se confundem, porque:

a) a sancção é elemento de formação da lei, emquanto que a promulgação é a affirmação authentica e solemne da lei já formada;

b) a sancção é dada pelo rei como membro do poder legislativo, emquanto que a promulgação é feita pelo rei como chefe do poder executivo; de modo que,

c) a sancção é um acto dependente do arbitrio do rei, que póde oppor o seu *veto* aos decretos das côrtes geraes, emquanto que a promulgação é um acto obrigatorio para o chefe do Estado, visto que sanccionou a lei.

A *publicação* é o acto pelo qual a lei se torna, ou se presume tornar, conhecida de todos.

Consiste em imprimir as leis no jornal official do Governo.

E' uma formalidade indispensavel, porque não se concebe a observancia de regras que não sejam conhecidas.

A *promulgação* e a *publicação* differem no seguinte: a primeira, sendo como que um attestado authentico da existencia da lei, torna-a *executoria,* attribuindo-lhe a força coerciva, que até ahi não tinha; a segunda, tendo por fim dá-la a conhecer aos cidadãos, pela *divulgatio promulgationis,* torna a lei *obrigatoria* (2).

(1) A carta constitucional consigna no art. 61.º a fórmula da promulgação, que é a que se encontra no principio da carta de lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo civil

O diploma que contem a lei, com a sua promulgação, tem o nome de *carta de lei,* e é assignado pelo rei e pelos ministros respectivos.

(2) A *publicação* das leis faz-se no *Diario do Governo,* para o continente e ilhas adjacentes; depois disso, póde qualquer pessoa

Entretanto, certo é que a promulgação constitue uma simples solemnidade, que não tem outra razão de ser, senão mostrar a auctoridade superior do chefe do Estado, porque, de facto, nada accrescenta ao valor real da lei.

Embora a *publicação* das leis as não torne conhecidas senão de uma pequena parte dos cidadãos, constitue em todo o caso a presumpção absoluta de que todos ficam por esta fórma notificados da sua existencia com força obrigatoria.

Ninguem póde, por consequencia, invocar o desconhecimento da lei, para se livrar da sua observancia.

Aquella presumpção absoluta impõe-se como uma necessidade impreterivel, porque, não sendo assim, todos podiam desacatar as leis, sob o pretexto de as não conhecerem.

Em harmonia com esta doutrina, dispõe o codigo civil no art. 9.º:

> « Ninguem póde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, *com o pretexto de ignorancia d'esta,* ou com o seu desuso. »

BRUSCHY sustentou, no seu *Manual de Direito Civil,* que o desconhecimento ou ignorancia da lei é motivo legal para uma pessoa se eximir ao cumprimento das obrigações, que a mesma lei impõe, desde que seja um facto real, e não um simples pretexto, como, por exemplo, no caso de um individuo andar em viagem no mar, e praticar um acto permittido pela lei vigente ao tempo em que embarcou, mas prohibido pela lei vigente ao tempo em que foi praticado.

reproduzi-las pela imprensa. No Ultramar devem ser publicadas no *Boletim official* de cada provincia.

Para as leis mais importantes, costuma a Imprensa Nacional, no uso de auctorisação conferida pelo decreto de 19 de agosto de 1833, publicar edições separadas, com a nota de *edição official.*

A mesma auctorisação tem tambem a Imprensa da Universidade.

Esta interpretação do art. 9.º é fundada no argumento *à contrario sensu,* assim deduzido: se o artigo prohibe que se invoque o *pretexto* da ignorancia da lei, para fugir ás obrigações que ella impõe, é porque essa ignorancia aproveita, sendo *real,* e não *pretextada.*

Mas a interpretação de BRUSCHY tem sido unanimemente rejeitada, porque não foi essa a vontade do legislador, nem podia ser, em face da doutrina exposta sobre o effeito juridico da publicação das leis.

Se o legislador quizesse uma tal doutrina, te-la-hia consignado claramente.

Mas para isso era inutil o preceito do art. 9.º, pois que, do facto de ser a ignorancia da lei motivo legal de escusa, de modo algum se poderia concluir que o simples *pretexto* dessa ignorancia produzia o mesmo effeito (1).

De resto, a doutrina de que a publicação regular das leis constitue presumpção absoluta da sua notificação a todos os individuos, é um dos principios axiomaticos consignados pelos escriptores de direito, como sendo insusceptives de qualquer impugnação (2).

38. Periodo da vigencia das leis. — É, como acabamos de ver, a publicação que attribue ás leis a sua força obrigatoria.

Mas não é logo a seguir á publicação, que começa a vigencia das leis, porque a presumpção absoluta, da sua chegada ao conhecimento de todos os cidadãos, seria um absurdo, se não mediasse um certo intervallo de tempo, que se reputa indispensavel, mas sufficiente, para que, com effeito, a lei publicada se torne conhecida.

A fixação do começo da vigencia das leis tem-se feito geralmente pelo chamado methodo *successivo,*

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit., pag. 49, nota (1).
(2) CHIRONI e ABELLO, pag. 27 e segs.; CAPITANT, pag. 42.

que consiste em adoptar um prazo mais ou menos longo, tomando em consideração a distancia das diversas localidades.

Este methodo vigora ainda entre nós, estando consignado no art. 1.º da lei de 9 de outubro de 1841, onde se dispõe que as leis começarão a vigorar, em Lisboa e seu termo, tres dias depois daquelle em que forem publicadas no jornal official do Governo; nas restantes terras do continente do reino, quinze dias depois da mesma publicação; e, nas ilhas adjacentes, oito dias depois da chegada da primeira embarcação que conduzir a participação official da lei.

No Ultramar começam a vigorar, na capital da provincia, tres dias depois da publicação no Boletim Official, e, quinze dias depois, nas restantes terras.

As mesmas disposições se applicam aos decretos e regulamentos.

O methodo successivo, sendo determinado simplesmente pela difficuldade de levar rapidamente as leis ao conhecimento de todas as localidades, já hoje não tem razão de ser, para o continente, pelo menos, dada a grande facilidade das communicações.

Mas, além disso, tem o inconveniente de poder originar graves conflictos de direitos constituidos á sombra de leis diversas, pois que as relações juridicas podem estabelecer-se entre pessoas, ou em relação a cousas, que residam ou estejam em logares muito distantes.

Por isso é preferivel o methodo chamado *synchronico* ou *instantaneo,* que consiste em fixar um certo dia para o começo da vigencia da lei em todas as localidades, pelo menos para o continente e ilhas adjacentes.

Este methodo torna-se particularmente recommendavel, e mesmo indispensavel, quando se trata de leis muito extensas e complexas, que exigem necessa-

riamente um prazo muito maior que o fixado na lei de 9 de outubro de 1841.

Foi o que se fez, por exemplo, para os codigos civil, de processo civil, commercial, de processo commercial, de fallencias, etc.

Para o codigo civil, a lei de 1 de julho de 1867, que o approvou, determinou no art. 2.º:

> « As disposições do dito codigo começarão a ter vigor em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes, seis mezes depois da publicação da presente lei no *Diario de Lisboa.* »

Em harmonia com esta disposição, foi fixado o dia 22 de março de 1868 como o primeiro da vigencia do mesmo codigo, e tambem como o da sua *promulgação,* para todos os effeitos nelle previstos, nos termos do art. 3.º da mesma lei.

Mas, em vez de tornar o começo da vigencia dependente do dia da publicação, é preferivel fixar logo com precisão o dia em que a lei deve entrar em vigor, como se fez para alguns daquelles codigos, porque se evitam assim as duvidas sobre a contagem do tempo, como aconteceu com o codigo de processo civil, sendo muito questionado o dia em que entrou em vigor, por não ter sido feita integralmente a sua publicação no mesmo numero do *Diario.*

O periodo de vigencia da lei dura emquanto as suas disposições não forem substituidas por outras, isto é, emquanto não fôr revogada.

Se houver uma lei de execução temporaria, previamente fixada, então a lei deixará de vigorar no tempo estabelecido na mesma.

Decorrido esse tempo a lei caducou.

39. Revogação das leis. — A revogação é o acto que tira á lei a sua força obrigatoria, ou porque

foi supprimida pura e simplesmente, ou porque as suas disposições foram substituidas pelas de uma lei nova.

A revogação, relativamente ao seu conteúdo ou alcance, póde ser *total* ou *parcial,* conforme são revogadas todas as disposições de uma lei, ou só parte dellas.

Alguns escriptores dão o nome de *abrogação* á revogação total, e chamam *derogação* a revogação parcial (1).

E' uma terminologia arbitraria, e sem vantagem pratica.

Relativamente á forma porque é feita, a revogação ou derogação póde ser *expressa* ou *tacita.*

E' *expressa* quando uma lei nova declara que ficam sem effeito certas leis anteriores, no todo ou em parte; tal é a revogação das leis civis anteriores ao codigo civil feita pelo art. 5.º da lei que approvou e promulgou o mesmo codigo.

Revogação *tacita* é a que resulta necessariamente da incompatibilidade existente entre as disposições de uma lei nova e as de outras leis anteriores.

Estas são revogadas na medida em que o seu conteúdo é incompativel com o da nova lei.

A fórmula — *Fica revogada a legislação em contrario,* que geralmente constitue o ultimo artigo das leis, é uma disposição superflua, porque não é outra cousa senão a confirmação legal do principio da revogação tacita.

A incompatibilidade de duas ou mais disposições legaes dá-se quando ellas são por tal modo antinomicas, oppostas, ou contrarias, que se torna impossivel executa-las simultaneamente.

Nestas condições, não póde deixar de prevalecer a ultima, porque é essa que representa a vontade do legislador.

(1) Chironi e Abello, pag. 31.

Tratando-se do confronto ou concurso de uma lei geral e de uma lei especial, póde dizer-se que, em principio, não ha revogação, porque não ha incompatibilidade entre ellas, pois que, sendo diversos os seus objectos, do dominio da primeira está excluido o da segunda.

Dahi o principio — *a lei geral não revoga a especial — legi speciali per generalem non derogatur* (1).

Mas este principio cessa perante a manifestação da vontade do legislador em contrario, que póde revelar-se na adopção de preceitos juridicos incompativeis com os da lei especial.

Mas, por outro lado, apezar de serem diversos os objectos da lei geral e da especial, a jurisprudencia affirma, como principio absoluto, ou regra sem excepção, que *a lei especial revoga a lei geral.*

Deve, porém, notar-se que esta maxima é inexacta, porque não ha aqui uma verdadeira revogação, a não ser que haja, com effeito, incompatibilidade de disposições. Mas, em geral, não ha, pois que a lei especial regula materias determinadas, para as quaes deixa de ter applicação a lei geral, que, entretanto, fica em vigor na generalidade das suas disposições.

A proposito da revogação, discutem os escriptores duas questões interessantes:

A lei perderá a sua força obrigatoria, quando as circumstancias que a determinaram desapparecem definitivamente?

E poderá a lei ser revogada pelo estabelecimento dum uso contrario, ou pelo desuso, isto é, pelo não-uso prolongado durante um largo periodo de tempo?

Em nosso entender, a resposta tem de ser negativa em ambas as questões.

Na actual organisação juridica, se o poder legislativo é o unico competente para fazer leis, é do mesmo modo o unico competente para as revogar.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, *Traité de droit civil*, I, pag. 96.

Quando desapparecem as necessidades sociaes que determinaram uma certa lei, uma de duas cousas acontece: ou surgem novas necessidades no logar das velhas, ou não; no primeiro caso, o legislador tem o dever de formular novas leis, revogando expressa ou tacitamente as leis anteriores; no segundo caso, a lei, embora não tenha applicação, fica subsistindo, porque podem novamente surgir as circumstancias que lhe deram origem.

A questão é no fundo a mesma que a da revogação pelo não-uso, que os escriptores rejeitam uniformemente.

Sobre o poder revogatorio do costume é que ha divergencias, havendo quem sustenta, como CAPITANT, que uma lei deve considerar-se revogada, sempre que os interessados deixam de a observar, para se regularem por um costume estabelecido em vez della (1).

Mas não nos parece acceitavel esta doutrina, porque o costume só por si não constitue direito, no estado actual do desenvolvimento juridico da sociedade, constituindo apenas uma fonte geradora do direito, que o legislador póde converter em lei.

E só então é que se poderá considerar revogada a lei velha.

40. Direito civil vigente entre nós. O codigo civil e as principaes leis civis.

O direito civil português encontra-se quasi todo na lei que se chama o *codigo civil,* e que podemos definir:

> *a organisação synthetica, systematica e scientifica, das leis do direito civil.*

Tendo já trinta e seis annos de vigencia, o codigo civil constitue, ainda hoje, quasi a unica fonte formal

(1) CAPITANT, pag. 48.

do direito civil português, pois que a legislação posterior a elle, e modificando, esclarecendo, ou completando as relações de direito civil, é relativamente de pequena importancia.

A maior parte desta legislação, até 1891, foi collecionada pelo fallecido professor Dr. SANCHES DA GAMA, sob o titulo de *Legislação complementar do codigo civil portuguez*.

Depois de 1891 alguns diplomas legaes, de alguma importancia, teem sido publicados sobre diversas materias, que directa ou indirectamente modificam algumas disposições do codigo civil.

Alem dos codigos de processo civil, commercial e de processo commercial, e da nova reforma penal de 1884, que se fundiu com o codigo penal de 1852, para formar o codigo penal vigente, de 1886, devemos mencionar:

a) o decreto de 30 de setembro de 1892, regulamentado pelo decreto de 14 de dezembro do mesmo anno, que fez algumas alterações ao regimen da emphytheuse, sobretudo estabelecendo a remissão obrigatoria dos fóros, e revogando o art. 1701.°, que prohibia a subemphyteuse;

b) o decreto de 1 de dezembro de 1892, com o regulamento de 19 do mesmo mês e anno, que modificou o codigo civil sobre o regimen das aguas;

c) o decreto de 10 de janeiro de 1895, que tornou facultativa a remissão dos fóros, e restringiu a constituição da subemphyteuse ao caso de aproveitamento de terrenos incultos;

d) a lei de 21 de maio de 1896, que regula a propriedade industrial e commercial, fazendo modificações ao regimen do trabalho segundo o codigo civil;

e) o decreto de 20 de janeiro de 1898, que approvou o regulamento do registo predial; e

f) o decreto de 14 de setembro de 1900, que reformou os serviços do notariado, e que modificou

ou completou algumas disposições do codigo civil sobre os actos que exigem a intervenção do notario publico.

41. Direito antigo revogado pelo codigo civil. — A carta de lei, que approvou e promulgou o codigo civil, não se contentou com a fórmula superabundante da revogação tacita, consignada no seu art. 10.°, e dispoz no seu art. 5.°:

> « Desde que principiar a ter vigor o codigo civil, ficará revogada toda a legislação anterior, que recair nas materias que o mesmo codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial. »

Esta fórmula de revogação expressa não foi muito feliz, porque deu logar a duvidar se abrangia tambem a legislação administrativa, commercial, fiscal, etc., a que, por vezes, o codigo faz referencia.

E a ideia de que toda essa legislação, na parte em que podia ser affectada pelo codigo civil, ficava assim revogada, era até certo ponto confirmada pelo facto de o codigo civil resalvar a legislação especial anterior nas hypotheses reguladas por alguns artigos, como, por exemplo, nos artt. 1411.°, 1540.°, 1604.°, etc.

Mas, como, por outro lado, o art. 3.° do codigo civil declara, dum modo geral e positivo, que os direitos e obrigações civis são regulados pelo direito privado contido no codigo civil, *excepto na parte que é regulada por lei especial,* prevaleceu a opinião de que a fórmula revogatoria do art. 5.° da carta de lei apenas abrangia a legislação anterior *de caracter civil.*

E esta foi a doutrina officialmente consagrada no decreto de 18 de novembro de 1869, pelo qual o Governo tornou o codigo civil extensivo ao Ultramar,

usando da auctorisação que lhe fôra conferida pelo art. 9.º da carta de lei do mesmo codigo.

No art. 6.º do referido decreto diz-se:

> « Desde que principiar a vigorar o codigo civil, ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas materias *civis* que o mesmo codigo abrange. »

A auctorisação conferida pelo art. 9.º da carta de lei ao Governo dava-lhe poderes para modificar o codigo em harmonia com as circunstancias especiaes das provincias ultramarinas.

E, com effeito, o Governo introduziu-lhe algumas modificações, constantes do referido decreto, que tiveram principalmente por fim resalvar os *usos* e *costumes* dos indigenas, que foram mandados codificar (1).

De modo que, sendo resalvados esses usos e costumes no Ultramar, todas as relações civis, constituidas depois da promulgação do codigo civil, são por elle, ou por outras leis posteriores, exclusivamente reguladas, sendo inadmissivel a invocação de quaesquer preceitos de leis civis anteriores.

Comtudo podem ainda ser applicadas leis anteriores de outra natureza, embora referentes a materias de que o codigo se occupa sob certos pontos de vista.

« E' o que succede, por exemplo, diz o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, a proposito da *caça*, á qual o nosso codigo consagra os artt. 384.º a 395.º, e que, relativamente ao tempo e ao modo, está sujeita ao direito administrativo, tendo ainda hoje de observar-se a este respeito, o disposto nas *Ordenações do Reino* (Liv. IV, Tit. 88), nos concelhos em que não houver posturas

(1) Alguns desses codigos encontram-se na referida *Legislação complementar do codigo civil.*

municipaes, ou regulamentos districtaes, sobre o assumpto » (1).

Mas nem todas as disposições do codigo civil começaram a vigorar com elle, e algumas ha que ainda não tiveram execução, por virtude do disposto no art. 4.º da carta de lei:

> « Todas as disposições do codigo civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições publicas ou de outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão desde que taes instituições funccionarem. »

Em diversos artigos, e particularmente no § 4.º do art. 419.º, encontram-se disposições dependentes da existencia de *estabelecimentos de beneficencia pupillar,* ou da magistratura que os substituisse, institutos que ainda não foram creados, determinando, por isso, a Portaria de 14 de setembro de 1875, que o preceito do referido § 4.º do art. 419.º ainda não podia ser cumprido, embora a questão seja muito discutivel hoje, em face do art. 969.º do codigo de processo civil, onde se dispõe que

> « as multas, que segundo o codigo civil devem ser applicadas para estabelecimentos de beneficencia pupillar, reverterão em Lisboa para a Casa Pia, nas outras terras para algum asylo de infancia desvalida, e onde o não houver para a Misericordia, emquanto não se acharem creados os estabelecimentos de beneficencia a que o mesmo codigo se refere » (2).

(1) Cit. *Liç.*, pag. 51, e *Lições de Direito civil português*, I, pag. 244 e 245.

(2) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, cit. *Liç.*, pag. 50.

42. Fontes subsidiarias do direito civil.

A complexidade e o desenvolvimento progressivo das relações sociaes, por um lado, e, por outro, a impossibilidade de formular regras de direito que previnam e regulem as differentes hypotheses, que podem dar-se nas relações juridicas conhecidas, dão logar á necessidade das *fontes subsidiarias* do direito, isto é, á determinação de principios que, na falta de disposição legal, devem applicar-se na decisão das questões juridicas.

E' o que se chama o *direito subsidiario.*

E a sua determinação é tanto mais indispensavel, quanto é certo que nenhum juiz póde recusar-se a julgar, sob o pretexto de falta ou obscuridade da lei, por falta de provas ou por qualquer outro motivo que não seja a sua incompetencia legal, sendo considerada como *denegação de justiça* a recusa a proferir despacho sobre qualquer objecto que lhe seja requerido, ou a dar sentença sobre questão pendente, ou a cumprir, nos termos da lei, as decisões dos tribunaes superiores (codigo de processo civil, artt. 97.º e 1092.º, no 4.º).

Os legisladores teem adoptado diversas fontes subsidiarias para o direito civil, sendo as principaes o *direito romano,* as *leis extrangeiras,* a *equidade,* os *principios geraes de direito,* a *analogia* e o *direito natural.*

Entre nós, a lei de 18 de agosto de 1769 determinou, no § 9.º, que o direito romano fosse considerado como subsidiario das leis patrias, sendo conforme com *a boa razão* ou direito natural.

E nos Estatutos da Universidade (Liv. II, Tit. V, Cap. III) estabeleciam-se as seguintes regras para verificar se um dado preceito das leis romanas era ou não conforme com a boa razão:

a) verificar se a lei é fundada em alguma razão peculiar do povo romano; e

b) consultar o uso que da mesma lei fazem as nações modernas, examinando as obras dos seus melhores jurisconsultos e as disposições dos seus codigos.

Mas o codigo civil, seguindo a corrente das modernas legislações, proscreveu por completo o direito romano, e com razão o fez, porque o direito romano já não póde harmonisar-se com as condições e circunstancias da moderna civilisação; e, de resto, as disposições aproveitaveis do direito romano foram já ha muito assimiladas pelos codigos contemporaneos.

Tambem não é acceitavel o direito extrangeiro, como direito regulador dos casos omissos, não tanto pela diversidade de costumes, condições e circunstancias, que separam os differentes povos, mas porque a adopção de tal direito subsidiario teria como consequencia a maior incerteza e anarchia, visto que muitas vezes as regras de direito são differentes nos codigos.

A equidade não satisfaz como direito subsidiario, porque é uma noção juridica abstracta, e tam imperfeita, que não póde traduzir-se em ideias positivas e concretas.

A noção mais acceitavel da equidade é, em nosso entender, a da justiça relativa, ou seja, a conciliação dos interesses em harmonia com as circunstancias particulares em que se apresentam.

Mas, qualquer que seja a noção adoptada, subsiste sempre o vago e indefinido da fórmula juridica, e, por consequencia, o arbitrio dos tribunaes.

Foi naturalmente por isso que a commissão revisora do projecto do codigo civil, por proposta do vogal LEVY MARIA JORDÃO, eliminou do art. 13.º, correspondente ao art. 16.º do codigo, o criterio da *equidade,* como direito subsidiario, para o substituir pelos *principios de direito natural, conforme as circunstancias do caso.*

O criterio dos *principios geraes do direito* foi adoptado pelo codigo civil italiano.

Por principios geraes do direito não se póde deixar de entender o conjuncto de ideias fundamentaes que inspiram e justificam as differentes instituições juridicas.

A' primeira vista parece um criterio que deve acceitar-se sem hesitações nem discussão, porque faz parte da propria constituição fundamental do direito.

Mas, por isso mesmo, entendemos que não serve para *direito subsidiario,* pois que faz parte integrante do proprio direito já formulado.

Quer dizer: os principios geraes de direito constituem um valiosissimo elemento para a interpretação das leis. Portanto, não são *direito subsidiario,* porque este consiste precisamente no direito applicavel aos casos omissos, isto é, que não estão comprehendidos na lei devidamente interpretada ou esclarecida.

A *analogia,* isto é, a disposição de outra lei que regula um caso, ou uma relação juridica semelhante, é que constitue um verdadeiro typo de direito subsidiario.

Esta especie é consignada no art. 16.º do codigo civil:

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

A analogia é geralmente considerada como elemento de interpretação, mas não como direito subsidiario.

É, com effeito, um elemento da interpretacão das leis, como veremos, emquanto referida a leis da mesma natureza.

Mas constitue verdadeiramente um direito subsidiario, quando referida a leis de natureza diversa, como no caso do direito civil, nos termos do referido art. 16.º.

E é de notar que, independentemente de qualquer disposição tam nitida como a do nosso codigo, alguns escriptores modernos do direito civil já accentuam esta funcção especial da analogia como fonte subsidiaria do direito (1).

De resto, é evidente que a adopção da *analogia* para direito subsidiario se impõe como uma das melhores fontes, porque é de presumir que o legislador teria, com effeito, consignado a mesma regra para os casos identicos ou muito semelhantes, se os tivesse presentes no momento da confecção das leis.

O art. 16.º do nosso codigo consigna esta fonte subsidiaria, nas palavras:

> « nem pelos casos *analogos,* prevenidos *em outras leis.* »

A redacção do art. 16.º, nesta parte, é incorrecta, porque as questões não se resolvem pelos *casos analogos,* mas sim *pelas leis* que regulam esses casos.

Sobre o alcance das palavras « *outras leis* » tem havido quatro opiniões:

a) como significando só as outras disposições do codigo;

b) significando, não só as outras disposições do codigo, mas tambem qualquer outra legislação vigente;

c) significando tanto leis nacionaes como extrangeiras; e

d) significando quaesquer leis patrias em vigor, menos o codigo civil (2).

A ultima é, sem duvida, a mais razoavel; mas não nos parece inteiramente exacta.

(1) LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, I, pag. 229 e 230.

(2) Póde ver-se uma analyse minuciosa e a critica muito sensata destas interpretações na monographia do Dr. VASCONCELLOS PORTOCARRERO, *Questões de jurisprudencia theorica e pratica,* pag. 103 e segs.; o auctor pronuncia-se pela ultima.

E' preciso modifica-la no sentido de que as palavras « *outras leis* » se referem a quaesquer leis, que não sejam a lei applicavel á questão de que se trata.

Quer dizer: o art. 16.º regula não só para o codigo civil, mas para toda a legislação civil. De modo que tratando-se, por exemplo, de uma questão de direito minerario, se ella não vier resolvida na respectiva legislação especial, póde resolver-se pelos preceitos do codigo civil, que regulem casos analogos.

Alguns auctores não reconhecem na analogia o caracter de fonte do direito, pois que ella consiste em fazer applicação de um preceito legal regulador de uma hypothese semelhante, em que a razão de decidir seja a mesma. De modo que a fonte subsidiaria não se encontra na analogia em si mesma, mas na lei que se applica, por um motivo de semelhança entre o caso omisso e o caso previsto e regulado na lei (1).

Entretanto é certo que, em relação a cada especie de leis, não podemos deixar de considerar como direito subsidiario as disposições de outras leis, que regulem casos analogos a outros, que por aquellas devem ser regulados, mas não foram previstos.

Não se póde contestar que, nos termos do art. 16.º do codigo civil, são subsidiarias das leis civis todas as outras leis vigentes, ou sejam, as regras analogas nellas estabelecidas.

Mas a *analogia* é insufficiente, porque bem póde acontecer que em toda a legislação vigente não haja uma disposição que regule um caso analogo ao que se pretende resolver.

Por isso é necessario adoptar um outro typo de direito subsidiario, com a amplitude bastante, para fornecer ao prudente arbitrio dos tribunaes elementos de decisão em todos os casos submettidos ao seu julgamento.

(1) Dr. Vasconcellos Portocarrero, ob. cit., pag. 121 e 122.

Foi assim que a commissão revisora consignou, no final do art. 16.º, os *principios de direito natural, conforme as circunstancias do caso,* em vez da *equidade,* que era adoptada pelo auctor do codigo, no projecto primitivo.

Não se póde dizer que esta fórmula do *direito subsidiario* do direito civil resolva as difficuldades e incertezas, que resultariam da fórmula dos *principios geraes de direito,* da *equidade,* ou mesmo da *doutrina e jurisprudencia,* que tambem por alguns tem sido encarada como fonte subsidiaria do direito.

Em todo o caso tem a vantagem de traduzir o espirito ou a philosophia do codigo civil, que foi em grande parte baseado nos principios da escola do direito natural.

Por outro lado, como houve a prudencia de adoptar uma fórmula mais concreta e positiva que a do direito natural puro ou abstracto, visto que se mandou tomar em consideração as *circunstancias do caso,* a fórmula adoptada tem a vantagem de ser bastante elastica, para se poder amoldar ás modernas ideias do direito natural.

De resto, a verdade é que num systema de direito positivo já regularmente desenvolvido e organisado, póde bem dizer-se, com os escriptores que contestam a necessidade dum direito subsidiario (Gabba, Windscheid, e outros), que não ha realmente casos omissos, porque em todo o organismo juridico ha elementos e principios sufficientes para resolver todas as questões (1).

(1) Dr. Vasconcellos Portocarrero, pag. 161 e 162.

CAPITULO III

CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

43. Conceito da codificação. A codificação não é outra cousa senão um processo de organisação juridica, que consiste em reduzir a *codigos* as leis dos differentes ramos do direito.

Um *codigo* é, como já dissémos, a organisação synthetica, systematica e scientifica, das leis de um certo ramo de direito (1).

Os escriptores costumam caracterisar a funcção dos codigos, principalmente pela unificação do direito.

E' assim que em França, diz CAPITANT, no principio do seculo XIX, se sentiu a necessidade de codificar o direito privado, para acabar com a profunda diversidade do direito antigo. Do mesmo modo a Italia, depois a Allemanha, tendo realisado a sua unidade politica, completaram-na pela confecção dum codigo civil (2).

Mas a verdade é que a funcção unificadora dos codigos não é a sua unica, nem mesmo a sua principal razão de ser.

Nos países onde o direito está unificado, nem por isso a codificação deixa de ser necessaria e util, para facilitar o conhecimento do direito, e sobretudo para

(1) A palavra *codigo* é a traducção de *codex,* que primitivamente significou, entre os Romanos, a reunião de pequenas taboas de madeira cobertas por uma camada de cera, onde se escrevia por meio dum stylete; estas taboas eram reunidas de modo a formar um caderno. Mais tarde, no seculo IV, a palavra *codex* passou a significar as collecções de leis, como os *codices Gregorianus, Hermogenianus* e *Theodosianus,* que no anno 529 foram substituidos pelo *Codex de Justiniano.* E nesta significação se manteve sempre, até que o progresso juridico transformou as antigas collecções nos codigos modernos.

(2) CAPITANT, pag. 50. No mesmo sentido, PLANIOL, pag. 7.

o aperfeiçoar, reduzindo-o a systematisações scientificamente ordenadas.

De resto, a unificação do direito tanto se podia realisar com a obra da codificação, como por meio de leis avulsas e fragmentarias sobre as differentes materias juridicas.

44. Merito da codificação — A escola do direito natural e a escola historica. O apparecimento do codigo civil francês (1804) provocou, no principio do seculo XIX, uma grande questão sobre as vantagens ou inconvenientes dos codigos, questão que se debateu principalmente na Allemanha, entre THIBAUT e SAVIGNY, representando respectivamente as doutrinas da escola philosophica ou do direito natural e as da escola historica.

THIBAUT e a sua escola, partindo do principio fundamental da existencia de um direito natural commum a todos os povos, reclamavam a unificação do direito germanico, imitando a França na confecção dum codigo civil.

Pelo contrario, SAVIGNY, partindo do principio fundamental da sua escola, que considera o direito como um producto historico, que se vae formando e transformando continuamente na evolução das condições sociaes, aliás muito variaveis de povo para povo, impugnava a ideia da codificação, com o fundamento de que os codigos faziam crystallisar o direito, constituindo assim um obstaculo enorme ao seu desenvolvimento normal.

A codificação, dizia SAVIGNY, desconhece o caracter historico e evolutivo do direito, fixando-o como se elle fosse immutavel, e, exgotando as outras fontes da sua producção, paralysa o seu desenvolvimento ulterior. O direito perde assim a sua plasticidade, sendo encerrado num modelo que o defórma. E particularmente a Allemanha parecia a SAVIGNY um terreno

muito proprio para o desenvolvimento consuetudinario do direito, e por isso muito refractario á sua codificação (1).

Os factos encarregaram-se de pôr termo á discussão, condemnando a doutrina de SAVIGNY contra os codigos.

Quasi todos os paises teem codificado o seu direito privado, tanto o civil como o commercial, e até o processo.

A propria Allemanha, onde por muito tempo triumphou a doutrina de SAVIGNY, acabou por se submetter ao imperio dos factos, organisando os seus codigos civil e commercial.

Na propria Inglaterra, que é a patria mais dedicada do direito consuetudinario, ha muito tempo já que magistrados e escriptores reconhecem o atrazo e o chaos em que se encontra o direito, proclamando, por consequencia, a necessidade de reconstituir as instituições juridicas pelo systema da codificação (2).

A necessidade da codificação é hoje reconhecida geralmente, sobretudo para o direito privado.

« Ha, com effeito, um momento, diz CAPITANT, em que, na vida dum povo, a codificação se torna uma verdadeira necessidade social. Ella é então acolhida como um beneficio, porque simplifica e vulgarisa o direito e colloca-o ao alcance de todos, e sobretudo,

(1) A discussão entre THIBAUT e SAVIGNY começou por um folheto do primeiro, intitulado *Uber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), ao qual SAVIGNY respondeu tambem com um folheto — *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtsvissenschaft* (1814).

(2) Já em 1870 HOLLAND, no seu folheto *Essays upon the form of the law*, accentuava a enorme confusão da jurisprudencia inglêsa, constante de 50 volumes de costumes e 1200 de casos julgados, concluindo que

> « uma dada materia do direito inglês se parece menos a uma superficie plana bem definida do que a um córte vertical de uma formação geologica. »

E em 1885 PAVITT, no seu *Droit anglais codifié*, esperava que um dia, e não longe, os seus concidadãos se levantariam com serenidade e com força contra o estado do direito — *Ce jour-là, au lieu du chaos, l'Angleterre aura un Code.*

porque as regras editadas pelo legislador são condensadas em um livro unico, e não ha mais necessidade, para as descobrir, da erudição que exige o conhecimento de costumes antigos e variados ou de leis numerosas e distinctas (1).

Mas não é só por simplificar e vulgarisar o direito que a codificação se impõe. Nem mesmo nos parece que seja esta a principal e caracteristica funcção dos codigos.

Aquella ideia do professor CAPITANT só é verdadeira em relação ao direito objectivo, isto é, em relação ao conhecimento geral e superficial das leis.

Pelo que respeita ao direito subjectivo, isto é, ao conhecimento profundo do proprio conteúdo das leis, a codificação não o simplifica nem o vulgarisa; e a prova disso é que os codigos só são bem conhecidos pelos poucos que, durante muito tempo, se dedicam ao seu estudo.

O que a codificação faz é organisar scientificamente o direito, reduzindo a um systema organico de principios de vida social, em vez de um amontoado incoherente e confuso de leis avulsas.

E, sob este ponto de vista, a verdade é que os codigos, em vez de serem obstaculo ao desenvolvimento do direito, constituem poderosos elementos da sua evolução progressiva, porque em cada phase da sua existencia representam naturalmente o ultimo grau do aperfeiçoamento das instituições juridicas.

E' que, na verdade, a confecção dum codigo, provoca sempre um intensivo trabalho de critica e de elaboração das doutrinas juridicas, por parte de todos os elementos ou orgãos destinados a exercer ou auxiliar a funcção juridica.

A doutrina e a jurisprudencia realisam nesse momento, e no mais elevado grau de intensidade, a sua funcção de fontes productoras do direito.

(1) CAPITANT, pag. 52 e 53.

Entretanto, é curioso que os proprios partidarios da codificação lhe attribuem tambem inconvenientes graves.

Sem se chegar a dizer, com SAVIGNY, que os codigos produzem a immobilisação do direito, diz-se, porem, que elles produzem uma especie de miragem absolutamente desfavoravel aos progressos da sciencia juridica.

Um codigo, sobretudo um codigo civil, logo que é promulgado, adquire um tal prestigio, que durante algum tempo esconde aos olhos dos jurisconsultos todo o movimento da evolução do direito.

Dahi resulta, diz-se, a tendencia para considerar o codigo um monumento definitivo e indestructivel, no qual se não deve tocar senão com muito cuidado e circunspecção, e quando uma reforma é reconhecida como absolutamente indispensavel. Por isso os projectos de reforma são geralmente vistos com desfavor, e combatidos por aquelles mesmos a quem compete interpretar e applicar a lei.

E' o que até certo ponto se tem dado com o nosso codigo civil, que precisa de reformas importantes em alguns dos seus capitulos, mas que, na verdade, se tem conservado quasi immobilisado, á sombra do respeito, bem merecido, é certo, mas tambem muito exagerado, que se tem consagrado á obra da codificação.

Ha dois annos (1903) foi apresentada na camara dos deputados uma proposta de lei tendente a modificar e interpretar algumas das mais importantes disposições do codigo civil, que carecem de reforma ou interpretação.

A' parte os defeitos de que era affectada a proposta, é certo que as suas disposições correspondiam em grande parte ás indicações da jurisprudencia e aos principios da sciencia do direito.

Mas, apezar disso, a proposta de lei succumbiu a certa altura da discussão, ou antes, perante o ataque

parlamentar, sem que, ao menos, se substituisse por outra mais perfeita.

Comtudo, se não podemos deixar de reconhecer este facto do prestigio immobilisador dos codigos, não o consideramos, porém, como um inconveniente da codificação.

Elle é antes um symptoma da imperfeição e do conservatismo do processo legislativo, e ao mesmo tempo um signal de falta de energia scientifica e renovadora nos differentes cultores da sciencia do direito.

Como inconveniente da codificação, diz-se tambem que os jurisconsultos se concentram no campo restricto das regras e formulas dos codigos, com prejuizo dos principios que constituem propriamente a sciencia do direito; que os codigos são, em todo o caso, uma crystalisação do direito, porque fóra delles fica o direito novo, que necessariamente se vae formando com as mudanças da vida social e com o apparecimento de novas instituições juridicas; e que, por consequencia, assim se vae operando pouco a pouco uma profunda scisão entre a doutrina e a jurisprudencia, entre o direito theorico e o applicado (1).

A verdade, porém, é que estes factos, na parte em que porventura possam representar inconvenientes, verificam-se tambem, e até com mais gravidade, no systema legislativo avulso, com grande predominio do direito consuetudinario, aliás incompativel com as necessidades de precisão e certeza do direito moderno.

De resto, nada se oppõe a que os codigos acompanhem o progresso juridico, modificando-os sempre ao sabor das novas circunstancias.

45. Differentes systemas na codificação do direito civil. — A organisação do codigo civil

(1) Póde ver-se uma exposição brilhante destes pretendidos inconvenientes da codificação em CAPITANT, pag. 53 e segs.

exige um criterio scientifico, destinado a systematisar com a perfeição possivel todo o conjuncto de preceitos e principios do direito civil.

Mas comprehende-se bem que, tratando-se de materia tam vasta e complexa, muitos são naturalmente os systemas propostos.

Pondo de parte a analyse de cada um delles, o que importa, porém, é conhecer os principaes typos a que esses diversos systemas se reduzem.

Ora, os principaes são:

a) o systema romano das *Institutas;*

b) o systema do codigo de Napoleão;

c) o systema baseado na classificação dos direitos ou nas obrigações;

d) o systema baseado nas categorias de relações juridicas do individuo;

e) o systema baseado no objecto dos direitos; e

f) o systema baseado nas proprias condições da vida juridica do sujeito dos direitos.

46. Systema romano das Institutas. Suas variantes — Codigo austriaco e Cimbali. — As *Instituições* do direito romano, geralmente conhecidas pelo nome de *Institutas,* constituem precisamente uma systematisação synthetica do *jus civile,* mandada fazer por JUSTINIANO, com o fim de servir para o ensino do direito.

O criterio adoptado derivou naturalmente da propria constituição do direito subjectivo, cuja analyse nos revela os tres elementos: *sujeito* ou *pessoa, objecto* ou *cousa,* e *garantia* ou *acção.*

Assim se diz logo no principio das *Institutas: Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

E assim o direito civil foi dividido nos tres tratados ou partes classicas — as *pessoas,* as *cousas* e as *acções.*

A systematisação tripartita do direito romano preponderou até ao seculo XVIII, ou, póde mesmo dizer-se, até á phase da codificação moderna, iniciada pelo codigo francês; mas já no seculo XVII começou a ser fortemente combatida, sobretudo na Allemanha, onde os jurisconsultos proclamavam a necessidade de adoptar um criterio mais rigoroso, que fosse baseado na propria classificação dos direitos.

O combate foi iniciado principalmente por LEIBNITZ, com o fundamento de que, sendo o sujeito e o objecto elementos essenciaes de todo o direito, não tinha logica, e era inadmissivel, um systema que separa as pessoas das cousas.

Na mesma ordem de ideas, BLONDEAU classificou de absurda a triangulação das *Institutas,* equiparando-a ao systema que dividisse a Botanica em tres capitulos: jardineiros, terreno e plantas (1).

Como variantes do systema romano, devemos mencionar o systema do codigo austriaco e o systema proposto por CIMBALI.

O codigo austriaco divide o direito civil em tres partes — *direitos das pessoas, direitos sobre as cousas* e *disposições communs,* comprehendendo nesta ultima:

a) garantia dos direitos e obrigações;

b) a transformação dos mesmos;

c) modos por que se extinguem; e

d) a prescripção e o usucapião.

O systema do codigo austriaco foi elogiado por CIMBALI, um dos mais brilhantes cultores italianos do direito civil moderno, no seu folheto sobre *Lo studio del diritto civile negli stati moderni,* porque muito se parece com o systema proposto por CIMBALI na sua bella obra *La nuova fase del diritto civile.*

Nessa obra genial, que é uma das melhores e porventura a mais brilhante exposição e critica dos

(1) COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato,* pag. 85 e segs., BÉLIME, *Philosophie du droit,* pag. 526 e segs.

problemas fundamentaes da renovação do direito civil, propõe CIMBALI para o novo *Codigo do direito privado social* a organisação em tres partes: *pessoas, cousas* e *relações juridicas*.

As duas primeiras são a estatica do direito, ou sejam, os elementos que o constituem em si mesmo; e a terceira é o direito em vida, em acção, é a sua dynamica.

Muito semelhante é tambem o systema apresentado por MÜKLENBRUCH, na sua *Doctrina Pandectarum*, dividindo o direito em duas partes, uma geral e outra especial, sendo esta dividida em tres capitulos: *pessoas, cousas* e *obrigações*.

As variantes da tripartição romana teem a vantagem de substituir a materia da terceira parte, as *acções*, por um outro grupo de factos juridicos, que tem a sua razão de ser á parte do tratado das pessoas e das cousas, emquanto que as acções pertencem ao processo, e não ao direito civil substantivo.

Em todo o caso, qualquer destes systemas tem sempre o defeito de separar os elementos essencialmente constitutivos do direito, sendo certo que elles são inseparaveis; e, alem disso, não estabelecem uma coordenação logica entre as differentes partes, de modo a mostrar a sua interdependencia como elementos do mesmo todo organico.

47. Systema do codigo francês. Codigo italiano, hespanhol e outros. Os auctores do codigo de Napoleão não adoptaram integralmente a triologia do direito romano, mas estabeleceram uma outra tripartição quasi identica.

O codigo francês (1) é dividido em tres partes ou livros:

(1) O codigo civil francês compõe-se de trinta e seis leis, que foram successivamente publicadas desde março de 1803 a março de 1804. Estas leis foram em seguida reunidas num codigo pela lei de 21 de março de 1804 (30 do ventoso do anno XII), sob o nome de *Code civil des Français*.

A lei de 2 de setembro de 1807 deu-lhe o nome de *Code Napoléon*. As cartas de 1814 e 1830 restituiram-lhe o nome primitivo.

Um decreto de 27 de março de 1852 estabeleceu o titulo de *Code Napoléon*, « pour rendre hommage à la vérité historique », dizia o auctor do decreto:

Mas desde 1870 generalisou-se o uso de lhe chamar *Code civil*. Cf. PLANIOL, pag. 30.

I — *Des personnes;*

II — *Des biens et des différentes modifications de la propriété;*

III — *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.*

E', no fundo, o systema romano, apenas com a modificação de ser eliminado o tratado das acções, e de ser desdobrado em dois o tratado das cousas.

Alem dos tres livros, o codigo francês tem um titulo preliminar, que se compõe apenas de seis artigos de principios geraes sobre a formação e a applicação das leis.

O systema do codigo francês tem sido criticado por falta de logica e de systematisação scientifica na ordem e disposição das materias.

Basta notar que o livro III (art. 711.º a 2281.º) é mais de duas vezes maior que os dois primeiros reunidos; e este facto é devido á reunião, que nelle se faz, de sete grandes materias ou capitulos do direito civil: as successões, as doações e testamentos, a theoria geral das obrigações, as regras proprias dos contractos especiaes, os regimens matrimoniaes, os privilegios e hypothecas, e a prescripção.

Entretanto a maior parte dos civilistas franceses defendem o systema do codigo, dizendo que o purismo rigoroso de logica e systematisação scientifica, sendo, com effeito, necessario e muito importante para o ensino ou para a confecção dum livro doutrinario, não tem a mesma razão de ser na organisação dum codigo. Nos codigos, dizem, não é mesmo possivel attingir a perfeição scientifica, porque elles não são, nem

devem ser, outra cousa senão um conjuncto de regras de caracter exclusivamente prático, que devem ser formuladas com toda a precisão e clareza.

Um codigo não póde ser de modo algum um systema philosophico de doutrinas e theorias.

O que deve ser é um systema de preceitos legaes, ordenados logicamente, de modo a tornar facil a sua comprehensão.

Numa palavra: o processo legislativo é muito differente do processo scientifico.

E, como obra legislativa, o codigo francês tem satisfeito as exigencias de muitos legisladores, que o tomaram por modelo na disposição geral das materias.

E' assim que nos codigos italiano, hespanhol e outros, foi adoptada a mesma divisão em tres partes.

Mas a verdade é que o systema do codigo francês está longe de ser acceitavel, mesmo no ponto de vista legislativo, porque, além dos defeitos já indicados, não dá uma ideia de conjuncto da constituição e vida do organismo do direito civil.

48. Systema baseado na classificação dos direitos ou nas obrigações — Systema germanico. — No fim do seculo XVIII, quando se accentuou o descredito do systema romano, surgiu na Allemanha, e passou depois para a França, a ideia de organisar a systematisação do direito, tomando por base a propria classificação dos direitos, ou a propria obrigação como elemento juridico correspondente a todo o direito.

Mas a ideia de organisar o systema do direito civil, tomando por criterio o systema das obrigações, não tomou raizes no terreno da sciencia, e muito menos no da legislação.

Com razão tem sido regeitado o criterio das obrigações, porque seria realmente extranho um systema de direito em que se attendesse mais á obrigação

do que aos proprios direitos, que se pretende definir e regular.

Seria tomar o accessorio e secundario, em vez do primario e principal.

E, assim, o eminente jurisconsulto ANTONIO LUIZ DE SEABRA, que foi o auctor do nosso codigo, se justificava plenamente na sua *Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, sobre a primeira parte do Projecto do Codigo civil:*

« A obrigação é um elemento secundario, uma ideia relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito. E posto que o direito indique tambem necessariamente a ideia de uma obrigação, geral ou particular, é certo que o direito póde nascer, subsistir, e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece á obrigação em relação ao direito. O direito exprime um principio absoluto e independente, — a obrigação um principio subordinado e dependente. »

E assim comprehende-se bem como, nesta ordem de ideias, prevalecesse a ideia de tomar como ponto de partida, para a systematisação juridica, a propria classificação dos direitos, tanto mais que a das obrigações só poderia logicamente fazer-se subordinada á dos direitos correlativos.

Este systema desenvolveu-se principalmente entre os escriptores allemães, podendo caracterisar-se como differenciados tres typos de systematisação, correspondentes ás principaes classificações dos direitos subjectivos. O primeiro destes systemas, representado por LEIBNITZ, é o da classificação dos direitos, segundo a sua origem ou fundamento, comprehendendo direitos que resultam:

a) da propria natureza;
b) das convenções;
c) da posse;
d) da successão;
e) dos delictos.

Este systema foi criticado por BÉLIME, por ser muito incompleto e destituido de logica, pois que, entre outros defeitos, não tinha logar para as provas, e distribuia a mesma categoria de direitos, como, por exemplo, as servidões, pelos differentes capitulos do codigo, conforme a sua diversa causa juridica (1).

Outro systema, representado por THIBAUT, é o que corresponde, até certo ponto, á classificação dos direitos em meramente *pessoaes* e *patrimoniaes,* com a subdivisão destes em *reaes* e de *credito* ou *pessoaes.*

THIBAUT, na sua obra *System des Pandekten Rechts,* dividia todo o systema juridico em duas partes, uma de principios geraes, e a outra (parte especial), em que expunha propriamente o direito civil, era dividida em tres secções:

I — Direito de governar (direito financeiro e policial, comprehendendo neste o poder paternal e a tutela);

II — Direitos reaes;

III — Direitos pessoaes.

Tambem esta systematisação foi já criticada por BÉLIME, como sendo excessivamente didactica, e por isso impropria para uma obra legislativa (2).

De modo que o systema que vem a prevalecer, entre os jurisconsultos que perfilham esta orientação, é o da classificação dos direitos, segundo os differentes grupos de relações juridicas, que nós chamámos a classificação germanica.

O systema foi exposto e adoptado por SAVIGNY na sua obra classica sobre o *Systema do Direito romano moderno;* e teve na Allemanha um tal successo, que foi seguido por muitos dos melhores escriptores, e foi consagrado na organisação do codigo civil, que está dividido precisamente nas cinco partes de SAVIGNY: *parte geral, direito das cousas, direito das obrigações, direito de familia* e *successões.*

(1) BÉLIME, pag. 529.
(2) BÉLIME, pag 530 e segs.

Tambem este systema foi criticado por BÉLIME, como sendo muito complicado, e por isso inferior ao do codigo de Napoleão, onde é muito mais facil encontrar, segundo aquelle escriptor, os preceitos reguladores de qualquer relação juridica (1).

Mas é certo que o systema triumphou na Allemanha, e tem sido adoptado na Italia por muitos escriptores, na confecção de trabalhos notaveis, como *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto Civile,* de D'AGUANNO, *La Filosofia del Diritto Privato,* de COGLIOLO, e, ainda modernamente, o bello *Trattato di Diritto Civile,* de CHIRONI e ABELLO.

Tambem o novo projecto do codigo civil brasileiro, elaborado pelo jurisconsulto BEVILAQUA, é organisado pelo systema do codigo civil da Allemanha.

Mas parece-nos inacceitavel a classificação germanica dos direitos, pelas razões já expostas (supra, n.º 24), embora não perfilhemos a critica de BÉLIME, pois que no codigo germanico é tam facil encontrar os preceitos legaes procurados, como nos codigos moldados pelo codigo de Napoleão.

49. Systema das categorias de relações juridicas do individuo. — Este systema tem o seu fundamento no proprio objecto do direito, que é o conjuncto das relações particulares e sociaes dos cidadãos.

Sendo assim, um criterio, que naturalmente se apresenta, é determinar as differentes especies de relações juridicas do individuo, para traçar o plano geral dum codigo civil.

Foi assim que VADALÁ-PAPALE, examinando as differentes relações sociaes do individuo, e reduzindo-as a tres series ou grupos, apresentou como plano de orga-

(1) BÉLIME, pag. 532 e segs.

nisação scientifica do codigo civil, a sua divisão em tres partes:

I — Relações do individuo com o Estado;
II — Relações do individuo com o patrimonio;
III — Relações familiares (1).

Este systema é inferior a qualquer dos outros, porque, alem de comprehender as relações juridicas do direito publico, limita-se a fazer a distincção dos direitos patrimoniaes e familiares.

50. Systema baseado no objecto dos direitos. — O objecto dos direitos traduz-se, como já dissémos, em *cousas* e *actos* ou *serviços*. E neste elemento constituitivo dos direitos procuraram alguns jurisconsultos basear a systematisação do direito civil.

Mas esta base foi abandonada, por insufficiente.

Referindo-se a este systema, assim se exprimia o auctor do nosso codigo civil, na sua *apostilla* já referida:

« Poderiamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como *cousas*, ou como *serviços; não as cousas*, porque seria impossivel resumi-las, classifica-las, e comprehende-las todas na massa existente e possivel; *não os serviços*, pela sua propria natureza variavel e indefinida; e *não as cousas* e *serviços*, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis. »

Contra esta doutrina insurgiu-se o illustre jurisconsulto brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS, no seu opusculo *Nova apostilla á censura do Sr. A. de M. Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*, dizendo: « que o systema do codigo podia certamente fundar-se no objecto do direito, que são *cousas e serviços;* a divisão primaria estava pois á flôr da terra nesta

(1) VADALÁ-PAPALE, *Il Codice Civile italiano e la Scienza*, pag. 41 e segs.

dualidade, *direitos reaes, jura in re*, e *direitos pessoaes*, que se dividiam depois em direitos pessoaes de relações de familia, *jura potestatis*, e em direitos pessoaes das relações civis, direitos pessoaes sobre as cousas, *jura in rem;* todavia o auctor do projecto, considerando em separado as coisas e os serviços, dizendo dumas que lhe não podiam servir de fundamento, porque seria impossivel classifica-las e comprehende-las todas na sua massa existente e possivel; dizendo doutros que lhe não podiam servir de fundamento pela sua natureza variavel e indefinida, concluia que as coisas e os serviços não podiam ser a base da divisão do codigo. »

Mas, eram falsas ao mesmo tempo a conclusão e as premissas, concluia o jurisconsulto brasileiro. Era claro que as coisas, por si só, não podiam servir de fundamento ao codigo, nem tambem os serviços por si só; mas, de o não poder ser cada uma destas coisas de per si, não se seguia que o não podessem ser ambas; concluir de uma para outra impossibilidade era commetter o sophisma de attribuir ao todo o que só era verdade de cada uma das partes. O objecto do direito eram *coisas* e *serviços;* não se demonstrava, pois, coisa alguma, quando se demonstrava, que não se podia constituir um codigo com um só desses elementos.

Tambem não era exacto, dizia TEIXEIRA DE FREITAS, que as coisas e os serviços se não podessem classificar; todos os codigos e o proprio projecto faziam das coisas as divisões necessarias para o direito e do mesmo modo faziam tambem a divisão das estipulações ou contractos; sem taes classificações, cuja possibilidade se negava e cuja existencia se via, seria mesmo impossivel qualquer codigo e o proprio ensino do direito (1).

(1) Sr. Dr. LARANJO, *A organisação dos estudos na faculdade de direito. Livros adoptados e expositores mais seguidos*, artigo publicado no *Instituto*, vol. XLI, 3.ª serie, n.º 3, pagg. 176-178.

A conclusão que naturalmente resulta é que, na verdade o systema do objecto dos direitos é insufficiente, reduzindo-se afinal ao da distincção dos direitos reaes e pessoaes.

51. Systema derivado da propria vida juridica do sujeito do direito. — Foi o systema adoptado pelo auctor do nosso codigo; e por nossa parte entendemos que é o mais aperfeiçoado entre os que conhecemos e deixamos expostos.

Eis como elle o deduziu:

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

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

« Poderiamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como cousas, ou como serviços.

« Poderiamos nós fundar o nosso systema debaixo do ponto de vista das obrigações? Tambem não.

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

« Mas como no sujeito do direito ha necessariamente duas ideias predominantes e distinctas, — o poder ou seja a autonomia, a faculdade immanente,

— e a acção, ou faculdade practica, — cumpria definir a primeira, antes de tractar da segunda, — ou por outras palavras — era necessario começar pelo principio — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, — *no reconhecimento dos meios por que póde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os póde fruir, conservar e defender.*

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

« 1.° Natureza do ente juridico (capacidade)

« 2.° Seus meios de vida (acquisição)

« 3.° Fruição desses meios (propriedade)

« 4.° Conservação (violação, defêsa dos direitos).

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

« Em harmonia com esta doutrina acha-se o nosso Codigo Civil dividido em quatro partes, na primeira das quaes se trata *da capacidade civil,* na segunda *da acquisição de direitos,* na terceira *do direito de propriedade,* e na quarta *da offensa dos direitos e da sua reparação.* »

52. Confecção do Codigo civil. Suas fontes. — A necessidade de codificar o nosso direito civil havia-se manifestado já antes do regimen liberal.

As Ordenações Philipinas, além de terem o defeito de ser outorgadas por um soberano extrangeiro, esta-

vam longe de constituir um verdadeiro codigo, e não correspondiam já ás necessidades da epocha.

Por isso logo em 1641 os procuradores dos concelhos pediram em côrtes a formação dum codigo civil.

A insufficiencia das Ordenações aggravou-se ainda mais com a accumulação successiva de muitas leis, que se foram publicando, e sobretudo com as grandes reformas pombalinas.

Por isso em 1778 foi nomeada uma junta ou commissão para rever a legislação civil.

Mas, como esta junta não levasse a termo os seus trabalhos, foi encarregado, em 1783, o grande jurisconsulto Dr. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE de elaborar um trabalho de reforma dos livros 2.º e 5.º das Ordenações, trabalho que foi feito e chegou a ser revisto por uma commissão, para esse fim nomeada.

O advento do regimen liberal fez naturalmente caducar esses trabalhos, e em sessão das côrtes constituintes de 8 de fevereiro de 1821 foi apresentado um projecto de decreto para a formação de um codigo civil, deliberando as côrtes em 27 de agosto de 1822 offerecer um premio a quem melhor trabalho apresentasse, deliberação que foi convertida em lei de 3 de setembro do mesmo anno.

Offerta egual foi repetida por decreto de 25 de abril de 1835, para quem apresentasse até 10 de janeiro de 1837 um projecto de Codigo, que merecesse ser approvado.

Não tendo sido approvados os trabalhos apresentados, foi nomeada uma commissão, em 10 de dezembro de 1845, para redigir os codigos penal e civil; mas a commissão nada fez sobre o codigo civil.

Por decreto de 8 de agosto de 1850 foi encarregado de organisar o codigo civil o eminente jurisconsulto e magistrado ANTONIO LUIZ DE SEABRA, que foi depois VISCONDE DE SEABRA.

No mesmo decreto foi nomeada uma commissão composta de professores da Faculdade de Direito,

para rever, juntamente com o auctor do projecto do codigo, os trabalhos por elle apresentados.

A commissão ainda se reuniu em Coimbra em 1850, para discutir o plano geral do codigo.

Mas depois o encarregado do projecto julgou preferivel trabalhar por si só, e apresentar o trabalho depois de todo concluido.

Concluiu-o em 1858, e o Governo, por decreto de 12 de julho desse anno, nomeou para a commissão revisora mais dez vogaes, escolhidos entre os mais afamados jurisconsultos, e ainda depois mais tres, por decreto de 26 de junho de 1860.

A commissão principiou os seus trabalhos em 9 de março de 1860, e concluiu-os em 30 de agosto de 1865.

Embora completasse e melhorasse em muitos capitulos varias disposições do projecto, não se póde dizer que fizessem grandes alterações na sua doutrina, a não ser a suppressão da materia das *acções*, que formava o objecto dos titulos I a IX do livro II da quarta parte do codigo.

Por esta questão de methodo resolveu o auctor do projecto abandonar os trabalhos da commissão em 1863, resultando provavelmente deste facto muitas das desharmonias e incoherencias que existem entre muitas disposições do codigo.

Depois de revisto foi o projecto apresentado ás côrtes, sendo approvado quasi sem discussão nem alterações, excepto na materia do casamento civil, onde se estabeleceu o principio, aliás de simples apparencia, de que esta fórma do casamento é só para os não catholicos.

As fontes de que se serviu o auctor do codigo, na elaboração dos seus preceitos, foram principalmente:

a) o nosso direito anterior, e os trabalhos dos nossos jurisconsultos, especialmente a obra magistral de COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez;*

b) o codigo de Napoleão, e os seus commentadores, nomeadamente MARCADÉ e DEMOLOMBE;

c) outros codigos extrangeiros, como o austriaco e o sardo;

d) o projecto do codigo civil hespanhol de 1851, e o do codigo italiano, bem como o commentario de GOYENA sobre aquelle projecto.

53. Merito do Codigo civil. — O nosso codigo civil não póde deixar de ser considerado como um dos melhores monumentos da codificação do seculo XIX.

No confronto dos differentes systemas de codificação do direito civil, o do nosso codigo é o que obedece a uma deducção mais logica, e, além disso, tem a vantagem de dar uma perfeita ideia de conjuncto da constituição e vida do organismo juridico.

Tambem na systematisação das materias, em cada uma das quatro partes do codigo, se observa geralmente uma ordem logica, que permitte facilmente relacionar umas com outras as differentes instituições do direito civil.

A propria redacção dos artigos obedece, em geral, aos preceitos da terminologia juridica e ás exigencias da technologia das leis, que podem reduzir-se aos requisitos de *precisão, clareza* e *simplicidade*.

Emfim, o simples confronto da redacção do nosso codigo com a dos melhores do extrangeiro, como o italiano, o hespanhol, e o allemão, dá-nos immediatamente a impressão de que elle constitue um magnifico monumento juridico, que não só immortalisou o fallecido VISCONDE DE SEABRA, mas é uma gloria da jurisprudencia patria.

Entretanto devemos confessar que alguns defeitos se encontram na obra legislativa do codigo civil, sendo os principaes:

a) abundancia de artigos com materia puramente doutrinal;

b) incoherencias na disposição das materias, desharmonias com o proprio systema do codigo, como, por exemplo, a materia dos direitos originarios na segunda parte, e a dos alimentos na primeira;

c) incoherencias e até contradicções entre muitos artigos, resultantes muitas dellas de alterações feitas pela commissão revisora;

d) imperfeições de redacção, que por vezes podem dar logar a equivocos ou erros, na maneira de interpretar e applicar a lei;

e) falta de muitas disposições, que seriam necessarias para resolver questões de direito importantissimas, como a successão dos netos illegitimos;

f) preceitos legaes injustos e inadmissiveis, como são os que negam qualquer direito de familia aos filhos adulterinos e incestuosos, e alguns dos que regulam a substituição fideicommissaria;

g) emfim, subordinação completa dos preceitos do codigo aos principios da escola individualista, com desprezo completo pelas mais legitimas reclamações do socialismo scientifico.

Mas a verdade é que a maior parte destes defeitos são communs a todos os codigos, porque não ha sabedoria nem intelligencia que os possa evitar numa obra tam vasta e complexa.

Outros são uma consequencia logica das ideias dominantes da epocha, e por isso não invalidam o merito incontestavel do codigo.

SEGUNDA SECÇÃO

EXECUÇÃO DA LEI CIVIL

CAPITULO IV

PRINCIPIOS SOBRE A APPLICAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

54. Applicação e interpretação da lei. — A execução das leis, na sua adaptação ás differentes relações sociaes, faz-se natural e expontaneamente emquanto se não levantam divergencias ou questões de interesses inconciliaveis.

Mas, como semelhantes questões surgem todos os dias, no commercio constante das relações sociaes, foi necessario crear um orgão especial *(poder judicial)*, encarregado de resolver as questões de direito, declarando em cada caso particular, controvertido entre os interessados, qual a lei applicavel, e o sentido em que deve ser executada.

Para isso é necessario, pois, tornar as leis intelligiveis, determinando o seu rigoroso sentido em relação com os differentes factos da vida humana, que ellas devem regular.

Em summa, é necessario *interpretar* as leis; e a sua interpretação é, pois, a primeira condição necessaria para que ellas possam ser rectamente applicadas.

55. Noção e necessidade da interpretação das leis. — A *interpretação* das leis define-se geral-

mente como sendo a reconstrucção do pensamento ou da vontade do legislador (SAVIGNY), ou ainda, como o complexo de meios ou processos empregados nessa investigação.

Mas como a necessidade de interpretar as leis se revela principalmente no momento da sua applicação aos factos, outros a teem definido: *a exacta determinação do sentido da lei, na sua applicação aos factos.*

Esta noção parece-nos mais perfeita, porque bem póde a lei ser justamente applicada a factos que não estivessem na mente do legislador no momento da sua confecção.

E' tambem a doutrina de CHIRONI e ABELLO, dizendo que o objecto e a essencia da interpretação não só consistem na reconstrucção do pensamento do legislador, mas tambem *na declaração do conteúdo do direito,* sendo por isso constituida pelo complexo de investigações aptas a determinar exactamente o significado da lei (1).

Mas será a interpretação necessaria para todas as leis?

Parece á primeira vista que as leis formuladas com clareza e precisão não carecem de ser interpretadas (2).

Mas é facil de ver que não é assim.

E' pela interpretação das leis que se determinam as *relações* que ellas regulam, a *extensão* das normas que conteem, e os *effeitos* da sua applicação.

E como a lei, emquanto vigora, deve applicar-se sempre, o interprete tem de a estudar de modo a

(1) CHIRONI e ABELLO, pag. 56.

(2) E assim o nosso grande mestre COELHO DA ROGHA (no § 44), bem como LIZ TEIXEIRA (no *Curso de direito civil portuguez*, pag. 29) referiam a interpretação só ás *leis obscuras* ou *ambiguas*. E o auctorisado professor e civilista italiano CHIRONI dizia, em 1888, no volume I das suas *Istituzioni di diritto civile italiano:* « Quando a lei é clara a interpretação não é necessaria, mas a clareza não deve limitar-se simplesmente á locução ».

Mas no moderno *Trattato di diritto civile italiano*, de CHIRONI e ABELLO, pag. 56, segue-se a doutrina contraria da necessidade da interpretação para todas as leis.

torna-la adaptavel ás diversas circunstancias e modalidades, em que podem apresentar-se os factos juridicos subordinados ao seu regimen, donde resulta que leis apparentemente muito simples e claras se tornam a cada passo de difficil intelligencia e applicação.

« De resto, diz bem um illustre jurisconsulto, a clareza ou obscuridade de uma lei é sempre relativa, depende sempre do gráu de intelligencia e da maior ou menor illustração do interprete » (1).

56. Differentes especies de interpretação.

A interpretação póde considerar-se sob diversos pontos de vista: em relação á origem ou fonte de que deriva; em relação aos meios ou processos de investigação; e em relação aos seus effeitos.

Sob o primeiro ponto de vista, a interpretação é *publica* e *privada* ou *doutrinal:* a primeira é feita pelo poder legislativo, e então chama-se *legislativa* ou *authentica,* ou pelos tribunaes, e então chama-se *judicial;* a segunda é feita pelos particulares, professores, advogados, escriptores, etc. (2).

Em relação aos meios de investigação distingue-se a interpretação *grammatical* e a *logica,* conforme se exerce apenas sobre as palavras ou expressões da lei,

(1) Dr. VASCONCELLOS PORTOCARRERO, cit. *Questões de jurisprudencia,* pag 73. No mesmo sentido Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit., pag 62. E já ULPIANO dizia: *Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.*

(2) Alguns escriptores dividem a interpretação, sob este ponto de vista, em *authentica* ou *legislativa*, e *doutrinal*, subdividindo esta em *judicial* e *privada* — Dr. VASCONCELLOS PORTOCARRERO, ob. cit, pag. 73 e seg.

Outros, como DEMOLOMBE e BIANCHI, dividem-na em *authentica* ou *legislativa, judicial* ou *usual,* e *privada* ou *doutrinal*

Mas a classificação do texto é a seguida pelos modernos escriptores, e com razão, porque, tendo a interpretação dos tribunaes *força obrigatoria,* embora só em relação á causa ou questão que por ella foi julgada, tem o caracter de interpretação publica, como a legislativa ou authentica. Cfr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit., pag. 62; LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, pag. 198; CHIRONI e ABELLO, pag. 36.

ou se attende a outros elementos, que podem concorrer para determinar o sentido da lei.

Em relação aos seus effeitos, a interpretação póde ser *declarativa, extensiva, restrictiva,* e *correctiva* ou *modificativa,* conforme o texto da lei exprime o mesmo, ou mais ou menos, ou alguma cousa qualitativamente diverso do que o legislador quiz dizer (1).

Mas é claro que estas diversas especies são apenas uma subdivisão da interpretação logica, porque a grammatical só póde ser *declarativa,* não podendo alterar por si só o significado das palavras da lei.

57. Interpretação publica e privada. Leis interpretativas. A jurisprudencia dos tribunaes e a doutrina. — A interpretação authentica ou legislativa, consistindo em uma lei, que tem por fim determinar e fixar o sentido de uma lei anterior, é uma attribuição propria e exclusiva do poder legislativo.

Por isso a Carta Constitucional dispõe, no § 6.º do art. 15.º:

« É da attribuição das Côrtes fazer leis, interpretal-as, suspendel-as e revogal-as. »

Sendo assim, póde parecer que este devia ser o meio regular e ordinario de interpretar as leis.

Mas não é, nem póde ser, porque, sendo geral e constante a necessidade da interpretação das leis, a consequencia seria que o poder legislativo se encontraria a toda a hora na necessidade de funccionar, exclusivamente para fazer leis interpretativas.

Por isso os escriptores são concordes na doutrina de que só raras vezes, ou excepcionalmente, se deve recorrer á interpretação authentica; isto deve acontecer, quando sobre uma certa questão de direito se não consegue obter nos tribunaes uniformidade de interpretação, ou quando a jurisprudencia dos tribunaes se fixa por uma fórma injusta ou contraria ao verdadeiro significado ou conteúdo da lei (1).

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag 70; e Chironi e Abello, pag. 60, nota.

A lei interpretativa, que constitue precisamente a interpretação authentica, confunde-se, pois, com a lei interpretada, formando com esta a mesma unidade de pensamento.

Por isso alguns escriptores negam ás leis interpretativas o caracter de lei, e entre elles sobresahiu Marcadé, para quem a interpretação, qualquer que seja a fonte de que deriva, é sempre *doutrinal,* visto que não contem nem um *preceito,* nem uma *prohibição,* nem uma *permissão,* que não existisse já anteriormente, faltando-lhe assim o caracter essencial de todas as leis, que é a *ordem* (2).

Mas esta doutrina não é acceitavel, porque, observa justamente o Sr. Dr. Teixeira d'Abreu, a interpretação legislativa é *obrigatoria* para todos, e na *ordem* de ser assim comprehendida e observada a lei interpretada está o caracter da lei interpretativa (3).

A distincção entre as leis *interpretativas* e *dispositivas* tem grande importancia, como já dissemos, porque, nos termos do artigo 8.º do codigo civil, podem as primeiras ser applicadas retroactivamente, desde que não offendam direitos já adquiridos.

É, pois, necessario adoptar um criterio qualquer para averiguar o caracter das leis novas.

E visto que a interpretação authentica só excepcionalmente deve fazer-se, sempre que o legislador não qualifique de interpretativa a lei, deve ella conside-

(1) Alguns escriptores, porém, como o Dr. Teixeira d'Abreu, entendem que neste ultimo caso não se deve fazer uma lei *interpretativa,* mas sim uma nova lei *dispositiva,* porque o principio da separação organica dos poderes ou funcções sociaes não permitte que o poder legislativo contraponha uma interpretação á dada pelo poder judicial, que é sem duvida mais competente para o exercicio desta funcção — *Liç.* cit., pag. 96.

(2) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* I, 41 e 42.

(3) Sr. Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç.,* pag. 94.

rar-se como dispositiva, a não ser que se prove por um modo certo e evidente que ella não tem outro objecto ou fim, se não esclarecer uma lei anterior.

A interpretação judicial constitue o que se chama a *jurisprudencia dos tribunaes,* a qual consiste propriamente nos *casos julgados* e nos *considerandos,* ou fundamentos, que justificam os despachos, as sentenças e os accordãos dos differentes tribunaes, em que são julgados os referidos casos.

A jurisprudencia dos tribunaes, sobretudo a dos tribunaes superiores, e especialmente a do *Supremo Tribunal de Justiça,* cuja funcção caracteristica, mas irrealizavel, é estabelecer a *uniformidade da jurisprudencia,* tem uma grande auctoridade, porque se impõe aos tribunaes inferiores.

Por seu lado, a interpretação privada, que se encontra nos livros e nas revistas de direito, nas lições dos professores e nas consultas ou pareceres dos advogados, constituindo o que se chama a *doutrina,* auxilia poderosamente a jurisprudencia, fornecendo-lhe os mais variados elementos de investigação e demonstração, para a verdadeira e mais justa applicação da lei aos factos particulares.

58. Interpretação grammatical e logica.

Sendo a vontade do legislador traduzida pelas palavras da lei, póde parecer que o interprete só tem que examinar o sentido dessas palavras, quando tem de applicar a lei nos casos particulares.

Não é porém assim.

Acontece sempre que o legislador, por mais experimentado, intelligente e minucioso que elle seja, em todo o decurso da elaboração de qualquer lei, não consegue prever todos os factos possiveis no desenvolvimento das relações sociaes e juridicas que procura regular e garantir.

Esta insufficiencia das disposições legaes é geralmente inevitavel, ainda mesmo que o systema legislativo adopte o processo analytico, descriptivo, minucioso ou casuistico das velhas collecções. Mas ella é, sob o ponto de vista litteral, muito maior nos modernos systemas legislativos da codificação, orientados principalmente pela reducção a fórmulas geraes e simples dos principios positivos do direito.

O conceito das fórmulas geraes tem o grande merito de reduzir o direito positivo a fórmas simples, systematisadas num corpo organico de doutrina; mas tem muitas vezes o inconveniente de não mostrar, por uma maneira expressa e visivel, qual deva ser a regra juridica applicavel a um grande numero de factos particulares e concretos da vida real.

Dahi resulta que se o interprete devesse cingir-se ás disposições meramente litteraes da lei, encontrar-se-hia a cada passo na impossibilidade de applicar rectamente a vontade do legislador ás necessidades da vida prática.

Esta difficuldade é tanto mais grave e frequente quanto é certo que, não sendo geralmente o legislador o purista infallivel da linguagem, tendo mesmo as palavras diversos sentidos, conforme as circunstancias, acontece muitas vezes que, ou a lei se apresenta inintelligivel, confusa, duvidosa ou ambigua, pelo simples exame das suas palavras, ou o seu verdadeiro e proprio sentido grammatical não corresponde ao pensamento nem á vontade do legislador.

E' por isso que a jurisprudencia de todos os povos cultos acceita unanimemente o principio de que as leis devem entender-se pela sua razão logica, tanto pelo seu espirito como pela sua letra.

Foi manifestamente em obediencia a este principio fundamental da interpretação das leis que o auctor do codigo civil redigiu o art. 16.º: « *Se as questões sobre direitos e obrigações não podérem ser resolvidas, nem pelo texto da lei nem pelo seu espirito, nem pelos casos*

analogos prevenidos em outras leis, serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circunstancias do caso. »

Vê-se que o art. 16.º comprehende duas partes: a primeira estabelece os elementos da lei a que o juiz deve recorrer, para a interpretar e applicar ao julgamento das questões; a segunda determina o direito a que elle deve recorrer para a decisão dos casos omissos, isto é, daquelles casos que, não tendo sido previstos pelo legislador, se não encontram regulados nas suas disposições. E' só da primeira parte que tratamos neste paragrapho.

Nos termos da primeira parte do art. 16.º são dois os elementos a que o interprete tem de recorrer para determinar o sentido da applicação da lei aos factos particulares: o *texto da lei* e o *seu espirito*.

O primeiro elemento constitue a chamada *interpretação grammatical*, que tem por fim determinar o sentido das leis pela investigação do sentido preciso dos termos de que o legislador se serviu, e do valor que elle quiz ligar ás suas expressões, segundo as regras geraes da linguagem e as determinações da sua vontade.

O art. 16.º do codigo civil indica em primeiro logar o texto da lei, porque sendo esta a expressão directa do pensamento do legislador, é elle que deve servir de principal norma ao juiz nos seus julgamentos (1).

Mas como, por virtude de circunstancias varias, muitas vezes acontece não representar o texto da lei o verdadeiro e exacto pensamento do legislador, convem que mesmo nos limites da interpretação grammatical o interprete se não prenda exclusivamente ao simples sentido litteral e etymologico das palavras, procurando

(1) Dr. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de Jurisprudencia theorica e pratica*, pag. 78 e 81.

em todo o caso determinar o sentido que mais provavelmente lhes foi attribuido (1).

Sempre que seja insufficiente a analyse grammatical, para determinar a regra juridica, que no sentido da lei deve applicar-se, recorrerá o juiz ou interprete ao seu *espirito*, isto é, ao exame das necessidades sociaes que o legislador se propoz satisfazer *(fim da lei)* e ao conjuncto de razões que levaram o legislador a decretar a lei para realisar aquelle fim *(motivos da lei)* (2). E' o que constitue a chamada *interpretação logica*, a qual procura determinar o verdadeiro sentido da lei pelas relações de coexistencia e interdependencia entre as suas differentes disposições, e pelo fim e motivos da lei.

A interpretação logica é de differentes especies, conforme a sua diversa funcção: *declarativa*, quando se limita a explicar e esclarecer palavras ou phrases da lei, que são ambiguas, incompletas, ou obscuras; *extensiva*, quando amplia a disposição da lei a relações ou casos que, embora se não contenham expres-

(1) Para este effeito ha varias regras, que Gianturco, notavel jurisconsulto e eminente estadista italiano, formúla assim:

1. As palavras devem entender-se na significação que tinham ao tempo da promulgação da lei.
2. As palavras devem entender-se na sua geral connexão.
3. Deve-se attribuir ás palavras a significação correspondente ao uso linguistico technico-juridico, e não a que lhes é dada nas relações do commercio quotidiano.
4. Em caso de duvida, as palavras devem ser tomadas em toda a generalidade do principio — *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*
5. As leis devem interpretar-se de modo que nada contenham de superfluo.

Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, pag. 25 e 26.

(2) Que esta é a significação das palavras — *espirito da lei* — dizem-no claramente os *Estatutos da Universidade*, de 1772, liv. II, tit. VI, cap. VI, § 19, estabelecendo a orientação que o professor deve dar ao ensino do direito positivo: « Dar-lhes-ha a conhecer, qual é, e em que consiste, o *Verdadeiro Espirito* das Leis... Mostrando consistir o dito *Espirito* no complexo de todas as determinações individuaes; de todas as circunstancias especificas, em que o Legislador concebeu a Lei, e quiz que ella obrigasse; e do fim, e da razão, que o moveram a estabelece-la ».

No mesmo sentido, Savigny, *Traité de droit romain*, vol. 1.º, pag. 221 e seg.

samente na sua letra, se comprehendem logicamente no seu espirito — *Ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispositio; restrictiva,* quando reduz os casos comprehendidos na generalidade da letra da lei só áquelles que logicamente se podem admittir no seu espirito — *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* (1); e *modificativa* ou *correctiva,* quando altera a disposição da lei, por se reconhecer que nella ha erro ou equivoco.

As quatro funcções da interpretação logica correspondem ás quatro especies de disposições da lei, que precisam de ser interpretadas: disposições ininteligiveis, obscuras ou ambiguas; disposições muito restrictas; disposições muito extensas; e disposições equivocas ou erroneas.

Um exemplo de interpretação meramente declarativa é a do art. 1867.º, para se determinar se as suas excepções abrangem só os fideicommissos do art. 1866.º, ou se tambem os do art. 1871.º

Exemplo de interpretação extensiva é a do art. 1862.º, que por analogia do art. 1860.º, e pelo respeito do principio das legitimas, deve ampliar-se ao caso de o demente deixar descendentes successiveis.

Exemplo de interpretação restrictiva é a do art. 1073.º, n.ºs 2.º e 3.º, que abrange só os parentes por consanguinidade, embora a palavra *parentes* comprehenda tambem a affinidade.

Exemplos de interpretação modificativa são: a do art. 72.º, onde a expressão *succeder-lhe* deve modificar-se substituindo-a por *succeder-lhes,* porque se refere aos *bens e direitos,* de que falla o artigo, e não aos herdeiros do ausente; a do art. 1863.º, onde

(1) GIANTURCO, *obr. cit*, pag. 28, estabelece as seguintes regras para a interpretação restrictiva. Ella póde basear-se: a) no argumento *ad absurdum,* quando a lei, entendida sem restricções, implica uma contradicção; b) na consideração de que o direito singular estabelecido em favor de algumas pessoas não póde converter-se em seu prejuizo; c) na regra de que os direitos singulares e os privilegios devem entender-se de modo que se afastem o menos possivel do direito commum.

se lê *substituto,* em vez de *substituido;* a do art. 1149.º, § 1.º, onde a palavra *immobiliarios* deve substituir-se por *mobiliarios,* porque só assim é comprehensivel a doutrina do referido § 1.º, que só deste modo póde harmonisar-se com os artt. 1148.º e 1151.º

Note-se, porém, que alguns jurisconsultos consideram estes exemplos como sendo de interpretação declarativa, porque não admittem a modificativa (1).

59. Elementos da interpretação logica. A interpretação logica é inspirada por dois elementos: o *historico* e o *systematico.* O primeiro determina o alcance duma lei pelas relações existentes entre ella e o direito que a precedeu ou seguiu, e pelas condições sociaes que provocaram a sua elaboração; o segundo exerce a mesma funcção pelo exame das relações de solidariedade e dependencia que prendem as diversas instituições do direito, como corpo de doutrinas scientificamente organisado.

O elemento historico representa um papel dos mais importantes entre os diversos meios de interpretar as leis, por isso mesmo que o direito, em vez de ser uma creação arbitraria do legislador, é pelo contrario uma resultante necessaria do conjunto das necessidades e relações sociaes que elle é destinado a garantir e desenvolver. Dahi a funcção eminentemente scientifica e pratica da historia do direito, cujas instituições encadeadas por uma successiva e natural evolução só podem comprehender-se no seu organismo e funccionamento em cada phase da sua existencia pelas relações com as anteriores e pelas condições sociaes em que foram elaboradas.

E assim, para a comprehensão exacta das leis vigentes, é indispensavel muitas vezes o exame das suas fontes e dos seus trabalhos preparatorios (projectos,

(1) Dr. PORTOCARRERO, pag. 86 e 87.

relatorios, actas das commissões, e discussões tanto parlamentares como extraparlamentares) (1).

Relativamente ao nosso codigo civil, poucos elementos nos fornecem os trabalhos preparatorios.

O codigo não foi precedido, como é costume, de relatorio ou exposição dos motivos e fim da lei.

As actas da commissão revisora são muito resumidas, limitando-se á indicação das propostas apresentadas pelos vogaes e sentido da sua votação.

A discussão parlamentar foi quasi nulla, como já observámos.

A discussão extra-parlamentar é que nos fornece alguns subsidios, espalhados nos folhetos que foram publicados sobre o projecto do codigo (2).

(1) Sobre os trabalhos preparatorios das leis, como elemento historico da interpretação, formúla GIANTURCO, *obr cit.*, pag. 27, as seguintes regras:

a) As declarações das duas camaras, que se completam reciprocamente, concorrem simultaneamente para a interpretação;

b) Prevalecem sobre as declarações que se referem ao conceito geral da lei, as que dizem respeito a um artigo em especial, embora contrariem as primeiras;

c) As declarações do governo e das commissões parlamentares teem maior importancia que as de qualquer membro do Parlamento, a não ser que delle tenha emanado a proposta de addição, substituição ou contra-projecto;

d) A norma juridica contida no projecto de lei e depois supprimida não póde derivar-se por analogia das outras disposições, a não ser que a suppressão tenha sido motivada pela consideração de que a norma supprimida já transparecia claramente das disposições approvadas, e de que era preferivel deixal-a á interpretação dos jurisconsultos.

(2) Esses trabalhos de polemica são:

Observações sobre a 1.ª parte do projecto do codigo civil portuguez, por ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO (1857);

Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, sobre a primeira parte do projecto do Codigo civil, por ANTONIO LUIZ DE SEABRA (1858);

Resposta á 1.ª apostilla do Sr. Antonio Luiz de Seabra, por A. ANTONIO DE MORAES CARVALHO (1858);

Apostilla n.º 2 á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, por ANTONIO LUIZ DE SEABRA (1858);

Resposta á 2.ª Apostilla do Sr. Antonio Luiz de Seabra, por ALBERTO DE MORAES CARVALHO (1859);

Apostilla n.º 3 á censura do Sr Alberto de Moraes Carvalho, por ANTONIO LUIZ DE SEABRA (1859);

Nova Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, sobre o Projecto do Codigo civil portuguez, por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (1859);

Novissima Apostilla em resposta á diatribe do Sr. Augusto Teixeira Freitas, contra o Projecto do Codigo civil portuguez, por ANTONIO LUIZ DE SEABRA (1859);

Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do projecto do Codigo civil, do Sr. Antonio Luiz de Seabra, por VICENTE FERRER NETTO PAIVA (1859);

Respostas ás reflexões do Sr. Dr. Vicente Ferrer Netto Paiva, sobre os sete primeiros titulos do Projecto do Codigo civil portuguez, por ANTONIO LUIZ DE SEABRA (1859);

Observações sobre o Projecto do Codigo civil, pelo Dr. JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA (1859);

Resposta do auctor do Projecto do Codigo civil ás observações do Dr. Joaquim José Paes da Silva (1859);

Novas observações sobre o Projecto do Codigo civil, pelo Dr. JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA (1863);

Observações sobre o Projecto do Codigo civil, pelo Dr. ANTONIO DA CUNHA BANDEIRA PEREIRA DE NEIVA (1860);

Brevissimas reflexões sobre o tit. 8.º do livro unico da 1.ª parte do Projecto, por ANTONIO GIL (1859).

« O elemento systematico, diz o Dr. PORTOCARRERO, attendendo ao laço intimo que une e relaciona as instituições e regras do direito, e encarando a legislação na unidade synthetica, procura determinar o logar proprio da lei ou disposição de que se tracta, e as relações que a ligam ás outras do systema geral, afim de investigar o pensamento do legislador e descobrir o criterio que o dirigiu. »

Este elemento funda-se no valor logico do *contexto* e dos *logares parallelos* (1).

O valor logico do contexto, que é formado pelas relações da disposição que se deseja interpretar com as epigraphes a que está subordinada e com as outras disposições que a precedem e seguem, resulta da harmonia que em todas ellas se deve suppôr, por virtude da presumida coherencia do legislador. E egual valor teem os logares parallelos, que são as disposições legaes textualmente afastadas da que se pretende interpretar, mas tam relacionadas entre si e com esta, que a interpretação de uma deve necessariamente influir na das outras.

60. Processos da interpretação logica.

Da doutrina exposta resulta que para bem determinar

(1) Dr. PORTOCARRERO, *obr. cit.*, pag. 95 e 96.

o espirito da lei, é preciso muitas vezes recorrer aos seguintes processos:

a) *Comparar a lei com outras disposições legislativas, concebidas na mesma ordem de ideias;* porque as differentes disposições legaes, que tutelam uma certa ordem de relações juridicas, quer a sua materia seja a mesma, quer seja differente, mas analoga, devem ser todas subordinadas aos mesmos principios directivos, que só podem bem determinar-se aproximando-as todas, e comparando-as.

b) *Determinar as suas fontes:* se a lei reproduz um preceito de lei anterior, nacional ou extrangeira, deve presumir-se que foi seu intuito conservar a mesma doutrina; e se altera ou modifica esse preceito parcialmente, convem examinar os commentarios de que a lei referida foi objecto, pois muitas vezes acontece que as alterações feitas se explicam pelas criticas de que ella tinha sido alvo, por ser dever do legislador evitar erros já conhecidos, ou melhorar disposições averbadas justamente de incorrectas.

E' por isso que o estudo comparado do nosso codigo com os codigos extrangeiros, que lhe serviram em grande parte de fonte proxima, é de uma grande importancia prática, embora por vezes inconscientemente malsinado por quem não sabe comprehender o valor deste melindroso trabalho.

E deve dar-se preferencia para este estudo aos commentadores, que o auctor da lei compulsou, por ter sido ahi que o seu espirito se orientou antes de produzir a lei.

c) *Consultar os trabalhos preparatorios da lei,* que são, para o codigo civil, os que acima enumerámos.

Como os artigos dos diversos projectos se não ajustam na sua numeração aos do codigo civil, para a determinação dos logares correspondentes, póde consultar-se o livro do illustre Procurador Regio junto da Relação do Porto, Dr. FERREIRA AUGUSTO, intitulado

Subsidios para a boa interpretação do Codigo Civil portuguêz.

d) *Apreciar as consequencias resultantes de cada uma das interpretações a que a redacção da lei se presta, preferindo a que fôr mais equitativa;* pois não podendo suppôr-se que o legislador pretendesse afastar-se das ideias moraes do seu tempo, deve repellir-se toda a interpretação que levar a consequencias injustas, ou absurdas, desde que outras sejam possiveis.

Taes são as regras fundamentaes, aconselhadas por alguns escriptores, para se poder determinar o sentido da lei, e a sua applicação a cada um dos casos particulares, que nella se comprehendam (1).

61. Processos ou argumentos especiaes da interpretação logica. — A determinação do espirito da lei obtem-se muitas vezes por meio de processos especiaes de hermeneutica, e que são: o argumento por *analogia,* o argumento á *fortiori,* e o argumento *à contrario sensu.*

O argumento de *analogia* consiste em ampliar um preceito da lei a casos analogos aos que nella foram previstos.

A *analogia* é, com effeito, um importante processo de deducção logica, fundado na identidade ou paridade de razão, na homogeneidade das materias, e na semelhança evidente dos casos comparados. Na interpretação juridica tem o seu fundamento natural nas relações de causa para effeito, existentes entre o fim e motivos da lei e as suas disposições.

A analogia é um processo muito efficaz, e perfeitamente legitimo, da interpretação juridica, porque se funda na presumpção, egualmente legitima, de que o legislador, se tivesse previsto os casos não expressos

(1) BAUDRY — LACANTINERIE, *Précis de droit civil,* I, 191; Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 66 e 67.

na lei, os teria regulado pelas mesmas ou analogas disposições com que regulou os casos identicos ou semelhantes.

Mas sendo assim, é claro que a argumentação por analogia só póde logicamente empregar-se quando forem bem definidas as relações de semelhança ou identidade entre os dois casos comparados.

E ha entretanto casos em que a analogia não póde empregar-se por virtude da propria lei logicamente interpretada. Taes são:

a) A lei, que faz excepção ás regras geraes, não póde ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei (cod. civ., art. 11.º);

b) Tambem as disposições taxativas não podem ser ampliadas pela analogia, nem por qualquer outro meio de interpretação, a casos não comprehendidos nellas;

c) Tambem não póde ampliar-se por analogia a disposição legal, nas condições da alinea d) acima referida em nota, sobre as regras da interpretação fundada no elemento historico dos trabalhos preparatorios (1).

Mas, sendo, em geral, perfeitamente legitimo o emprego da deducção logica das leis por meio da *analogia,* é comtudo necessario usar della com todo o rigor e precisão, isto é, sómente nos casos em que haja verdadeira semelhança ou identidade entre as duas especies comparadas e que em ambas se verifique a mesma razão de decidir. Como diz COELHO DA ROCHA, é necessario que a razão seja precisamente a mesma, ou a *mesmissima,* na phrase de CORREIA TELLES, aliás será arriscada a interpretação (2).

Como se vê, o argumento da *analogia* faz parte integrante dos elementos da interpretação logica, é do espirito da lei, e, por isso, é que nós considerámos a

(1) Dr. PORTOCARRERO, pag. 102. Cfr. supra nota da pag 134.
(2) COELHO DA ROCHA, vol. I, pag. 26; Dr. DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguez annotado,* vol. V, pag. 233.

analogia consignada no art. 16.º como fonte subsidiaria do direito.

Da mesma fórma entram na interpretação logica os argumentos *a fortiori* e *a contrario sensu.*

O argumento *a fortiori* tem o mesmo fundamento que a *analogia,* e por isso está sujeito aos mesmos principios reguladores do seu emprego. A differença entre os dois está em que na *analogia* se deduz por *identidade,* e no outro por *maioria* de razão.

O argumento *a fortiori,* ou argumento *a majori ad minus,* e *a minori ad majus* applica o preceito duma lei a casos, que ella não especifica, mas onde se verificam razões mais fortes para os submetter á mesma disciplina, do que nas hypotheses previstas na referida lei.

Assim, por exemplo, o art. 1867.º do codigo civil prohibe as substituições fideicommissarias, excepto sendo feitas a favor dos netos, ou dos sobrinhos, filhos de irmãos; e no art. 1871.º, n.º 2.º, dispõe-se que serão havidas por fideicommissarias, e como taes defêsas, as disposições, que chamarem *um terceiro* ao que restar da herança ou do legado, por parte do herdeiro ou do legatario; sem dizer se estas serão, ou não válidas, quando aquelle *terceiro* for neto ou sobrinho do testador.

Os que sustentam a validade destas disposições, a favor dos netos ou dos sobrinhos, empregam o argumento *a fortiori,* dizendo que permittindo a lei ao testador nomeá-los fideicommissarios *de todos* os seus bens, *por maioria de razão* lhe deve permittir nomeá-los apenas fideicommissarios *de parte* desses mesmos bens.

É o que vulgarmente se enuncia no adagio juridico: *quem póde o mais, póde o menos.*

O argumento *a contrario* tem logar quando uma disposição, reguladora de certos factos, se apresenta com um caracter de tal modo especial ou excepcional, que logicamente póde concluir-se ter o legislador

sujeitado os casos nella não comprehendidos a uma regra opposta ou muito differente, por virtude das maximas — *Qui de uno dicit, de altero negat* — *Inclusione unius fit exclusio alterius.*

O argumento *a contrario* carece, porém, de ser empregado só com a maxima cautela e prudencia, porque muitas vezes póde por si só levar a falsas e absurdas conclusões, sempre que não se attenda com os outros elementos da interpretação ao verdadeiro sentido da lei (1).

Note-se por fim que são todos os factores da interpretação juridica empregados simultaneamente, e não um por um, separadamente, que com maior probabilidade de certeza podem levar o espirito do interprete á determinação do exacto pensamento do legislador e do verdadeiro sentido da lei.

Mas, entretanto, é certo tambem que o elemento simplesmente grammatical, quando fôr claro e expresso,

(1) Para evitar o perigo do argumento *a contrario sensu,* deve ter-se sempre em vista as seguintes regras, expostas e demonstradas pelo notavel jurisconsulto BROCHER :

a) E' necessario que a disposição, em sentido contrario da qual pretendemos argumentar, seja de caracter verdadeiramente excepcional por sua natureza, ou seja pelo menos uma disposição especial que, sem constituir excepção a algum principio geral, nem por isso assente menos sobre considerações unica e particularmente applicaveis aos casos que ella textualmente prevê;

b) E' preciso que a disposição de que se tracta, por mais excepcional ou especial que pareça na forma, não derive, de facto, de um principio geral;

c) E' preciso verificar se, admittindo uma regra especial para certos e determinados casos, o legislador teria realmente a intenção de submetter os outros casos a uma regra opposta ou differente, e se em todo o caso essa regra se encontra em qualquer outra disposição da lei e é diversa da que resultaria da simples applicação do argumento *a contrario*;

d) Embora este argumento seja baseado no antagonismo de fim e motivos, que deve existir entre a disposição invocada e a que *a contrario* desta se deduz, é comtudo necessario que entre os respectivos casos — o regulado e o não previsto — haja alguma relação logica, de modo a levar a crer que o legislador teria enunciado esses diversos casos na mesma disposição, se os quizesse sujeitar á mesma regra.

Cfr. CHARLES BROCHER, *Études sur les principes générales de l'interprétation des lois,* pag. 111-133.

Para desenvolvimento completo dos principios e regras da interpretação juridica, com especial applicação a algumas disposições do nosso codigo civil, deve ver-se o referido estudo do Dr. A. PORTOCARRERO.

póde prevalecer por si só, ainda que vá de encontro ás razões de conveniencia e ordem social, que deviam inspirar o legislador.

Quando a lei é clara, não é permittido contrariar o seu *texto* invocando o seu *espirito* — *Dura lex, sed lex.*

62. Regras particulares de applicação das leis. — Além dos principios geraes da applicação e interpretação das leis, é necessario ter em vista certos preceitos especiaes formulados no codigo civil, que devem observar-se na determinação das relações juridicas.

Esses preceitos, que se encontram consignados nos artt. 7.°, 12.°, 13.°, 14.° e 15.°, reduzem-se a tres principios ou maximas fundamentaes:

a) o principio da *egualdade da lei;*

b) o principio da *legitimidade dos meios indispensaveis* para o exercicio dos direitos; e

c) o principio da *conciliação e harmonia* dos direitos e interesses oppostos.

A analyse destes principios, que faz objecto dos tres paragraphos seguintes, é a que se encontra, e foi feita pelo Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, nas suas lições de direito civil, para o curso do primeiro anno em 1903.

63. Principio da egualdade da lei. — Este principio é assim consignado no art. 7.°:

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

Não faz a lei civil distincção de pessoas nem de sexo na determinação dos direitos de cada um, a não ser para devidamente proteger e acautelar os interesses dos mais fracos, ou para determinar a cada um logar egual a todos os outros, que se encontram

em situação identica, mas diversa da que na ordem juridica pertence e deve pertencer aos que se encontram em situação differente. Estas excepções são, em todo o caso, expressamente declaradas na lei; de modo que o juiz, ao resolver os pleitos submettidos á sua decisão, terá de investigar primeiramente se algum dos litigantes, em rasão da sua idade ou do sexo, está sujeito ou não a quaesquer preceitos especiaes, que devam prevalecer sobre o direito commum.

Quando taes preceitos não existam, a idade e o sexo são condições sem valor para collocarem em situação desegual os litigantes.

Já a Carta Constitucional, dispunha no § 12.º do art. 145.º, que « *a lei será egual para todos, quer proteja quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um* »; e no § 15.º do mesmo artigo, determina-se que « *ficam abolidos todos os privilegios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica* ». Esta egualdade legal de todos os cidadãos portugueses, é na ordem civil mais latitudinaria do que na ordem politica, pois a mulher, por exemplo, que politicamente é *quasi incapaz*, tem no campo do direito privado uma situação quasi equivalente á do homem; sendo desde muito porfiados os exforços de alguns pensadores no sentido de se estabelecer a perfeita egualdade civil dos dois sexos.

Essa egualdade, no sentido da identidade de direitos e obrigações, parece-nos irrealisavel, por não poder a lei apagar differenças, que a natureza estabeleceu; mas podem e devem desapparecer da nossa legislação alguns preceitos inspirados por uma falsa e injustificavel tradição.

Não se entenda, porém, que a egualdade de todos perante a lei civil, consignada no art. 7.º do respectivo codigo, significa que todos os cidadãos, qualquer que seja a situação *de facto* em que se encontrem, gosam de eguaes faculdades; pois é já antiga e bem conhecida a maxima de que *a verdadeira egualdade consiste em tratar desegualmente as pessoas collocadas em condições deseguaes.*

A egualdade estabelecida na lei é sómente para a mesma ordem de factos, de modo que não haja possibilidade de applicação divergente da lei a pessoas em identica situação de facto. Por outras palavras poderiamos enunciar o mesmo principio, dizendo que a lei disciplina e rege os factos, sempre pela mesma fórma, qualquer que seja a pessoa a quem elles possam interessar — salvo nos casos especialmente exceptuados desta regra pela mesma lei.

Só assim póde e deve entender-se o art. 7.º do codigo civil.

64. Principio da legitimidade dos meios juridicos indispensaveis. — Este principio é constituido pelas duas regras consignadas nos artt. 12.º e 13.º:

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

« Quem, em conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar desse mesmo exercicio. »

A regra enunciada no art. 12.º tem sido observada desde o tempo dos romanos; e COELHO DA ROCHA, enumerando-a entre as condições do *exercicio dos direitos,* fundamenta-a em dois textos do Digesto (1).

Foi seguramente á obra deste insigne jurisconsulto que o auctor do codigo a foi beber, para a legislar depois, reconhecendo assim o grande fundo de justiça, que a mesma encerra.

Na verdade, tam clara e palpavel é a razão de tal preceito, que inutil se torna alargar a sua explicação; pois o direito seria cousa inutil se a lei negasse os meios do seu exercicio, ao respectivo titular.

(1) COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, § 49.º.

De *meios indispensaveis* falla, porém, o codigo; e por isso, não póde o sujeito do direito, na falta de indicação, geral ou especial, dos meios para o seu exercicio, usar indifferentemente daquelles que mais agradaveis lhe forem, pois a lei só legitima *os indispensaveis.*

Assim, por exemplo, o art. 480.º do codigo civil reconhece ao possuidor, que fôr perturbado ou esbulhado da sua posse, o direito de se manter ou restituir por sua propria força e auctoridade, contanto que o faça em acto consecutivo; mas não define em parte alguma quaes os meios, pelos quaes póde exercer este direito.

Poderá elle, acaso, usar de quaesquer meios *de força* para se manter ou restituir á sua posse?

Seguramente não: a lei só legitima os *factos indispensaveis,* ou seja na hypothese, o emprego da força sómente nos limites em que ella se torna precisa para os indicados fins; sendo illegal, e até criminoso, o uso de violencias desnecessarias por parte do possuidor.

Por esta fórma, se um individuo entra no predio, que eu possuo, dizendo-se dono delle, e apropriando-se de certos fructos, eu posso usar da força para o impedir de levar esses fructos, e até para o collocar fóra do predio. Mas se, em vez de assim exercer o meu direito, eu empunhasse um revolver, e lhe vasasse a cabeça com uma bala, o meu acto não seria legitimo, porque o meio de que usei *não era indispensavel* para o exercicio do meu direito.

Quando, porém, um individuo, armado e violento, cresce sobre mim para me tirar pela força o objecto, que eu possuo, e eu só posso evitar este esbulho usando egualmente de violencia, esta, sendo então *meio indispensavel* para o exercicio do meu direito, é perfeitamente legitima.

O mesmo podiamos dizer para as hypotheses dos artt. 2354.º, 2367.º e 2370.º do codigo civil.

Uma das especies, em que mais vulgarmente se recorre ao preceito do art. 12.º do codigo civil, como justificação de actos praticados á sombra do citado art. 486.º, é a da *posse das servidões,* especialmente das descontinuas.

Como, pelo disposto no art. 490.º, as acções possessorias são, em geral, inapplicaveis ás servidões continuas não-apparentes, e ás descontinuas, o possuidor dellas, quando perturbado ou esbulhado da sua posse, costuma valer-se da *propria força,* para se manter ou restituir, afim de evitar os inconvenientes e despesas da respectiva acção ordinaria, ainda que, na opinião de alguns, este meio é inadmissivel, nos casos em que aquellas acções não podem ter logar (1).

A regra enunciada no art. 13.º é ainda uma illação necessaria dos principios estabelecidos, e tambem encontra a sua origem no direito romano; e foi reproduzida pelo nosso COELHO DA ROCHA, no citado § 49.º das suas *Instituições,* com a restricção apenas de que, na lição deste escriptor, o sujeito do direito respondia pelos prejuizos causados a outrem, *quando eram produzidos sem nenhum interesse, e só por emulação.*

O codigo civil alargou o preceito antigo, certamente pela consideração de que não viola direitos alheios, quem apenas exerce o direito proprio; e, por isso,

(1) O nosso povo, diz o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, sempre astuto na defesa dos seus interesses, usa geralmente dum processo facil para expoliar pacificamente o possuidor das servidões de passagem, quando estas são *de pé e carro:* deitam-se ou sentam-se algumas pessoas no logar por onde o carro tem de passar, e assim conseguem quasi sempre o seu desejo, porque o possuidor não quer aventurar-se a esmagá-las sob as rodas do carro, e vê-se por aquelle meio impossibilitado de passar.

Outras vezes abrem sulcos largos e profundos na terra, que não podem ser de prompto atulhados, de modo que a passagem se torna tambem impossivel de momento, obrigando o possuidor a vir com a acção ordinaria, onde a prova da existencia de taes servidões é quasi sempre arriscada, e sempre difficil.

os prejuizos resultantes, para terceiro, deste mesmo exercicio nunca podem ser motivo de responsabilidade para quem os produz, visto que a responsabilidade civil sómente se origina na offensa ou violação dos direitos alheios, como se reconhece expressamente no art. 2361.º do mesmo codigo.

No entanto, é necessario que o direito seja exercido *em conformidade com a lei,* como terminantemente se dispõe no citado art. 13.º; pois o direito só existe, para os effeitos legaes, nos precisos termos em que a lei o define e especifica.

Assim, por exemplo, o art. 2317.º do codigo civil permitte ao dono de qualquer predio plantar arvores ou arbustos a qualquer distancia da linha divisoria, que separa o predio vizinho daquelle em que a plantação fôr feita; mas declara tambem que o proprietario vizinho póde cortar as raizes e os ramos que se estenderem para o seu predio, *se o dono da arvore, sendo rogado, não o tiver feito durante tres dias.*

Deste modo, o direito do proprietario vizinho a cortar os ramos e as raizes da arvore só póde exercer-se nos precisos termos da lei; isto é: depois de avisado o dono da arvore para que o faça, e depois de passarem tres dias sobre esse aviso; o qual, segundo a jurisprudencia corrente, tanto póde ser feito judicialmente, como particularmente, na presença de duas testemunhas, em harmonia com o disposto, para caso analogo, pelo art. 711.º do codigo civil.

Em taes condições, se do córte feito resultar a morte da arvore, ou a perda dos fructos, ou quaesquer outros prejuizos para quem a plantou, por elles não responde o dono do predio vizinho, porque exerceu apenas o seu direito, *em conformidade com a lei.*

Caso, porém, elle tenha feito o córte das raizes ou dos ramos sem previo aviso, ou ultrapassando a linha divisoria dos dois predios, então já responde pelos prejuizos causados, não por ter exercido o seu direito, mas por ter violado o direito alheio, que para elle se traduzia nas obrigações indicadas.

E póde até caber-lhe responsabilidade criminal, se tiver procedido com dólo, ao *aprumar* a arvore.

65. Principio da conciliação de direitos e interesses oppostos. — Este principio é consignado nas regras dos artt. 14.º e 15.º:

> « Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses, deve, em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos. »
>
> « Em concurso de direitos iguaes ou da mesma especie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessario para que esses direitos produzam o seu effeito, sem maior detrimento de uma que da outra parte. »

As regras dos artt. 14.º e 15.º previnem a hypothese de haver collisão de direitos, isto é, de concorrerem simultaneamente dois direitos oppostos, cuja realização integral é impossivel por virtude das circunstancias de facto que se verificam no caso; e resolvem essa collisão por modo a evitar prejuizos, o mais que fôr possivel.

E' assim que na collisão de direitos eguaes, ou da mesma espécie, devem ambos os interessados ceder em partes proporcionaes, de modo a não ser maior o prejuizo de um do que o do outro (art. 15.º); e se uma das partes pretende evitar prejuizos, e a outra procura alcançar interesses, esta deve ceder áquella (art. 14.º).

Um exemplo vulgar da primeira regra encontra-se na divisão do activo de qualquer devedor insolvente pelos credores communs, pois não chegando os bens

para a todos pagar integralmente, recebe apenas cada um parte do seu credito, de modo a perderem todos por egual; v. gr.: se Paulo deve a Manuel 600$000 reis, e a João 400$000 reis, não tendo mais de 500$000 reis para pagar aos dois, Manuel recebe apenas 300$000 reis, e João 200$000 reis, perdendo, assim, cada um metade do seu credito.

Com respeito á regra do art. 14.º, com razão diz o Dr. DIAS FERREIRA que não sabe a applicação que possa ter este artigo, porque em raras hypotheses apparecerão direitos, que procurem interesses, e que tendam a evitar prejuizos, em que se dê collisão, sem haver providencia especial (1).

(1) Dr. DIAS FERREIRA, *ob cit.* (1.ª ediç), I, 35.

CAPITULO V

APPLICAÇÃO DAS LEIS NO TEMPO

66. O problema da applicação das leis no tempo. Disposições de direito transitorio. Da propria natureza das leis, como regras de vida social dotadas de força obrigatoria, resulta o principio geral de que ellas só podem applicar-se desde o começo da sua vigencia até ao momento da sua revogação.

Este principio, reduzido á sua fórma mais simples, significa que *a lei só se applica aos factos realisados durante o tempo em que ella vigóra.*

Mas como os factos juridicos muitas vezes constituem uma serie de acontecimentos ou actos, ligados entre si por uma relação de dependencia, como a de causa e effeito, succede ás vezes que a lei nova, sendo promulgada, e encontrando no seu campo de applicação muitas destas series complexas de relações juridicas, tem de reger *factos anteriores a ella,* ou permittir que a lei antiga continue a reger *factos posteriores á sua revogação.*

Quando uma lei é promulgada, podemos considera-la em relação a tres categorias de actos ou relações juridicas:

a) actos integralmente realisados ao tempo em que a lei é posta em vigor;

b) actos iniciados depois de vigorar a nova lei;

c) actos iniciados sob o dominio da lei antiga, mas que só veem a realisar-se integralmente no dominio da lei nova.

Para as duas primeiras categorias não offerece o problema difficuldade alguma.

Mas em relação á terceira é que por vezes se apresentam graves difficuldades, para se determinar quando deve applicar-se a lei nova, ou, pelo contrario, manter-se o regimen da lei anterior.

Geralmente o legislador tem o cuidado de estabelecer preceitos especiaes, destinados a regular as condições em que deve ser applicada a lei nova; estes preceitos, tendo por fim regular a transição de um regimen juridico para outro, são conhecidos pela designação de disposições de *direito transitorio* ou *disposições transitorias* — do latim *transire* (passar) (1).

Mas quando faltam, ou são deficientes, taes disposições, é necessario recorrer a algum criterio ou principio juridico, que deve ser precisamente o mesmo que inspira o legislador na confecção dos preceitos do direito transitorio.

67. A theoria da não-retroactividade das leis. — O criterio juridico que tem sido geralmente adoptado, para resolver o problema dos limites da applicação das leis no tempo, traduz-se no classico principio da *não-retroactividade das leis.*

Este principio costuma ser enunciado: ou sob a fórma negativa da não-retroactividade, dizendo-se que *as leis não teem effeito retroactivo,* isto é, que não regulam os effeitos ou consequencias de factos anteriores á sua vigencia, *desde que a sua applicação offenda direitos adquiridos;* ou sob a fórma positiva de que *as leis teem effeito retroactivo,* emquanto não offendem *direitos adquiridos.*

A justificação deste principio é muito simples: a lei nova, representando a ultima expressão do progresso e das necessidades sociaes, deve ter applicação immediata; mas não haveria segurança alguma para os particulares, desapparecendo a confiança nas leis, se

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit, pag. 85.

os seus direitos, a sua fortuna, a sua condição pessoal, os effeitos dos seus actos e contractos, pudessem a cada instante ser questionados, modificados, ou supprimidos, por virtude de mudança da vontade do legislador; o interesse geral, que não é senão a resultante dos interesses individuaes, exige, pois, que tudo aquillo que foi regularmente feito sob o imperio de uma lei seja considerado como válido, e, por consequencia, se conserve estavel atravéz das mudanças de legislação (1).

E, assim, o principio da não-retroactividade das leis encontra-se já formulado no direito romano: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.*

E do mesmo modo se encontra consignado nas constituições e nos codigos modernos, como no art. 2.º dos codigos civis francês e italiano, onde se dispõe:

« *A lei não dispõe senão para o futuro; ella não tem effeito retroactivo.* »

Mas, tomando em consideração o facto de que, apezar deste principio, as leis muitas vezes se applicam indirectamente a factos anteriores á sua vigencia, e querendo em todo o caso affirmar-se a doutrina da *não-retroactividade das leis,* a maior parte dos jurisconsultos fixaram-se na seguinte noção juridica:

A lei é *retroactiva* quando altera ou supprime *direitos já definitivamente adquiridos;* mas não o é, quando se limita a offender simples direitos possiveis ou *meras expectativas* (2).

Mas adeante veremos que esta noção da retroactividade não é inteiramente adoptada pelo nosso codigo civil.

E certo é que aquella não é a verdadeira noção da retroactividade, pois que esta se refere á applicação

(1) PLANIOL, pag. 95.

(2) PLANIOL, pag. 95 e 96; LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, paj 101 e 102; Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Liç.* cit, pag. 85; CAPITANT, paj 45, nota.

das leis a factos passados anteriormente á sua vigencia, ou ás consequencias e effeitos destes factos, produzindo-se já no dominio da sua vigencia.

Foi principalmente para esta segunda categoria de relações juridicas que os legisladores formularam o principio da não-retroactividade, porque para os factos integralmente realisados já, o principio é tam intuitivo, que desnecessario era consigna-lo expressamente.

Resumindo: as difficuldades do problema da retroactividade ou não-retroactividade das leis referem-se precisamente á sua applicação a factos presentes ou futuros, mas que são apenas a continuação ou o effeito de factos anteriores á sua vigencia.

Foi exactamente para resolver essas difficuldades que se estabeleceu a distincção entre os *direitos adquiridos* e as *simples esperanças* ou *expectativas* de direitos.

E assim as leis teem ou não applicação immediata a todas as relações juridicas que se realisam sob a sua vigencia, quer dizer, podem ou não ter effeito retroactivo, conforme offenderem simples expectativas ou direitos já adquiridos.

De modo que, como justamente observa o Dr. Teixeira d'Abreu, a *não-retroactividade* da lei tem uma significação technica, que as palavras não traduzem com rigor, pois que este principio no que verdadeiramente consiste é em excluir a applicação da lei a factos occorridos no seu dominio, mas que são apenas o natural desenvolvimento de outros praticados no dominio da lei anterior, e que por isso continuam a ser por esta regulados.

Por outras palavras, a *não-retroactividade* da lei nova significa antes a *sobrevivencia* da lei anterior, para regular ainda certos factos posteriores á sua revogação.

« Daqui resulta que, muitas vezes, relações juridicas identicas estão simultaneamente sendo regidas

por diversa disciplina, tão sómente porque umas se iniciaram em certo tempo, e outras posteriormente.

« Assim, por exemplo, em 1887 publicou-se uma lei sobre *decima de juros,* que faz recahir esta sobre o credor, declarando nulla a condição, ao tempo muito vulgar nas escripturas de usura, de ser paga pelo devedor; declarando, porém, subsistente esta condição nos contractos anteriores, onde tivesse sido estabelecida (1). »

A expressão *retroactividade da lei* é que em certo modo traduz uma ideia exacta, significando a applicação da lei, a factos, que, por serem uma consequencia de relações juridicas anteriores, póde alterar as condições em que estas foram estabelecidas.

Mas em todo o caso não é uma expressão inteiramente exacta, emquanto se refere a factos produzidos sob o dominio da lei applicavel.

E' por isso que ás expressões empregadas para exprimir este problema da applicação das leis — *não-retroactividade, irretroactividade, retroactividade, effeito retroactivo* ou *força retroactiva* das leis — deve preferir-se a epigraphe deste capitulo, ou, como diz Planiol, a de *duração da applicação das leis.*

68. A distincção entre as simples expectativas e os direitos adquiridos. — Esta distincção, que, no dizer do professor Planiol, póde considerar-se como a fórmula do direito francês moderno sobre a questão, parece ter sido exposta nitidamente pela primeira vez por Blondeau, em 1826; foi então adoptada por todos os jurisconsultos, sendo desenvolvida notavelmente por Valette, nas suas notas sobre o tratado *De l'état des personnes,* de Proudhon, e por Demolombe, no primeiro volume do

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 92.

seu curso, e foi reproduzida em quasi todos os livros e applicada pela jurisprudencia (1).

As difficuldades que por vezes se levantam para qualificar certos factos como direitos adquiridos, ou como simples expectativas, e as divergencias que por isso se teem accentuado entre os proprios partidarios da distincção, teem levado muitos dos modernos e mais auctorisados civilistas (PLANIOL, CAPITANT, VAREILLES-SOMMIÈRES, CHIRONI e ABELLO, e outros) a criticar a doutrina classica, impugnando aquella distincção, e procurando construir em novas bases a doutrina da applicação das leis no tempo (2).

Geralmente, dizem os adversarios da distincção, entende-se por direito adquirido um direito definitivo, que não póde ser tirado áquelle que o possue, emquanto que a expectativa é um direito ainda não constituido, uma esperança que póde desapparecer.

Mas a distincção assim apresentada tem o inconveniente de não fornecer criterio algum.

Dizem outros que ha « direitos adquiridos » quando a lei antiga se applica com exclusão da nova, e « simples expectativas », quando os interesses soffrem o effeito da mudança de legislação.

Mas estas expressões traduzem os *resultados* da distincção, sem darem na realidade um *meio* de a fazer, quando o que justamente é preciso explicar é a razão porque a lei nova se applica ou não a certas situações constituidas sob o imperio da lei anterior.

(1) PLANIOL, pag. 95, nota, e 96

(2) VAREILLES-SOMMIÈRES foi o escriptor que mais energicamente criticou a distincção classica dos direitos adquiridos, num artigo publicado na *Revue critique*, de 1893, intitulado *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, onde procurou demonstrar a inexactidão da doutrina classica, desafiando os mais auctorisados civilistas a dar definições satisfactorias do direito adquirido e da simples expectativa. Esta critica é inteiramente applaudida pelo professor PLANIOL, que affirma ser a distincção falsa no ponto de vista scientifico, e artificial e viciosa no ponto de vista pratico, pois que nenhuma das duas categorias apresenta um só caracter que lhe seja proprio. — PLANIOL, pag. 96 e nota.

Para evitar esta difficuldade, apresentou LAURENT uma outra distincção, para substituir a classica, entre o *direito* e o *interesse* (1).

Mas a verdade é que esta distincção, além de não ter valor scientifico, porque o *direito* não é senão um *interesse* reconhecido e garantido pela lei, dá logar ás mesmas ou a maiores difficuldades (2).

Vejamos, porém, as principaes definições que teem sido apresentadas para os direitos adquiridos, porque só assim podemos avaliar do alcance desta critica.

MEYER chama *direitos adquiridos:* os que se tornaram propriedade de quem os exerce, que delles póde dispôr do modo mais absoluto.

REINHARDH define-os: os que resultam de negocios effectuados antes da nova lei, mas cujos effeitos não foram ainda consumados.

Para DEMOLOMBE, são as consequencias de factos realisados sob o imperio da lei antiga.

Segundo SAVIGNY, são os direitos fundados num facto juridico já realisado, mas que ainda se não fizeram valer.

Interessantes são as definições dos modernos civilistas allemães:

Os direitos que pertencem aos seus sujeitos em virtude de um titulo especial de adquisição (GIERKE, *Deutsches Privatrechts,* I, pag. 192);

Os direitos que por um acto de vontade particular do individuo foram adquiridos e feitos seus por elle (LASALLE, *System der erworbenene Rechte,* I, pag. 61);

Deve entender-se por direitos adquiridos sómente aquelles em que uma possibilidade de querer contida no direito objectivo se realisou como estado juridico concreto de um sujeito individual, por um processo qualquer, quer seja um acto juridico, um facto creador

(1) LAURENT, *Principes de droit civil,* I, nn 153 a 161. Esta distincção foi adoptada por HUC, no séu *Commentaire théorique et pratique du code civil,* I, n. 60

(2) PLANIOL, pag. 96.

de direito ou uma lei (GERBER, *Grundzùge des Staatrechts,* pag. 39).

Entre nós o problema do conceito dos direitos adquiridos tem sido examinado por alguns jurisconsultos, nomeadamente pelo Dr. DIAS FERREIRA, que, á semelhança de MEYER, os define como sendo aquelles de que o sujeito está definitivamente investido, de que tem já a posse e realisação effectiva, e pelo Dr. TEIXEIRA D'ABREU, que adoptou o conceito de REINHARDH e DEMOLOMBE, considerando-os os *effeitos necessarios de factos realisados no dominio da lei antiga, e, portanto, regulados por ella* (1).

GABBA, confrontando as diversas definições dos direitos adquiridos, faz notar que estes teem sido considerados sob dois pontos de vista differentes: 1.º o da sua origem, e 2.º o da sua relação com o interesse do individuo; e que esta dualidade de pontos de vista resulta, em parte, da circunstancia de alguns os definirem independentemente da especial opportunidade da definição para o problema da retroactividade, emquanto que outros attenderam precisamente a este fim.

E, por outro lado, observa GABBA que a expressão *direitos adquiridos,* além de dever encarar-se por ambos aquelles aspectos, não deve, na theoria da retroactividade, tomar-se no seu significado mais geral, que comprehende tambem os direitos já consumados, mas significa sómente os direitos que foram adquiridos, mas não foram ainda effectuados e consumados.

E assim GABBA apresentou a seguinte definição, que foi perfilhada, entre outros, por MAZZONI e LOMONACO:

« É *direito adquirido* todo o direito, que é consequencia dum facto idoneo para produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o facto foi realisado, embora a occasião de o fazer valer se não tenha apresentado

(1) Dr. DIAS FERREIRA, 1, pag 19; Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag 91.

antes da vigencia de uma nova lei relativa ao mesmo, e que, nos termos da lei sob a qual se realisou o facto em que tem a sua origem, entrou immediatamente a fazer parte do *patrimonio* do que o adquiriu (1). »

Em todo o caso, o certo é que a noção classica, geralmente acceite em materia de retroactividade, é a do conceito patrimonial dos direitos adquiridos.

A definição classica de MERLIN, que os define — *direitos que entraram no nosso dominio, que delle fazem parte, e que não póde mais tirar-nos aquelle de quem os adquirimos* — foi reproduzida de uma maneira mais ou menos explicita pelos mais auctorisados jurisconsultos franceses e belgas (AUBRY e RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, e outros).

Mas este conceito tem sido modernamente criticado, porque, emquanto, por um lado, ha direitos adquiridos que não figuram no nosso patrimonio, taes como os direitos constituitivos do estado das pessoas, por outro lado, ha faculdades legaes, que não nos podem ser tiradas, desde que nós as possuimos, a não ser o proprio legislador que no-las reconheceu, e que todavia não constituem direitos adquiridos, no sentido da theoria da retroactividade das leis, como acontece com os direitos constituitivos da capacidade politica.

Reconhecendo esta imperfeição essencial da distincção entre direitos adquiridos e simples espectativas, como criterio determinador da não-retroactividade das leis, apresentaram BAUDRY-LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE um criterio novo, com o qual suppõem evitar as criticas e resolver as difficuldades do problema.

Segundo estes auctores, por *direitos adquiridos* deve entender-se *as faculdades regularmente exercidas,* e por *espectativas* ou *interesses* as que o não eram ainda no momento da mudança de legislação.

(1) GABBA, *Teoria della retroattività della legge,* vol. 1, liv II, cap. II; LOMONACO, 1, pag. 73.

Entretanto, a verdade é que este criterio é apenas a expressão dos conceitos de alguns escriptores allemães, por uma fórma mais simples e intelligivel.

O valor deste criterio foi tambem impugnado por VAREILLES-SOMMIÈRES, com o fundamento de que todos os nossos direitos, mesmo os que proveem de uma faculdade exercida, não são para o futuro senão faculdades não exercidas. Assim, o direito de propriedade sobre uma cousa é a *faculdade não exercida* de usar della, de colher os seus fructos, de a transformar, de a alienar.

A esta critica respondem os auctores do novo criterio que se confunde o proprio direito com o modo ou a faculdade de o exercer, sendo certo que só esta constitue, para o futuro, uma faculdade não exercida (1).

O criterio das faculdades legaes exercidas parece-nos ainda imperfeito, por outra razão mais substancial: é que os direitos são interesses garantidos pela lei, e que não deixam de o ser, ainda que o respectivo sujeito ou titular os não exerça durante um grande periodo de tempo, emquanto se não verifique a prescripção.

Quer dizer: ha direitos adquiridos, mesmo sem o exercicio das respectivas faculdades legaes.

De tudo o que fica exposto, é forçoso concluir que a doutrina classica dos direitos adquiridos é incapaz de definir o principio da não-retroactividade das leis.

69. A theoria da applicação das leis no tempo segundo a natureza da lei. — Alguns jurisconsultos pretenderam que as leis tivessem, ou não, uma auctoridade absoluta, sendo applicadas, ou não, immediatamente a todos os factos da sua esphera de acção, conforme a sua natureza especial

(1) LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, pag 104 e segs.

lhes deve attribuir uma maior ou menor força obrigatoria.

E, nesta ordem de ideias, emquanto que alguns tomaram como base a distincção entre as leis de interesse e ordem publica e as de mero interesse privado, outros tomaram em consideração a differença entre leis prohibitivas e imperativas.

E, assim, os primeiros attribuiram effeito retroactivo ás leis de ordem publica, e os segundos attribuiram-no ás leis prohibitivas; e esta coincidencia explica-se pelo facto de muitos jurisconsultos terem considerado como sendo de ordem publica todas as leis prohibitivas.

Esta theoria é, pelo menos, tam imperfeita como a dos direitos adquiridos, sob o ponto de vista das duvidas e difficuldades a que dá logar na sua applicação.

Mas, além disso, tem o defeito de ser muito mais anti-scientifica, porque pretende attribuir ás differentes especies de leis um diverso gráu de força obrigatoria, que a propria natureza da lei não permitte (1).

70. Uma nova theoria da não-retroactividade, de Vareilles-Sommières. — Foi no artigo já referido, publicado na *Revue Critique,* em 1893, que este jurisconsulto, ao mesmo tempo que mostrou a insufficiencia da doutrina classica dos direitos adquiridos, apresentou a sua theoria.

Acceitando o principio geral da não-retroactividade das leis, trata de determinar as condições em que a lei é retroactiva.

Uma lei é indiscutivelmente retroactiva « quando supprime no passado os effeitos já produzidos de um facto ou de um acto anterior ».

(1) Póde ver-se a indicação e critica de diversas theorias ainda menos importantes, em CHIRONI, *Della non retroattività della legge,* pag. 27 e segs

Mas se-lo-ha ainda quando « modifica ou supprime os effeitos a produzir ou futuros » deste facto ou deste acto, isto é, para o futuro, um dos nossos direitos actuaes, pois que todo o direito é consequencia de um acto ou de um facto? É conforme.

A lei é retroactiva quando « modifica ou supprime este direito por causa de um facto passado », qualquer que elle seja, quer elle tenha dado origem ou não a este direito.

Pelo contrario, a lei não é retroactiva, quando modifica ou supprime um direito, não em razão dum facto passado, mas por causa dos inconvenientes ou perigos que offerece este direito em si mesmo. Ella respeita o direito no passado, e não lhe toca para o futuro, senão em virtude de considerações geraes, que se inspiram nas necessidades sociaes para os tempos futuros.

O legislador modifica assim os effeitos do acto, mas é pensando no futuro, e não no passado. Ora, o futuro é o dominio das leis novas, e ninguem póde queixar-se de que, por motivos de interesse geral, os seus direitos actuaes sejam modificados *in futurum*.

E, assim, o interprete, para determinar se a lei nova deve ou não applicar-se retroactivamente, tem a investigar não que faculdade ella nos retira ou modifica, mas por que motivo ella no-la tira.

A nova theoria não consegue resolver satisfactoriamente as difficuldades do problema, precisamente porque não é facil dizer-se quando é que o legislador modifica o direito, por causa do passado, ou em attenção ao futuro, parecendo até que as mudanças de legislação são sempre determinadas pelo futuro da vida social.

Mas, além disso, a theoria de VAREILLES-SOMMIÈRES leva a conclusões, em certas questões de direito, que são na verdade incomprehensiveis e inadmissiveis.

É assim que, segundo esta theoria, não devem considerar-se retroactivas as leis que extinguiram a

escravatura, quando é certo que taes leis tiveram precisamente por fim annullar um facto passado (1).

71. A theoria dos factos realisados antes da nova lei. — Segundo alguns escriptores, para determinar a lei applicavel a uma dada relação juridica, o que importa é averiguar se esta resultou, ou não, de um *facto realisado* sob o dominio da lei antiga, em harmonia com o regimen juridico então vigente.

No caso affirmativo, o principio da não-retroactividade da lei manda respeitar o regimen da lei anterior, sob o qual se constituiu a situação juridica, que se prolonga no dominio da lei nova.

Esta theoria, que é defendida especialmente por CHIRONI (2), não é, na essencia, diversa da theoria classica dos direitos adquiridos.

E' simplesmente uma questão de diversa terminologia, reduzindo-se a considerar como direitos que não podem ser alterados pela lei nova (direitos adquiridos) os que são consequencias necessarias de um acto realisado sob o dominio, e nos termos da lei anterior.

E' o que explica o facto de o Dr. TEIXEIRA D'ABREU ter construido uma theoria dos *direitos adquiridos*, que coincide com a dos factos realisados no tempo e nos termos da lei antiga.

O Dr. TEIXEIRA D'ABREU formúla assim a sua theoria:

« *Não ha direitos adquiridos, sem que estejam realisados os factos de que os mesmos dimanam; e esses factos, sendo regidos pela lei antiga, subordinam a ella todos os seus effeitos necessarios, embora alguns*

(1) LACANTINERIE e HOUCQUES-FOURCADE, I, pag. 112.
(2) CHIRONI, pag. 65 e segs.; CHIRONI e ABELLO, pag. 85 e segs.

sómente se verifiquem no dominio da lei nova, salvo nos casos em que esta expressamente determinar o contrario » (1).

72. Conceito e caracter do principio da irretroactividade das leis. — O principio da irretroactividade, como criterio regulador da applicação das leis no tempo, é apenas um principio geral, porque, segundo a doutrina geralmente acceita, só obriga o juiz, mas não o legislador, que póde attribuir ás leis effeito retroactivo, sempre que o julgue necessario e conveniente para a melhor garantia das relações sociaes.

(1) Para completo conhecimento desta theoria, segue-se a sua exposição analytica, tal como se encontra nas citadas *Lições* do Dr Teixeira d'Abreu, pag 86 a 91.

« A nosso ver a solução mais justa do problema tem de levar em conta a propria natureza da lei, que se pretende applicar, verificando em primeiro logar se acaso se trata ou não de algum preceito com caracter *suppletivo,* e tomando em consideração o *facto* em que o direito se origina, os effeitos já realisados, e os que ainda deveria produzir.

« Deste modo, suppondo que Paulo emprestou a Pedro a quantia de 5:000$000 réis, por titulo particular, antes do Cod. Civ., e que ao tempo da vigencia da lei nova o dinheiro ainda não tinha sido pago, deverá ou não este contracto subsistir em face do art. 1534 º do mesmo Codigo, que exige escriptura publica para prova dos contractos desta natureza ?

« Entendemos que o juiz neste caso deve applicar a lei antiga, porque o *facto,* que originou o direito de Paulo a demandar Pedro pelo pagamento, foi praticado em harmonia com a lei vigente ao tempo da celebração do contracto. Foi então que elle *adquiriu* este direito; e não pode a lei nova privá-lo delle, como succederia se á hypothese fosse applicada a lei nova; pois a falta de *prova idonea* equivale nos seus effeitos, á falta do direito, cuja existencia se não prova

« E o que succede com este contracto, succede com todos os outros; de onde podemos já concluir que *as formalidades externas de qualquer acto devem ser reguladas pela lei em vigor ao tempo em que o mesmo foi celebrado*

« E pela mesma lei devem ser tambem apreciadas as condições necessarias para a sua validade : *a capacidade dos contrahentes, a possibilidade do objecto, a prestação do consentimento, e as clausulas nelle estabelecidas;* porque foi no proprio momento da celebração que a relação juridica se creou, *adquirindo* cada um dos pactuantes os direitos que a lei, ao tempo vigente, lhes assegurava.

« Mas além das clausulas e condições *expressamente* estabelecidas no contracto, tem este ainda outros effeitos, que dimanando immediatamente da lei, seria inutil consignar no respectivo documento

« Ora, suppondo que a lei nova dá aos contractos daquella especie effeitos diversos dos que lhe attribue a lei antiga, qual das duas deve ser applicada, desde que esses effeitos venham a produzir-se já no dominio da nova lei ?

« A natureza *suppletiva* do direito contractual indica-nos que deve na hypothese applicar-se a lei antiga. Na verdade, desde que os effeitos do contracto são apenas determinados pela lei com o fim de supprir a ommissão dos pactuantes, é claro que estes preceitos legaes não podem ter mais valor, do que o teriam as regras ou clausulas ajustadas por aquelles. Por isso, devendo estas manter-se e respeitar-se, quando a lei do tempo as permittia, tambem devem ser mantidos e respeitados os preceitos suppletivos da mesma lei, porque estes representam verdadeiros *direitos adquiridos* pelas partes.

« Podemos, pois, concluir do exposto, que *os preceitos da lei antiga, com caracter suppletivo, regem os effeitos dos actos e contractos realisados antes da lei nova, embora aquelles effeitos só mais tarde venham a produzir-se.*

« Quanto ás leis, que não teem caracter suppletivo, é preciso distinguir se ellas são *prohibitivas, imperativas* ou *facultativas.*

« Sendo a lei antiga *prohibitiva,* é claro que á sombra della se não podem praticar factos, que originem direitos para aquelle que os pratica; mas podem esses direitos apparecer para terceiros quando se dá a violação das mesmas leis.

« Tal era, por exemplo, a prohibição, estabelecida no direito previgente, de qualquer pessoa abrir no seu predio uma cisterna ou poço a menos de cinco pés das paredes do vizinho.

« Esta lei, sendo prohibitiva, implicitamente concedia ao dono do predio vizinho o *direito de se oppor* ás obras feitas a menos de cinco pés da sua parede, ou a fazer desmanchar essas obras depois de feitas, além da consequente exigencia das perdas e damnos.

« Ora suppondo que Paulo abriu uma cisterna a menos do que aquella distancia, mas dentro dos limites fixados administrativamente, nos termos do art. 2323.º do Cod Civ, poderá o dono do predio vizinho, depois do Cod Civ, obrigá-lo a desmanchar as obras feitas ?

« Por outras palavras : as relações juridicas entre os dois proprietarios regulam-se pela lei antiga ou pela nova ?

« Entendemos que é pela lei antiga; visto que a applicação do Cod. Civ iria ferir os *direitos adquiridos* pelo dono do predio vizinho de Paulo, desde que este praticou o facto prohibido pela lei.

« E esta conclusão é tanto mais justificada, quanto é possivel ter do mesmo facto resultado prejuizos para o dicto proprietario, á indemnisação dos quaes tinha ao tempo da nova lei incontestavel *direito.*

« Por isso, podemos tambem concluir que *os direitos resultantes da violação de leis prohibitivas mesmo sem caracter suppletivo, regem-se pela lei que vigorava ao tempo da violação.*

« Se a lei é *preceptiva,* verifica-se caso identico ao que deixamos registado; pois a lei que manda praticar certos factos a uma pessoa, implicitamente reconhece a outras *o direito* de a isso a compellirem

« Portanto a ommissão daquelle, a quem a lei mandava praticar certos factos, creou o *direito de terceiro,* a quem a mesma ommissão prejudicou. Este direito estava, por isso, legitimamente *adquirido* ao tempo da lei nova, ainda que o seu titular o não tivesse realisado praticamente; e tem, consequentemente, de ser mantido e respeitado, quaesquer que sejam as disposições desta a respeito de casos identicos.

« Devemos, porém, observar que algumas leis *preceptivas* não con-

E, assim entendido, o principio traduz apenas o conceito de que as leis só regulam para o futuro, e não para o passado, sendo por isso que os effeitos naturaes, usuaes ou legaes, de um facto juridico, praticado sob o dominio de certa lei, continuam a reger-se por esta, embora só venham a realisar-se sob o dominio de uma lei nova.

signam obrigações, cujo não cumprimento vá ferir direitos de terceiro; pois são estabelecidas com certo caracter de generalidade, que mais implica com a boa ordem social, do que com os direitos individuaes. A este numero pertencem as que determinam as *obrigações dos funccionarios publicos, no exercicio das suas funcções;* e, por isso, não se filiando nestas quaesquer relações juridicas, cujos effeitos possam vir a produzir-se na vigeneia da lei nova — a não ser pelo que respeita á *fórma externa* dos actos e contractos, de que já tratámos — não ha que respeitar *direitos adquiridos,* nem que applicar-lhes a theoria da não-retroactividade das leis.

« Do exposto podemos, pois, concluir que *os direitos resultantes do não cumprimento de leis preceptivas, cuja ommissão affectava direitos individuaes, devem reger-se pela lei que vigorava ao tempo em que a ommissão se deu.*

« Sendo a lei de caracter *facultativo,* a unica relação juridica que pode verificar-se á sombra della, emquanto a *faculdade legal* não é objectivada, reduz-se á obrigação negativa imposta a todos, de não impedirem o exercicio da mesma faculdade áquelle, a quem a lei a confere; e depois de objectivada a faculdade, traduz-se na obrigação de respeitar os effeitos do mesmo acto.

« Consequentemente, se aquelle a quem a lei conferiu certas faculdades usou dellas, os effeitos desse uso legitimo constituem *direitos adquiridos,* que a nova lei não pode affectar, tendo de ser apreciados pela lei antiga.

« Assim, por exemplo, o direito anterior ao Cod Civ. permittia ao proprietario deitar os beiraes da sua casa para o lado do predio do vizinho, desde que deixasse o interstício de dois palmos; e por isso, se a construcção se fez, ou mesmo se já estava principiada, embora só venha a concluir-se depois de vigorar o Cod. Civ., não é este applicavel á hypothese, mas sim o direito anterior (Coelho da Rocha, *Inst.,* § 594, 2.°). Não póde, consequentemente, o proprietario vizinho oppôr-se a que as obras se concluam, fundado no art 2327.° do Cod. Civ, mas sómente baseando-se no direito antigo.

« Quando, porém, as faculdades legaes não hajam tido realisação, mesmo inicial, falta o facto que legitima a adquisição do direito individual; e por isso a nova lei substitue inteiramente a anterior.

« E assim, se na hypothese apresentada, o dono do predio não houvesse iniciado a construcção ao tempo em que o Cod. Civ. começou a vigorar, só poderia depois fazê-lo em harmonia com os preceitos do mesmo Codigo.

« De onde podemos tambem concluir que *os direitos fundados em leis facultativas regulam-se pela lei que vigorava ao tempo em que elles começaram a exercer-se; e se taes faculdades nunca foram inicialmente realisadas, cessam perante a nova lei.* »

De modo que o principio da irretroactividade da lei nova refere-se menos a esta, do que á lei anterior, significando, como já atrás notámos, que esta continua a applicar-se, mesmo depois da sua revogação, aos actos que foram praticados no seu regimen juridico.

Não sendo geralmente o principio da irretroactividade considerado como um preceito constitucional, entendem os jurisconsultos que o effeito retroactivo da lei póde ser manifestado pelo legislador expressa ou tacitamente.

E alguns chegam mesmo a sustentar que, sendo o legislador o orgão do interesse geral, o juiz deve averiguar se a garantia desse interesse exige, que a lei seja retroactiva, o que em principio geral acontece sempre com as leis de interesse e ordem publica (1).

Mas esta doutrina é inacceitavel, porque desnatura a funcção do poder judicial, que só é competente para applicar a lei, tal como ella é, e não como devia ser.

E' a intenção real e effectiva dos auctores da lei, tal como ella resulta da sua letra e do seu espirito, e só ella, que determina o seu sentido e os seus effeitos.

E' pois necessario que a força retroactiva da lei seja expressa e claramente estabelecida, para que o juiz seja auctorisado a considera-la como tal.

Sendo certo que a não retroactividade da lei é um principio que só obriga o juiz, mas não o legislador, que póde modifica-lo ou revoga-lo, quando o interesse social assim o exigir, póde, porem, discutir-se se é um principio constitucional, que só póde ser alterado pelas côrtes constituintes, ou se o póde ser tambem pelas côrtes ordinarias.

Entre nós a duvida provem do facto de ser o principio consignado no § 2.° do art. 145.° da Carta constitucional incluindo na categoria dos inviolaveis direitos dos cidadãos, constituindo assim materia *constitucional,* que, nos termos dos artt. 140.° e seguintes da Carta,

(1) Laurent, *Principes de droit civil,* I, n 164 e segs.

não póde ser alterada pelas côrtes ordinarias, mas só pelas *Constituintes,* eleitas com a attribuição especial de reformar certos preceitos da Constituição.

E assim parece que o principio da não-retroactividade só poderá ser derogado por côrtes constituintes.

Mas todavia é certo que muitas vezes o legislador o tem desattendido, fazendo leis applicaveis a factos passados, sobretudo em materia de reforma de serviços na administração publica e em reformas do direito processual ou judiciario, e ainda mesmo em materia de direitos privados, como, por exemplo, nos artt. 564.º e 565.º do codigo civil.

Isto significa que o principio da não-retroactividade é apenas um principio geral, embora de direito constitucional; quer dizer: não podem as côrtes ordinarias revoga-lo inteiramente, estabelecendo o principio contrario, mas podem, em certos e determinados grupos de relações juridicas fixar o alcance da lei, tornando-a extensiva a factos anteriores a ella.

73. O principio da não-retroactividade segundo a Carta e o codigo civil. — Confrontando o § 2.º do art. 145.º da Carta constitucional com o art. 8.º do codigo civil, tem de concluir-se que ha dois conceitos diversos do principio da não-retroactividade das leis.

Segundo a Carta o principio é geral para todas as leis, quer sejam innovadoras, quer sejam apenas interpretativas.

Segundo o codigo civil, é preciso distinguir entre as duas especies de leis; para as primeiras o principio é o mesmo; mas para as segundas o principio da não-retroactividade só se impõe em face de *direitos adquiridos.*

Quer dizer: para as leis interpretativas, o principio da sua applicação no tempo é a *retroactividade,* salva a excepção dos direitos adquiridos.

Emquanto que o § 2.º do art. 145.º da Carta se limita a dizer que « *a disposição da lei não terá effeito retroactivo* », o codigo civil dispõe no art. 8.º:

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

O que se vê é que a doutrina da Carta se refere ao conceito classico da retroactividade da lei, determinado pela distincção entre *meras expectativas* e *direitos adquiridos.*

Segundo esse conceito, a lei só é, ou só se considera retroactiva, quando offende direitos já definitivamente constituidos, e não quando se limita a modificar ou alterar simples expectativas ou legitimas esperanças de direitos.

O codigo civil, porém, refere-se a um outro conceito mais amplo da retroactividade, declarando que as leis interpretativas podem ser applicadas retroactivamente, se da sua applicação não resultar offensa de *direitos adquiridos.* Isto equivale a dizer que a lei é retroactiva, sempre que se applica a factos anteriores a ella, ainda que não constituam direitos adquiridos.

Comtudo, já alguns escriptores, partindo do presupposto de que a lei só póde dizer-se retroactiva, quando da sua applicação resulta offensa de direitos anteriormente adquiridos, teem identificado o art. 8.º do codigo civil com o § 2.º do art. 145.º da Carta, entendendo que as leis interpretativas estão sujeitas aos mesmos principios que as leis innovadoras, embora da palavra « *exceptua-se* », da segunda parte do art. 8.º do codigo civil, pareça deprehender-se o contrario (1).

Mas esta interpretação é inadmissivel, por ser expressamente contradictada pela disposição da lei, e porque se funda num significado da expressão — *retroactividade da lei* — que estas palavras não

(1) Dr. Dias Ferreira, 1, pag. 24.

justificam, pois que a lei é realmente retroactiva, não só quando altera direitos anteriormente adquiridos, mas tambem quando se applica a factos passados, ainda que sejam simples esperanças de direitos.

Simplesmente a retroactividade é inadmissivel no primeiro caso, emquanto que no segundo póde muitas vezes ser admissivel, e até mesmo imposta pelo bom senso e pelas necessidades da justiça social.

Os partidarios da identidade das leis dispositivas e interpretativas partem da ideia de que tendo estas leis por unico fim explicar o sentido de uma lei anterior, e não envolvendo, portanto, preceito algum innovador, não podem ser applicadas diversamente da lei interpretada.

E, assim, nem mesmo póde dizer-se, com rigor de linguagem, que a lei interpretativa retroage, pois ella mantem a disciplina juridica anterior nos seus precisos termos, sendo promulgada simplesmente para pôr termo ás divergencias da interpretação judicial ou particular.

« Mas como a interpretação legislativa a todos obriga, e o preceito da nova lei vem, por assim dizer, substituir-se ao da lei interpretada, para ser applicado a todos os casos, que por esta deviam ser regidos, diz-se que ella tem effeito retroactivo, porque as suas disposições obrigam mesmo áquellas a quem a errada interpretação da lei anterior aproveitava » (1).

De modo que entre as leis dispositivas e as interpretativas ha differenças fundamentaes, a respeito da sua applicação no tempo:

a) emquanto que para as primeiras, o principio geral é a não-retroactividade, para as segundas é a retroactividade;

b) a lei innovadora não se applica mesmo aos factos que se realisam já na sua vigencia, mas que são effeitos necessarios de actos legalmente realisados no

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag 98.

dominio da lei antiga, emquanto que a lei interpretativa regula os effeitos de actos anteriores, respeitando apenas os direitos já adquiridos.

Para bem se comprehender e accentuar a differença entre a lei innovadora e a lei interpretativa, a respeito da retroactividade, é necessario verificar a sua diversa applicação a uma determinada questão de direito.

Supponhamos, por exemplo, que uma nova lei, modificando ou completando as disposições do codigo civil sobre a successão legitima, vem reconhecer expressamente o direito dos netos illegitimos a succeder a seus avós.

Se o codigo civil consignasse expressamente a doutrina contraria, a nova lei seria com certeza innovadora, e, como tal, não poderia applicar-se ás successões já abertas ao tempo da sua promulgação, independentemente de haver, ou não, sobre taes successões direitos adquiridos, pois que a lei, não tendo effeito retroactivo, não póde applicar-se a factos passados.

Mas sendo certo que, no regimen do codigo civil, é uma questão duvidosa a successão dos netos illegitimos, se a nova lei tem de ser considerada como meramente interpretativa, deve applicar-se tambem ás successões abertas anteriormente, desde que sobre ellas não haja direito já definitivamente adquirido.

Torna-se, pois, indispensavel determinar a noção dos direitos adquiridos, segundo o codigo civil, para fixar a esphera de acção retroactiva das leis interpretativas.

74. A noção dos direitos adquiridos, segundo o nosso codigo civil. — Do que fica dito resulta que a necessidade de definir os *direitos adquiridos*, em materia de retroactividade, é só para as leis interpretativas, e não para as dispositivas, que nunca se applicam a factos passados, ainda que não

constituam verdadeiros direitos adquiridos, a não ser que o legislador expressamente as formule com effeito retroactivo.

O Dr. TEIXEIRA D'ABREU procurou fixar a noção concreta e pratica dos direitos adquiridos, nos seguintes termos:

« Sendo a ordem juridica anterior á lei interpretativa a mesma, que por esta ficou estabelecida, não ha conflicto de disposições contradictorias, como aquelles em que se appoia a teoria geral da não-retroactividade da lei.

« A lei nova, portanto, não pode offender em caso algum *direitos adquiridos,* porque só ha *direito adquirido* quando uma lei anterior o reconheceu, e *um facto,* proprio ou alheio, o *individualisou;* ora sendo a lei antiga egual á lei nova, porque esta se vae integrar naquella, é claro que se a lei interpretativa ferisse com os seus preceitos uma certa condicionalidade, é porque esta era *illegal,* e por isso não constituia *um direito.*

« Só podemos, consequentemente, entender aqui por *direitos adquiridos,* as vantagens ou garantias definitivamente creadas, á sombra da errada interpretação da lei, por um facto irrevogavel, tal como a sentença judicial com transito em julgado, ou a transação.

« E' o mesmo que succede, independentemente de leis interpretativas, com a errada interpretação dada pelos tribunaes ou pelas partes a qualquer preceito de lei: pois, embora o erro seja depois reconhecido, os direitos definitivamente reconhecidos valem, como se na propria lei se appoiassem.

« Assim, por exemplo, se um neto illegitimo reclamou judicialmente a herança do avô, e a seu favor se proferiu sentença com transito em julgado; ou se amigavelmente os interessados concordam em reconhecer esse direito, e fazem partilha dos bens por documento legal; embora venha depois uma lei interpretativa dizer, que em face da lei interpretada, e á sombra da qual se proferiu sentença, ou se fez o accordo, elles não deviam succeder, aquelles direitos assim *definitivamente realisados* não podem ser por esta attingidos: constituem, na phrase do artigo 8.º do Codigo Civil *direitos adquiridos.*

« Em todos os outros casos, a lei interpretada legislativamente será sempre applicada no sentido da lei interpretativa, qualquer que seja o tempo em que o acto se realisou.

« Tal nos parece ser o pensamento do legislador; tal a unica solução racional do problema, em face dos principios ».

Esta doutrina do illustre civilista e professor, sendo fundamentalmente verdadeira, póde á primeira vista parecer incompleta, porque entre os factos que constituem direitos definitivamente adquiridos, como o caso julgado e a transacção, não se póde deixar de incluir tambem a prescripção.

E assim, no exemplo apontado do neto illegitimo, se este possuiu os bens da herança durante o tempo e nas condições necessarias para se dar a prescripção, adquiriu por este meio um direito definitivo e irrevogavel, que nem mesmo a lei interpretativa lhe póde já tirar.

Deveria, pois, ampliar-se o conceito dos *direitos adquiridos* a todos os factos, que, segundo a lei civil, conferem ás pessoas que nelles interveem um direito certo e garantido?

De resto, a determinação destes factos adquisitivos dos direitos encontra-se no proprio systema organico do codigo, que delles trata na segunda parte, regulando na terceira parte a fruição dos direitos assim adquiridos.

O codigo emprega mesmo a expressão « *direitos adquiridos* », por exemplo, no art. 2173.º, para significar manifestamente aquelles que o individuo appropriou por algum dos meios legitimos — *occupação,*

posse, prescripção, trabalho, contracto, gestão de negocios, ou *successão* — exercidos nos termos da lei.

Mas, tratando-se da applicação retroactiva de leis interpretativas, não ha necessidade do conceito tam amplo de direitos adquiridos, porque na verdade só a transacção ou o caso julgado é que podem constituir direitos contra a disposição da lei authenticamente interpretada, presuppondo ser em harmonia com ella. Quando se respeita um direito adquirido por prescripção, é por causa da lei reguladora deste facto, e não por causa da lei interpretada.

75. Applicações do principio da não-retroactividade. — Para se fazer a applicação do principio da não-retroactividade, tal como se encontra consignado no codigo civil, deve ter-se em vista:

a) que a este principio só deve recorrer-se quando o legislador não tenha especialmente disposto por meio de disposições transitorias; e

b) nestes casos, para que a lei seja retroactiva, não é preciso que, na sua applicação ao passado, ella vá offender *direitos adquiridos,* sendo sufficiente que ella modifique qualquer situação ou relação juridica anteriormente formada; o respeito dos direitos adquiridos é uma excepção ao principio da retroactividade das leis interpretativas.

Supponhamos, por exemplo, que o codigo civil não consignava o preceito do art. 565.º, que é uma disposição de direito transitorio na prescripção. Se tal acontecesse, um direito declarado imprescriptivel pelo codigo, mas que já tivesse começado a prescrever nos termos da lei antiga, deveria acabar de prescrever, em virtude do principio da não-retroactividade, a não ser que o art. 565.º fosse meramente interpretativo, porque então applicar-se-hia immediatamente ás prescripções ainda não concluidas, por não serem estas direitos já adquiridos.

Uma das applicações classicas, mas não obstante duvidosa, do principio da não-retroactividade, fundado na distincção entre direitos adquiridos e simples espectativas, é a que se refere á mudança das leis sobre o tempo da menoridade.

A generalidade dos jurisconsultos, sobretudo francezes e italianos, sustentam que uma lei nova, augmentando o tempo da menoridade, não tem applicação áquelles que á epocha da sua promulgação já tinham attingido a maioridade, porque este facto constitue já um direito adquirido (1).

Mas muitos jurisconsultos allemães, e alguns dos mais notaveis entre os francezes, como DEMOLOMBE, AUBRY e RAU, formando dos direitos adquiridos um conceito mais restricto e rigoroso, sustentam a doutrina contraria, argumentando que a maioridade constitue apenas a *possibilidade legal* de praticar certos actos juridicos, sem constituir em si mesma um direito adquirido (2).

Mas em face da verdadeira doutrina, que nos parece ser consignada no art. 8.º do nosso codigo, não ha que recorrer ao systema dos direitos adquiridos, para se decidir que a lei nova não tem applicação aos individuos declarados já maiores pela lei anterior, porque o contrario seria a negação do principio da não-retroactividade.

Com relação aos *direitos reaes,* a lei nova que modificasse a antiga sobre a idoneidade das cousas que delles podem ser objecto, sobre o conteúdo da propriedade, ou sobre os modos de a adquirir, não se applica ás relações juridicas já constituidas, aos factos já praticados em harmonia com a lei antiga.

Tambem as *obrigações* são reguladas na sua origem, effeitos e extincção, pela lei vigente ao tempo em que foram constituidas; por isso, se as partes modificaram

(1) CHIRONI e ABELLO, pag. 89 e 90; GABBA, II, pag. 70 e segs.
(2) CHIRONI e ABELLO, pag. 90, nota.

uma disposição que a esse tempo não era considerada de ordem publica, o facto é valido, ainda que a sua execução só venha a realisar-se sob o dominio de uma lei que declare tal disposição insusceptivel de ser alterada pela vontade das partes.

Do mesmo modo, tambem é pela lei vigente ao tempo do acto juridico que se regulam os *meios de prova*, porque estes fazem parte integrante da constituição juridica das obrigações.

Em materia de *successão*, os actos de ultima vontade e as relações derivadas da successão legitima são reguladas na substancia das suas disposições pela lei vigente ao tempo da abertura da successão, isto é, ao tempo da morte do auctor da herança, porque é então que se verifica o facto juridico da successão.

A *fórma* dos actos juridicos, isto é, o modo especial, ou o conjuncto de formalidades, como a escriptura e as testemunhas, que a lei manda realisar na sua celebração, para que possam produzir os seus effeitos, é regulada pela lei vigente ao tempo em que são praticados.

E assim, em materia de testamento, emquanto que as disposições da ultima vontade do testador teem de se subordinar á lei vigente ao tempo da sua morte, a fórma do documento é regulada pela lei vigente ao tempo em que é feito (cod. civ., art. 1762.°).

CAPITULO VI

APPLICAÇÃO DAS LEIS NO ESPAÇO

76. Constituição das relações juridicas internacionaes. — Observando a evolução historica do direito internacional, o espirito do sociologo ou do jurisconsulto reconhece necessariamente, embora com pezar, este facto doloroso para a aspiração generosa da confraternidade universal — a marcha extraordinariamente vagarosa do progresso juridico das relações internacionaes. Para se chegar a reconhecer ao estrangeiro a capacidade e o exercicio dos direitos, que são condições necessarias ao desenvolvimento integral da personalidade humana, para se inscreverem nos codigos modernos as disposições mais ou menos liberaes sobre os estrangeiros, que lenta e laboriosa evolução teem atravessado os principios juridicos e sociaes! Durante muito tempo a concessão dos direitos civis aos estrangeiros foi por illustres escriptores considerada uma offensa ao supremo principio da soberania territorial! Ainda em algumas recentes theorias, em confronto com as antigas, muito mais liberaes, a condição juridica dos estrangeiros é respeitada por virtude de considerações de interesse e opportunidade politica, filhas mais dos germens de construcções theoricas, mais ou menos scientificas, do que dos elementares principios do direito e da justiça social (1).

Felizmente o estado social e juridico das sociedades modernas, determinado por uma evolução necessaria, resultante do progresso economico, moral e intelle-

(1) Prospero Feddozzi, *Gli enti collectivi nel diritto internazionale privato*, pag. 1.

ctual, tem activado e multiplicado por fórma tam intensa e geral as relações internacionaes dos povos, que os Estados teem sentido a necessidade constante e inevitavel de regular por uma maneira mais ou menos liberal e equitativa a condição juridica dos estrangeiros dentro do seu territorio, a dos seus cidadãos em paiz estrangeiro, e a dos actos e contractos por uns e outros celebrados, reconhecendo até certo ponto e em certa medida o caracter universal e cosmopolita da vida juridica contemporanea. Numa palavra, o estado social e juridico da vida hodierna reclama frequentemente a applicação extraterritorial do direito.

O certo é que, em face das necessidades economicas, moraes e intellectuaes de todas as sociedades, a sciencia juridica proclama em muitas e variadas circunstancias a applicação do direito estrangeiro para resolver os conflictos de leis nas relações entre pessoas, cousas e actos pertencentes a diversos Estados. E' esta applicação extraterritorial do direito que constitue a sciencia do chamado direito privado internacional.

77. Theorias fundamentaes do direito internacional. — A theoria sociologica. — Mas ao espirito de todo o sociologo jurisconsulto impõe-se natural e necessariamente o problema da determinação do fundamento scientifico deste ramo da sciencia juridica. Qual é na verdade a razão de ser, o principio fundamental da extraterritorialidade do direito?

A primeira theoria que pretendeu dar uma solução scientifica ao problema basêa-se no principio natural de psychologia collectiva da existencia de certos deveres de cortezia entre os differentes Estados, tão naturaes como os proprios deveres de delicadeza entre os individuos. E' a theoria chamada da *cortezia internacional — a comitas gentium.*

A doutrina da *comitas gentium* é em grande parte fundada no simples interesse de reciprocidade, pois, com effeito, a cortezia internacional, como a cortezia interindividual, só existe geralmente emquanto é retribuida por eguaes ou semelhantes attenções.

De fórma que, nos termos desta theoria, só por amabilidade, ou por uma especie de concessão graciosa, as diversas nações permittiriam a applicação do direito estrangeiro dentro do seu territorio (1).

Mas semelhante theoria foi já abandonada por quasi todos os internacionalistas, porque, como observa e demonstra o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, ella é falsa nos seus principios, perigosa nas suas consequencias, e absurda nas suas applicações (2). E com razão assim foi julgada esta doutrina, porque na verdade a cortezia internacional está longe de ser um facto constante na vida dos povos, e ainda que o fosse, como simples manifestação dum phenomeno meramente psychologico ou interesseiro das nações, nunca poderia ser elevada á categoria dum principio positivo da ordem juridica internacional.

Abandonada a doutrina da *comitas,* que, no dizer do Dr. TEIXEIRA D'ABREU, continha implicitamente a negação do proprio direito internacional, procuraram os jurisconsultos assentar definitivamente a base scientifica desta manifestação do direito.

Foi o notavel SAVIGNY que primeiro pretendeu firmar o verdadeiro fundamento do direito privado internacional com a sua classica theoria da *communidade de direito.* O Dr. TEIXEIRA D'ABREU resume assim esta theoria:

(1) Dr TEIXEIRA D'ABREU, *Das relações civis internacionaes,* n.º 2; Dr. MARNOCO E SOUZA, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes,* n.º 10; e auctores por estes citados.

(2) *Obr. cit.*, n.os 2 e 3 A theoria foi desenvolvida por varios escriptores (VOËT, BOUHIER, HUBER, BULLENOIS, STORY, VHEATON, PHILIMORE) e ainda hoje é adoptada pelo illustre internacionalista FOELIX (*Traité de droit international privé,* vol 2.º, pag. 40). Veja-se: a obra citada do Dr. MARNOCO, nº 10; e Dr. ARTHUR MONTENEGRO, *Da unidade e universalidade da fallencia,* pag. 5. 11 e 12.

« Partindo do principio de que entre todos os povos chegados a um certo grau de desenvolvimento existe uma certa communidade de direito, isto é: uma maneira uniforme de comprehender e resolver os problemas juridicos, reconhece, é certo, o accordo amigavel dos Estados na admissão das leis originariamente estrangeiras entre as fontes a que os seus tribunaes devem recorrer para julgar muitas relações; mas esse accordo não é, como na *comitas*, o effeito d'uma pura benevolencia, o acto revogavel d'uma vontade arbitraria, mas sim um *desenvolvimento proprio do direito*, seguindo em seu concurso a mesma marcha que as regras sobre collisões entre os direitos particulares d'um mesmo Estado. Por esta fórma uma relação juridica deve ser uniformemente apreciada em todos os paizes, á face dos principios da razão universal. Não é portanto por cortezia internacional *(comitas)* que se acceita a applicação d'uma lei estrangeira, escreve DESPAGNET, mas antes para realizar uma solução racional imposta pelo estudo d'uma relação de direito (1) ».

Mas a theoria da *communidade de direito* tem sido objecto de vivas criticas, e não nos parece realmente destinada a formar doutrina definitiva (2).

Effectivamente o principio da communidade de direito, de SAVIGNY, não corresponde, nem jámais corresponderá, assim o julgamos, á realidade dos factos da vida social e juridica. A diversidade do organismo e da funcção juridica das differentes sociedades é uma consequencia natural e necessaria da differenciação organica dos povos e das nacionalidades. E, com o

(1) Dr TEIXEIRA D'ABREU, *obr. cit*, n.º 4; DESPAGNET, *Droit international privé*, pag. 171; Dr. GUIMARÃES PEDROSA, *Introducção ao estudo do direito privado internacional*, pag. 215 e 216; SAVIGNY, *Traité de droit romain*, vol. 8.º, pag. 18-31

A theoria da *communidade de direito* é ainda hoje a preferida por muitos escriptores (MANCINI, FIORE, ROSSI, NORSA, BAISINI, e outros). — Veja-se a *obr. cit* do Dr. MARNOCO, n.º 13.

(2) Veja principalmente a obra do Dr. MARNOCO, n.º 13.

Sr. Dr. GUIMARÃES PEDROSA, póde affoutamente affirmar-se que a coexistencia de nações é um facto fatal, necessario, constante, indefinido, assim no espaço como no tempo; e porque as leis, como diz MONTESQUIEU, são as relações necessarias que derivam da natureza das cousas, a diversidade das legislações positivas dos differentes povos, que no presente e no passado é uma verdade patente e intuitiva, será um facto egualmente constante e necessario no futuro (1).

A affirmação do principio da communidade de direito entre os povos representa, pois, quando muito, o desejo duma aspiração do direito universal, mas é necessariamente irrealisavel, dadas as naturaes e profundas divergencias das condições sociaes de existencia e desenvolvimento dos diversos povos.

Se, pois, a communidade de direito é um principio abstracto e inexistente na vida juridica universal, insubsistente é, por consequencia, a explicação que lhe dá SAVIGNY como sendo um resultado do *desenvolvimento proprio do direito*. E ainda que verdadeiro fosse o principio, inadmissivel era a explicação evolutiva, pois que precisamente o desenvolvimento proprio do direito se opera em sentido inverso do principio da communidade. O desenvolvimento proprio do direito, sendo uma consequencia natural das condições particulares de cada povo, opera-se, pelo contrario, no sentido da mais profunda differenciação correlativa á mais accentuada diversidade de habitos, costumes e modo de vida das diversas raças.

Póde, é certo, operar-se o desenvolvimento do direito no sentido da maxima approximação entre os povos da mesma raça, que teem um modo de vida social analogo ou quasi identico, como acontece, por exemplo, entre os povos da raça latina. Mas o desenvolvimento juridico entre os povos de raça differente,

(1) Dr. GUIMARÃES PEDROSA, *obr. cit.*, pag. 11.

que teem um modo de vida social muito diverso, opera-se necessariamente no sentido da mais precisa differenciação, em harmonia com a real diversidade de costumes, tradições, habitos e de todas as condições sociaes. E' o que necessariamente acontece com os povos latinos, slavos, germanicos e anglo-saxonicos.

Com effeito, ninguem ignora que o estado social presente attingiu a maxima differenciação dos systemas juridicos positivos, inglês, allemão e latino, e que dentro dos povos da mesma raça latina ha profundas divergencias entre o systema francês e o italiano, pelo menos em grande parte dos institutos juridicos.

Nestas condições, dada a inefficacia completa do principio da *communidade de direito,* tambem não podia ser feliz a explicação que pretendeu dar-lhe o notavel MANCINI, fazendo-o derivar, não do desenvolvimento proprio do direito, mas da communidade e da sociabilidade da natureza humana, que os Estados não podem violar sem se tornarem membros rebeldes e refractarios da sociedade universal (1).

Por isso doutrinas mais recentes teem abandonado a theoria classica da communidade juridica, procurando fundar a vida extraterritorial do direito em principios mais scientificos.

A doutrina mais geralmente acceite é a da solidariedade social e universal, interpretada e explicada por principios de ordem diversa.

O principio da solidariedade internacional tem sido considerado: por uns, dever de assistencia ou auxilio, que o vinculo da caridade na ordem social impõe a todos os homens (2); por outros, como uma necessidade evidente da justiça das nações, que impõe o respeito e a observancia do direito nacional além das

(1) MANCINI, *Règles pour assurer la décision uniforme des conflits,* na *Revue de droit international,* vol 7.º, pag 327; Dr. MARNOCO, *obr. cit.,* n.º 13.

(2) JUAN DE DIOS FRIAS, *Fundamento racional de la extraterritorialidad,* na *Revista juridica da Cataluña,* vol 3.º, pag. 795.

proprias fronteiras (1); e por outros, como uma consequencia natural e logica dos direitos naturaes do homem, que se impõem ao respeito universal (2).

Mas um simples e superficial exame destas theorias facilmente revela a sua insufficiencia perante o caracter positivo da sciencia social contemporanea.

A theoria da assistencia internacional não é mais do que uma nova fórma da *comitas gentium,* deprimida ainda com o conceito da caridade, repellido pela escola socialista scientifica, até mesmo nos deveres de cada Estado para com os seus cidadãos (3).

O principio da solidariedade evidente da justiça entre as nações é apenas uma affirmação de facto, de cuja explicação e fundamento precisamente a sciencia carece.

De resto, a velha theoria dos direitos naturaes, aqui, como em quasi todos os problemas, passou já á historia da Philosophia do Direito, com grande gloria, é certo, mas impotente para explicar e desenvolver o estado social e juridico presente. « Os direitos naturaes são uma pura phantasia, uma verdadeira chimera, um mytho philosophico, pois os seus caracteres absolutos, immutaveis, eguaes para todos os povos e para todos os tempos, constituem uma abstracção sem realidade alguma, visto o direito ser uma formação natural, um organismo que se desenvolve e transforma em harmonia com as condições sociaes » (4).

Em presença da derrocada de tantas theorias, propagadas pela voz auctorisada de tam notaveis escriptores sociologos e jurisconsultos, onde estará então a verdade

(1) FLEISCHLEN, *L'autorité de la chose jugée et de la litispendance en droit international privé,* na *Revue de droit international privé,* vol. 28.º, pag. 678.

(2) MARINO, *Principii di diritto internazionale,* pag. 100.

(3) Em vez de semelhante principio a escola reclama o *direito á existencia* ou *direito ao trabalho* — CHARLES GIDE, *Principes d'économie politique,* pag. 459.

(4) Veja-se a judiciosa critica feita pelo Dr. MARNOCO, na sua obra já citada, n.º 14.

scientifica do fundamento da vida extraterritorial do direito?

O espirito dum observador, que examinar desprevenidamente, isento de quaesquer ideias preconcebidas, o modo de ser da vida social, ha de necessariamente reconhecer que o verdadeiro fundamento do direito internacional é fornecido pelos dados da Sociologia, que nos apresenta o desenvolvimento das relações internacionaes sob a fórma e as manifestações vitaes dum organismo, resultante da coordenação necessaria, que cada vez mais estreitamente prende todas as nações chamadas a tomar parte no convivio universal, moral, intellectual e politico, mas principalmente economico, das sociedades modernas.

As sciencias, as artes e as industrias, vivificadas constantemente pelo engenho assombroso do espirito humano, por tal fórma teem diffundido o progresso social atravez de todos os povos, facilitando as communicações e universalisando o commercio, que hoje bem se póde affirmar não haver já fronteiras algumas que separem a vida dos povos; e as suas condições de existencia e desenvolvimento são por isso de facto tam solidarias e interdependentes, qûe todas as perturbações locaes, como observa De Greef, se repercutem quasi ao mesmo tempo em todas as partes de varios continentes, como as sensações em todos os centros nervosos do organismo individual (1).

Sendo assim, a theoria sociologica, como doutrina positiva e real, colloca todos os Estados na situação natural e necessaria de harmonizar as proprias garantias de defeza, conservação e vida nacional, com as condições correspondentes de existencia e desenvolvimento de todos os outros, contribuindo numa cooperação harmonica e solidaria para o desenvolvimento da vida de todo o organismo internacional.

(1) De Greef, *Introduction à la Sociologie*, vol. 1.º, pag. 74 e 75. Sobre a formação e caracteres do organismo internacional, veja: Dr. Marnoco e Souza, *obr. cit.*, n.º 15, e auctores ahi citados.

Nestas condições, a doutrina sociologica impõe a todos os Estados a obrigação de reconhecerem reciprocamente os seus respectivos systemas juridicos nas relações do organismo internacional, tanto quanto possivel, até ao limite em que o consentem a sua propria autonomia e independencia e as suas fundamentaes garantias de vida interna.

E é precisamente na determinação das condições em que cada Estado póde e deve reconhecer o direito estrangeiro, que consiste o objecto e a essencia do direito internacional.

E assim, o que primeiro importa á sciencia é averiguar e fixar o principio que deve determinar a lei reguladora das relações juridicas internacionaes.

A extrema complexidade do organismo internacional complica de tal modo a solução definitiva do problema, que as theorias successivamente architectadas para o resolver teem tido geralmente a mesma sorte que as doutrinas expostas sobre o fundamento do direito internacional.

78. A personalidade e a territorialidade das leis. — Na evolução historica do direito internacional apparecem primeiramente, e foram consagrados dois systemas, disputando cada um o seu imperio exclusivo: a *personalidade* e a *territorialidade das leis*.

Assim define lucidamente cada um destes systemas o illustre professor de direito Dr. Teixeira d'Abreu: « Pelo primeiro cada Estado extende o seu imperio sobre todos os seus cidadãos, mas sómente sobre elles; o estrangeiro fica inteiramente subordinado á sua lei originaria, tanto no que respeita á sua pessoa, como no que respeita aos seus actos, e ao seu patrimonio. Ao contrario deste, no systema da *territorialidade*, cada Estado legisla para todas as cousas e para todas as pessoas que se encontram no seu territorio,

qualquer que seja a nacionalidade daquellas; mas nenhum imperio tem sobre os seus nacionaes desde que sahem do paiz » (1).

Ambos os systemas, com o seu caracter de exclusivismo, decahiram com o direito que os arvorou em bandeira suprema.

E assim tinha de ser necessariamente, porque qualquer delles é absurdo e desastroso em suas consequencias, e de mais a mais contradictorio com a propria existencia do direito internacional.

O systema da personalidade, impondo, em cada relação juridica e dentro do mesmo territorio, a applicação simultanea de diversas e tantas leis quantas as nacionalidades dos individuos que nella intervem, além de ser a negação da propria soberania do Estado, torna insoluveis os conflictos daquellas leis sempre que ellas sejam realmente differentes.

O systema da territorialidade, tendo por um lado a apparente vantagem de tornar impossiveis os conflictos, visto que uma só lei, a territorial, impera em cada Estado, tem por outro lado o inconveniente gravissimo e irreparavel de se oppôr tenazmente ao desenvolvimento das relações internacionaes, e de substituir o direito pelo arbitrio, pois que perante elle não ha direitos certos, e tudo depende do simples facto dum deslocamento territorial. Aquelle que é maior num paiz, será menor noutro onde viaje ou fixe, embora temporariamente, a sua residencia, e os contractos são validos ou nullos, conforme o logar em que se encontrem os contrahentes, ou mesmo conforme o logar onde hajam de se cumprir e produzir os seus effeitos (2).

Reconhecidos os perigos insanaveis de qualquer destes systemas, como principio exclusivo, e julgada,

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 9. O systema da *personalidade* dominou no direito barbarico, e já era do direito romano, segundo conjecturava Savigny; a *territorialidade* dominou no regimen feudal. Idem, n.os 6, 7 e 8, e auctores ahi citados.

(2) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 10.

como consequencia necessaria, a sua inadmissibilidade, desde logo se empenharam os mais notaveis jurisconsultos em construir uma theoria que fosse capaz de resolver scientificamente os conflictos juridicos internacionaes.

Foi dos seus esforços conjugados, iniciados pela escola dos glossadores, que nasceu a classica *theoria dos estatutos.*

79. A theoria dos estatutos. — A theoria dos estatutos appareceu principalmente como uma satisfação ás necessidades urgentes do commercio, determinadas pelo seu crescente desenvolvimento internacional, que reclamavam a cada passo o tratamento favoravel da condição juridica dos estrangeiros. Foi sob a influencia destas necessidades que se estabeleceu a distincção, nas leis applicaveis ás relações juridicas, entre as locaes ou territoriaes *(estatuto real)* e as nacionaes do estrangeiro que lhe deveriam ser respeitadas *(estatuto pessoal)* (1).

Mas, nestes termos vagos, a distincção nada é ainda, e, quando muito, servia para indicar os lineamentos periphericos da theoria. O que importava, porém, era determinar com precisão o seu conteúdo central, era definir quaes as relações juridicas, ou elementos dellas, que deveriam ser reguladas pelo estatuto real, e as que deveriam ser reguladas pelo estatuto pessoal.

Esta tentativa foi encetada pelo celebre jurisconsulto Bartolo, mas com tanta carencia de rigor scientifico, que bem depressa foi abandonada e ridicularisada pelos seus proprios discipulos e sectarios, que a qualificaram de pueril.

A theoria distinctiva de Bartolo era: o estatuto é pessoal se começa pela pessoa, por exemplo: *Pri-*

(1) Despagnet, *obr. cit.*, pag. 145.

mogenitus succedat in omnibus bonis; e real, se em primeiro logar tracta dos bens: *Bona decedentium veniant in primogenitum* (1).

Procuraram então os jurisconsultos dar á theoria dos estatutos uma consistencia mais solida, baseando-a na distincção juridica das pessoas e das cousas, e firmando-a DUMOULIN no seguinte principio: *si statutum agit in rem, reale est; si in personam, personale est.* E como as leis se referem quasi sempre conjunctamente ás pessoas e ás cousas, os partidarios da theoria completaram-na, dizendo que a lei fazia parte do *estatuto pessoal* quando se referia principal e directamente ás pessoas, e do *estatuto real* se se referia principal e directamente ás cousas. Nestas condições a theoria resolvia os conflictos de direito internacional, applicando o estatuto real, se a relação juridica incidia principalmente sobre cousas ou bens, e o pessoal, isto é, a lei da nacionalidade dos interessados, se se referia principalmente ás pessoas.

Como porém havia, e ha egualmente hoje, uma infinidade de relações juridicas que tanto envolvem as pessoas como as cousas, e até os actos, acontecia que a immensa diversidade de soluções dadas pelos jurisconsultos desthronava a cada passo a auctoridade da theoria.

Para resolver estas difficuldades, modificou D'ARGENTRÈ a classificação dos Estatutos, acrescentando-lhe uma terceira especie — *os estatutos mixtos,* abrangendo nestes todas as relações juridicas que não tivessem exclusivamente por objecto as pessoas ou as cousas. Mas esta modificação da theoria, alem de não diminuir as difficuldades, visto que poucas, ou talvez nenhuma relação juridica haja que comprehenda exclusivamente

(1) Ora, com effeito, a distincção é pueril, ou, pelo menos, isenta de qualquer criterio logico, não obstante o exforço de LAURENT em defender BARTOLO contra a accusação de puerilidade *(Droit civil international,* vol. 1.º, § 216.º). Veja-se a *obr. cit.* do Dr. TEIXEIRA D'ABREU, n.º 12, e auctores ahi citados.

pessoas ou cousas, era inutil, pois que o seu auctor equiparava os estatutos mixtos aos reaes, fazendo prevalecer a respeito delles a lei territorial. De resto, a creação dos estatutos mixtos não fez senão levantar maiores difficuldades, porque os jurisconsultos reclamavam, em obediencia aos principios da theoria, que se applicassem simultaneamente, a respeito delles, a lei territorial e a pessoal, esta para a parte relativa á pessoa, e aquella para a relativa aos bens.

« Por fim a confusão foi tal que BOUHIER e VOET propozeram que um estatuto se considerasse real ou pessoal, segundo era de facto applicado ou não fóra do territorio onde tinha força de lei, o que envolvia uma petição de principio » (1).

Nestas condições, a theoria estatutaria, não podia realmente resistir aos embates da sua propria insufficiencia, e muito menos ao influxo dos novos principios da constituição organica do direito internacional.

Entretanto devemos confessar não só, com VEISS e SAVIGNY, que a theoria dos estatutos representa um progresso notavel sobre os principios absolutos e exclusivos da personalidade e da territorialidade, e que não póde considerar-se completamente falsa, porque ella é susceptivel de muitas interpretações e applicações justas, mas tambem, e brevemente o verificaremos, que a essencia da sua doutrina póde ser restaurada, em termos diversos, é claro, como expressão da theoria que melhor se harmonisa com as condições de desenvolvimento do organismo internacional.

80. A theoria da vontade das partes.

Uma theoria singular sobre a lei reguladora das relações juridicas internacionaes é a defendida por HAUSS. E' a da *lei presumidamente acceita pela vontade das partes.*

(1) Dr. TEIXEIRA D ABREU, *obr. cit.,* n.º 14, e auctores ahi citados.

O Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU põe completamente de parte semelhante doutrina, allegando, em primeiro logar, permittir ella que, por uma subordinação voluntaria á lei estrangeira, as partes illudam as prescripções, ainda as mais imperativas, da sua lei nacional, pondo, assim, a vontade dellas acima da do proprio legislador, o que não se coaduna com os direitos da soberania; e que, por outro lado, ella envolve enormes difficuldades de applicação pela quasi impossibilidade de descobrir qual seria a vontade das partes, quando ellas a não tenham manifestado claramente (1).

Realmente a theoria é insustentavel, porque o seu principio é illusorio e contrario ao caracter imperativo e prohibitivo das leis. Comtudo é certo que ella tem uma applicação exacta em relação ás formalidades externas dos actos, que, segundo o principio hoje universalmente acceite — *locus regit actum,* — são reguladas pela lei do logar onde são celebrados. Ora, este principio é em parte o reconhecimento da soberana vontade das partes nesta categoria particular de garantias juridicas.

81. A theoria do criterio juridico do juiz ou do legislador. — Perante a inconsistencia de tantas theorias, baseadas num unico principio, mais ou menos unilateral e exclusivo, mais ou menos plastico e adaptavel ás diversas especies de relações juridicas, SAVIGNY e WAECHTER, desprendendo-se do conceito dum principio unico, particular, fixo e geometricamente definido, imaginaram construir uma doutrina mais scientifica e pratica, baseada num principio generico, susceptivel das mais rigorosas e logicas applicações

Na doutrina de SAVIGNY e WAECHTER, com base no principio da *communidade de direito,* o primeiro dever

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *obr. cit.*, n.º 17.

do juiz, ou do legislador, que se encontre em presença dum conflicto de leis, é examinar com todo o cuidado a natureza da relação juridica, e, determinada ella, applicar-lhe a lei que melhor a resolver, sem se preoccupar com o facto de ser ella a obra dum legislador estrangeiro (1).

Mas ainda nesta tentativa sossobraram por completo os exforços de tam notaveis jurisconsultos. Esta doutrina não póde mesmo ser elevada á categoria duma theoria scientifica, porque lhe falta o alicerce dum principio em que se funde.

Qual é o criterio com que esta pretendida theoria determina a lei reguladora dos diversos grupos de relações juridicas? Eis o que a theoria nem se atreve a dizer. O principio que deve inspirar o juiz, ou mesmo o legislador, é que constitue precisamente o problema a resolver. Mas a theoria nada diz.

O proprio SAVIGNY, no desenvolvimento da sua theoria, é que teve de se substituir ao legislador e ao juiz, para determinar a lei reguladora dos diversos grupos de relações juridicas, concluindo por estabelecer os seguintes principios: o estado e a capacidade das pessoas devem regular-se pela lei do seu domicilio; as cousas, quer moveis ou immoveis, pela lei da sua situação; a fórma externa dos actos pela lei do logar onde forem praticados; a validade intrinseca e os effeitos das obrigações, pela lei do logar onde devam ter execução, a não ser que outra seja a vontade claramente manifestada das partes, ou que a natureza das cousas imponha outra solução.

Ora, se nas conclusões da doutrina de SAVIGNY é que deve consubstanciar-se a sua theoria, então facil é de ver que ella não é mais do que uma simples modificação da theoria dos Estatutos. Com effeito, a lei do domicilio outra cousa não é senão o estatuto pessoal, que tanto póde ser a lei do domicilio, como a

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *obr. cit*, n.ºs 19 e 25.

da nacionalidade, ou mesmo a da vontade das partes, conforme o principio que se quizer adoptar. E a lei do logar da fórma dos actos ou da sua execução é precisamente o estatuto real.

82. A territorialidade da escola anglo-americana e a personalidade da escola italiana. — E' singular que no meio das incertezas e hesitações dos principios fundamentaes do direito internacional tentaram renascer e consolidar-se os velhos principios da territorialidade e da personalidade, embora modificados no seu primitivo exclusivismo pelas condições da propria existencia do direito internacional moderno.

A doutrina anglo-americana, nas suas tendencias auctoritarias e absorventes, defende ainda a territorialidade das leis, embora temperada pelas concessões e exigencias da cortezia internacional. Mas o direito internacional vae repellindo cada vez com maior energia semelhantes tentativas.

A renovação do principio da personalidade, iniciada pelo eminente MANCINI, e seguida por notaveis internacionalistas, entre outros WEISS e FIORE (1), é que parece dominar o espirito dos jurisconsultos modernos, principalmente da escola italiana. Não se trata, porém, da simples restauração do antigo principio exclusivo da personalidade das leis, mas sim da sua renovação limitada por principios positivos do moderno direito internacional.

A nova theoria, affirmando o conceito do caracter essencialmente pessoal de todas as leis de interesses privados, visto que ellas teem sempre em vista a utilidade das pessoas, estabelece como consequencia necessaria o principio de que ellas devem reger todos

(1) WEISS, *Traité élémentaire de droit internacional privé*, pag. 241; FIORE, *Le droit international privé*, vol. 1.°, pag 57. Veja-se Dr. MARNOCO, *obr. cit.*, n.° 1, in fine, e nota 5.

os individuos para quem foram feitas, em todos os logares e em todas as relações juridicas, salvas as excepções impostas pela *ordem publica internacional*, pela regra — *locus regit actum* — e pela *autonomia da vontade* (1).

Examinando a nova theoria italiana da *personalidade do direito*, facil é demonstrar que, comquanto ella tenha o merito de fixar em principios geraes, mais ou menos precisamente definidos, a lei reguladora das relações juridicas internacionaes, comtudo nem satisfaz plenamente as exigencias scientificas, nem mesmo constitue uma theoria nova, como pretendem os seus fundadores. Com effeito, ella resolve-se em ultima analyse na classica theoria dos Estatutos. A regra *locus regit actum* e as excepções derivadas da *ordem publica internacional*, impondo a applicação da lei territorial não são outra cousa differente da applicação do *estatuto real;* por seu lado, o pretendido principio generico da lei nacional e as excepções impostas pela legitima autonomia da vontade das partes, constituem precisamente duas fórmas do *estatuto pessoal*, que tanto póde ser determinado pela lei nacional, como pela do domicilio, como pela da vontade das partes, conforme os criterios adoptados; na verdade, tam pessoal é a lei nacional ou a do domicilio, como a escolhida pelos proprios interessados.

O proprio principio fundamental da theoria, alem de não ter caracter de generalidade, visto que as excepções tam amplas e variadas o inutilisam, não corresponde a uma verdade scientificamente verificada. A affirmação de que as relações juridicas internacionaes devem, em principio geral, ser reguladas pela lei pessoal (a da nacionalidade) das partes, com o fundamento de que as leis de interesse privado teem sempre em vista a *utilidade da pessoa*, carece de realidade e de base scientifica; as leis não teem um caracter

(1) WEISS, *obr. cit*, log. cit.

essencial e exclusivamente pessoal; o que ellas teem é um caracter essencialmente social, referindo-se ao homem social e não á pessoa individual. E sendo assim, constituindo as leis de cada Estado um conjuncto de condições de existencia e desenvolvimento do seu organismo social proprio, póde dizer-se que as leis de cada país, representando as condições juridicas do organismo Estadoal (do Estado) respectivo, cujos elementos physicos ou materiaes se integram exclusivamente no seu territorio, teem antes de tudo, e principalmente, um caracter territorial.

E deste modo, em principio geral, contrariamente á escola italiana, poderia talvez affirmar-se, com a doutrina anglo-americana, o principio da territorialidade.

Esta simples critica mostra como é perigoso arvorar em principio geral qualquer dos dois caracteres do direito, a territorialidade ou a personalidade.

Mas não páram aqui as difficuldades da theoria do grande espirito de MANCINI. As hesitações e incertezas na sua applicação levantam-se a cada passo, principalmente a respeito das excepções, que pela sua amplidão e enorme plasticidade constituem outros tantos principios geraes e, por vezes, indefinidos. Tam grande é a difficuldade de definir e precisar as excepções derivadas da ordem publica internacional que nenhum jurisconsulto teve ainda a felicidade de fixar e determinar a sua fórmula concreta positiva.

Desde o proprio MANCINI (1) até aos ultimos trabalhos scientificos (2) do nosso conhecimento, que se occuparam do problema, todas as tentativas se teem resolvido em fórmulas vagas e indefinidas, insusceptiveis de applicação directa e precisa. As fórmulas que por emquanto predominam são a de DESPAGNET (3), ou a do Dr. MARNOCO E SOUZA — « Entende-se por *ordem publica internacional* o conjuncto de disposições legaes que, segundo as ideias admittidas num paiz, são consideradas como respeitando aos interesses essenciaes desse mesmo paiz; ou então, o conjuncto de preceitos legaes, que constituem condições essenciaes á existencia e desenvolvimento organico dum Estado ».

(1) *Rapport à l'institut de droit international,* na sessão de HAYA, em 1874 e 1875.
(2) *Obra citada* do Dr. MARNOCO E SOUZA, n.º 84.
(3) *Obr. cit.,* pag. 175.

Independentemente de qualquer analyse critica, é evidente a insufficiencia, a indeterminação de qualquer destes principios, embora fundamentalmente verdadeiros. Em nosso entender, deve mesmo reconhecer-se a impossibilidade de definir por uma fórmula geral todos os principios ou preceitos da ordem publica internacional. E por isso ao legislador é que compete determinar, para cada instituto ou grupo de relações juridicas, quaes as condições que por sua natureza essencial pertencem á ordem publica.

Como excepção ao principio da nacionalidade, acceita a escola italiana, bem como quasi todos os escriptores, a regra *locus regit actum,* para as formalidades extrinsecas dos actos.

« Esta norma, que os auctores antigos, como HERT, fundamentavam na submissão voluntaria do estrangeiro á lei do paiz onde se realisava o acto, que BAR justifica pelo consentimento unanime das nações, e que os auctores melhor orientados explicam, theoricamente, provando que a lei territorial é a mais competente para determinar as garantias de que o acto deve ser revestido, e praticamente, mostrando a impossibilidade de em muitos casos se observar a lei estrangeira sobre a fórma externa dos actos, é hoje universalmente admittida como principio de jurisprudencia internacional » (1).

Mas profunda divergencia existe entre os escriptores sobre o caracter imperativo e necessario, ou facultativo, da observancia da regra, sustentando uns

(1) Dr. MARNOCO E SOUZA, *Das letras no direito commercial portuguez,* n.º 19; Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *obr. cit.,* n.º 22; DESPAGNET, *obr. cit.,* pag. 348; VEISS, *obr. cit.,* pag. 253; FIORE, *obr. cit.,* vol. 1.º, pag. 239.

o caracter sempre imperativo, outros o facultativo, e outros uma ou outra das doutrinas, conforme a natureza, importancia e circunstancias particulares dos diversos actos juridicos (1). E esta ultima nos parece a mais rasoavel doutrina, como adeante teremos occasião de verificar.

Emfim, na legislação de todos os povos ha um vasto systema de regras puramente voluntarias. São quasi todas as que teem unicamente por fim acautelar os interesses particulares e exclusivos dos cidadãos, na supposição de que os proprios interessados deixam muitas vezes de os prever e regular nos seus actos e contractos. « Esta parte do direito dos povos póde considerar-se, pois, como verdadeiramente subsidiaria da vontade das partes; onde estas guardaram silencio vem o legislador affirmar qual foi a sua intenção. E' por isso da propria natureza dessas disposições o poderem ser ou não respeitadas pelas partes; de razão é, pois, que as leis não imponham aos estrangeiros a subordinação a regras que os seus proprios nacionaes podem deixar de cumprir.

Tal é o fundamento da ultima restricção imposta pela escola italiana ao principio da *personalidade das leis* » (2).

Resumindo agora as conclusões da exposição e critica da theoria italiana, podemos dizer:

a) ella não é uma theoria completamente nova, e póde resolver-se numa modificação da theoria dos Estatutos; e

b) não satisfaz ás exigencias da sciencia positiva contemporanea.

(1) Sustentam o caracter imperativo e necessario da regra, entre outros, LOMONACO, GARY, e entre nos, relativamente ás letras, o conselheiro BEIRÃO (*Da letra de cambio em direito internacional*, pag. 61).
Porém, a grande maioria dos internacionalistas sustenta o simples caracter facultativo (ESPERSON, DESPAGNET). Veja-se Dr MARNOCO E SOUZA, *Das letras* cit, log. cit.

(2) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *obr. cit.*, n.º 23.

83. Principios fundamentaes sobre as relações juridicas internacionaes. — Tendo em vista as considerações expostas sobre as diversas theorias, podemos estabelecer os seguintes principios:

1.º As leis de cada Estado são principalmente *territoriaes;*

2.º Mas é certo que ellas são destinadas a garantir os direitos e obrigações da *pessoa* dos seus cidadãos, e, por consequencia, são tambem essencialmente *pessoaes;*

3.º Sendo as leis de cada país simultaneamente de caracter territorial e pessoal, ambos estes elementos devem ser respeitados nas relações juridicas internacionaes;

4.º E, portanto, modificando a theoria dos Estatutos, no sentido de definir os seus termos, não pelo objecto da relação juridica (pessoa ou cousas), mas sim pela lei applicavel, e desdobrando os termos do estatuto pessoal, esta theoria, sob uma nova fórma, póde ser restaurada, no sentido de ser toda a relação juridica internacional regulada necessariamente pela *lei pessoal* ou pela *territorial;*

5.º O *estatuto pessoal* será a lei nacional, a do domicilio ou a da propria vontade das partes, conforme a natureza particular da relação juridica;

6.º E, finalmente, o criterio do legislador na fixação da lei reguladora das diversas relações juridicas internacionaes será o mesmo da formação das leis em geral, combinado com o principio fundamental de que cada Estado deve harmonisar as suas condições de vida com a de todos os outros, respeitando a legislação delle nas relações internacionaes, até onde o permittirem as suas proprias condições de vida e os direitos dos seus proprios cidadãos mais fundamentados do que os correspondentes dos estrangeiros.

No desenvolvimento da regulamentação juridica internacional dos diversos elementos dos actos juridicos vamos verificar a precisa applicação destes principios fundamentaes.

84. Objecto do direito privado internacional. — Do facto da diversidade das leis dos differentes paises, que dá logar á necessidade de fixar a lei applicavel a cada relação juridica internacional, resultou que a generalidade dos escriptores teem limitado o objecto deste ramo de direito á resolução dos *conflictos* que podem dar-se entre as leis dos diversos Estados.

E' por isso que muitos adoptam para este ramo da sciencia juridica a designação de *theoria dos conflictos das leis.*

Modernamente alguns internacionalistas teem procurado determinar, por uma fórma mais precisa e completa, a esphera de acção do direito internacional, attribuindo-lhe um triplice objecto:

a) determinação dos direitos e obrigações dos estrangeiros em cada país;

b) resolução dos conflictos entre as legislações dos differentes paises;

c) determinação, em cada país, dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro (1).

Entretanto é certo que estes tres aspectos do direito internacional podem ser synthetisados nesta fórmula:

O direito internacional tem por objecto a determinação da lei applicavel aos factos juridicos, que, pelo seu sujeito ou pelo seu conteúdo, se referem a dois ou mais Estados.

E, assim, o que importa é determinar a lei reguladora dos factos juridicos nas relações internacionaes,

(1) PILLET, *Principes de droit international privé*, pag. 27 e segs.; Dr. ALVARO VILLELA, *Lições de direito internacional*, pag 749 e segs.

considerando-a nos diversos elementos que os constituem, visto que essa lei não será sempre determinada pelo mesmo principio, variando com a natureza do acto, e no mesmo acto ainda será variavel com os diversos elementos que entram na sua constituição juridica.

85. Fontes do direito internacional. — As fontes, ou os modos de ser em que se concretisa o direito internacional, são:

a) as *leis* formuladas em cada país para regular as relações internacionaes, que hajam de realisar-se parcial ou integralmente no territorio da sua soberania;

b) os *tratados* ou *convenções internacionaes* celebrados entre certos Estados;

c) o *costume* internacional; e

d) a *doutrina* ou a sciencia do direito internacional.

Cada Estado, em virtude do seu direito de soberania, formúla as leis, que julga necessarias e convenientes, para determinar e regular a natureza e alcance das relações juridicas internacionaes, que hajam de produzir effeitos dentro do seu territorio.

E' assim que o nosso codigo civil regulou, nos artt. 24.°, 26.° e 27.°, a determinação do estado e capacidade civil dos portugueses no estrangeiro e dos estrangeiros em Portugal, a situação juridica da propriedade immobiliaria situada no reino, e a fórma externa dos actos juridicos praticados no estrangeiro.

Nos artt. 25.°, 28.°, 29.° e 30.°, determinou a competencia dos tribunaes portugueses, de preferencia aos estrangeiros, para julgar certas questões entre nacionaes e estrangeiros ou entre estes sómente.

No art. 31.° determinou a auctoridade que teem em Portugal as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros.

Semelhantemente dispôs o codigo commercial nos artt. 4.°, 5.°, 6.°, 12.° e outros.

Relativamente á acção judiciaria internacional, dispuzeram do mesmo modo o codigo de processo civil, no art. 20.º, e o de processo commercial, no art. 7.º.

Os tratados são verdadeiros contractos celebrados entre os Estados, que, nas relações juridicas internacionaes dos seus respectivos cidadãos, não julgam sufficientes os preceitos das suas respectivas leis.

Na constituição do direito internacional por meio de tratados ou convenções, verificaram-se já duas phases evolutivas. A primeira é a dos tratados *singulares*, isto é, concluidos entre dois Estados, para regular na esphera jurisdicional de cada um a condição juridica dos nacionaes do outro; a segunda é a dos tratados *collectivos*, como as convenções da Haya, de 1896 e 1902, destinados a estabelecer um regimen juridico de relações internacionaes communs a um maior numero de Estados. E o ideal será uma terceira phase em que os tratados sejam *universaes*, abrangendo pelo menos todos os Estados civilisados (1).

Emfim, na falta de lei escripta ou de tratado, não podem deixar de ser consideradas, como fontes do direito internacional, o costume, a doutrina e a jurisprudencia, como manifestações concretas do direito natural.

86. Condição juridica dos estrangeiros.

A situação juridica dos estrangeiros, em cada país, tem sido determinada por tres systemas diversos: o systema das *incapacidades*, o da *reciprocidade* e o da *egualdade*.

O primeiro consiste em declarar o estrangeiro incapaz de certos direitos, como, por exemplo, o de adquirir propriedade immovel.

(1) Dr. VILLELA, pag. 771.

O segundo consiste em o Estado reconhecer aos estrangeiros os mesmos direitos que os respectivos Estados reconhecem aos cidadãos dâquelle; tal é o caso do art. 578.º do nosso codigo civil, que reconhece aos auctores estrangeiros os mesmos direitos de propriedade literaria, que nos seus paises são reconhecidos aos auctores portugueses.

O systema da egualdade, que equipára os nacionaes e os estrangeiros, é sem duvida o qne impõem necessariamente os grogressos e as condições de desenvolvimento da sociedade internacional; e por isso tem sido adoptado por quasi todos os povos civilisados.

Em materia de direitos civis ou privados, a que deve restringir-se este principio, bem entendido, os codigos civil e commercial consignam expressamente esta doutrina.

O codigo civil dispõe no art. 26.º:

« Os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, teem os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses, emquanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos n'este reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule de outra fórma os seus direitos. »

Semelhantemente, e por uma fórma ainda mais geral, dispõe o art. 6.º do codigo commercial:

« Todas as disposições d'este codigo serão applicaveis ás relações commerciaes com os estrangeiros, excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial que de outra fórma as determine e regule. »

O codigo civil, além da excepção já referida de reciprocidade para a propriedade litteraria (art. 578.º), consigna uma outra excepção relativa ás testemunhas instrumentarias, tanto em actos entre vivos como em actos de ultima vontade (artt. 1966.º e 2492.º), que não podem ser estrangeiras.

Mas estas excepções, que aliás deviam ser banidas do codigo, não contradizem o principio geral da egualdade.

Este principio da egualdade juridica dos nacionaes e estrangeiros é tambem applicavel ás pessoas moraes ou juridicas constituidas no estrangeiro, salvas as condições que hajam de satisfazer, para salvaguarda dos interesses nacionaes, como a auctorização governamental que, nos termos do decreto de 18 de abril de 1901, é necessaria para as associações religiosas estrangeiras se estabelecerem entre nós.

87. Lei reguladora do estado e da capacidade das pessoas. — A situação juridica de cada pessoa depende em grande parte do seu estado e da sua capacidade.

O *estado* das pessoas designa a sua qualidade juridica, uma determinada situação, em virtude da qual uma pessoa goza de certos direitos e está sujeita a certas obrigações.

Taes são os estados de maior ou menor, de solteiro ou de casado, de filho legitimo ou illegitimo, etc.

A *capacidade* é, como já dissémos, a aptidão de gozar e exercer direitos e obrigações.

Foi a condição juridica das pessoas, determinada pelo seu estado e pela sua capacidade, o primeiro facto juridico que fez sentir a necessidade de se adoptar uma lei pessoal com applicação permanente, universal e extraterritorial.

Era um absurdo juridico que um individuo fosse maior ou menor, casado ou solteiro, capaz ou incapaz de praticar actos juridicos, conforme se encontrasse num ou noutro país, onde as leis fossem differentes.

A *lei* ou o *estatuto pessoal* do individuo, governando o seu estado e a sua capacidade, deve ser permanente e extraterritorial, sem embargo de se subordinarem, sob diversos pontos de vista, os actos por elle praticados á lei do logar onde forem celebrados — *lei territorial* ou *estatuto real*.

A extraterritorialidade da lei reguladora do estado e da capacidade constitue um principio de direito commum geralmente acceite.

Simplesmente se discute se essa lei deve ser a da nacionalidade do individuo ou a do seu domicilio, sendo certo que a maior parte dos jurisconsultos optam justamente pela primeira, por ser a mais propria e competente, pois que, tratando-se de determinar uma lei de garantia e protecção pessoal, deve recorrer-se ao Estado a que o individuo pertence.

E, com effeito, se a capacidade é, como deve ser, uma resultante das condições mesologicas, anthropologicas e sociaes, do meio em que vive o individuo, é certo que só a lei do Estado, a que os individuos pertencem, é a competente para a determinar e regular.

E' verdade que por este motivo deveria preferir-se a lei do domicilio para os individuos que, desde a sua juventude, se encontram domiciliados num país estrangeiro.

Mas esta situação muito excepcional não é sufficiente para invalidar aquelle principio geral.

Por outro lado, a applicação da lei nacional não póde fazer-se aos individuos que não teem nacionalidade, ou que, em virtude das diversas condições de adquisição e perda da qualidade de cidadão, se encontram com duas ou mais nacionalidades.

Mas nada se oppõe, e antes os principios aconselham, a que, no primeiro caso, se applique a lei do domicilio, como sendo a que mais se approxima da lei nacional, e, no segundo, a lei da nacionalidade de origem, ou a do domicilio, se este coincide com alguma das nacionalidades.

Alguns escriptores distinguem entre a capacidade *geral* ou *abstracta*, isto é, a aptidão geral de exercer certas categorias de direitos, como os de maior, de

filho legitimo, etc., e a capacidade *concreta* ou *especial*, que se refere a certos e determinados actos, dizendo que só para a primeira deve regular a lei pessoal, ficando a segunda sujeita á lei do logar em que o acto é celebrado *(lex loci actus)* (1).

Esta doutrina funda-se na consideração de que se deve imputar a um individuo a responsabilidade ou a consequencia de não conhecer a incapacidade do estrangeiro com quem contracta, segundo a sua lei pessoal; ao estrangeiro é que cumpria não contractar, devendo por isso subordinar-se a sua capacidade á lei do logar, para que o outro contrahente não seja victima da confiança que nelle tinha — *qui cum alio contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur.*

A doutrina contrária, que faz sempre prevalecer a lei pessoal, funda-se no principio opposto — *qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditione ejus.*

Realmente assim deve ser; ou então deveria applicar-se aquelle mesmo principio tambem á capacidade geral, para que o individuo capaz não ficasse á disposição do incapaz, e isto tanto em direito internacional como em direito interno.

Aquella distincção teria, além disso, o effeito de inutilisar a lei pessoal, que teria de ceder em cada contracto á *lex loci*, excluindo assim o principio da estabilidade e permanencia da capacidade dos individuos, que é precisamente a razão de ser da *lei pessoal.*

A applicação desta lei tem comtudo as excepções impostas pelos principios fundamentaes de ordem publica, que o legislador de cada país consagra como inviolaveis, e por isso devem excluir a applicação das leis estrangeiras em contrario.

(1) E' neste sentido que alguns jurisconsultos italianos interpretam o art. 58.º do seu codigo commercial, dizendo que nos actos e contractos commerciaes tambem a capacidade dos individuos é regulada pela *lex loci.*

Assim, por exemplo, nos paises em que a familia é monogamica e indissoluvel, não póde um estrangeiro contrahir segundo casamento emquanto for vivo o seu conjuge, nem póde requerer o divorcio, embora no seu país sejam permittidos esses factos.

A doutrina exposta foi já consagrada em 1880 pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Oxford, ficando as suas resoluções conhecidas pelo nome de *regras de Oxford.*

E os mesmos principios fundamentaes se encontram expressamente consignados nas nossas leis, nas disposições dos artt. 24.º e 27.º do codigo civil, e no art. 12.º do codigo commercial.

A mesma applicação da lei nacional deve verificar-se nas relações de familia, casamento, relações conjugaes e paternaes, divorcio e separação, tutela e curatela, e parentesco, com excepção da fórma dos actos, que é regulada pela lei do logar da sua celebração (Codigo civil, art. 24.º) (1).

88. Lei reguladora do objecto dos actos juridicos — Cousas e obrigações; substancia e effeitos dos actos. — Os escriptores costumam examinar separadamente o regimen juridico internacional dos bens ou das cousas immobiliarias e mobiliarias.

Não nos parece scientifico este methodo, porque verdadeiramente não se póde dizer que a lei regula as cousas, mas sim que determina e regula as relações juridicas que as ligam ás pessoas.

Nestes termos o que importa é determinar a lei reguladora do conteúdo e consequencias dos differentes actos juridicos, ou seja, a determinação dos direitos e obrigações, que delles resultam.

(1) Sobre estas differentes questões, póde ver-se a citada obra do Dr. ALVARO VILLELA, pag. 829 e segs.

Entretanto, para se fazer ideia da doutrina, como ella tem sido exposta, começaremos por indicar summariamente os systemas que teem sido adoptados para a condição juridica das cousas.

Antigamente distinguia-se entre cousas immobiliarias e mobiliarias, sujeitando aquellas ao estatuto real *(lex rei sitae)*, e estas ao estatuto pessoal, isto é, á lei da nacionalidade ou á do domicilio do seu proprietario.

Esta distincção tendo-se fundado em razões historicas bem conhecidas, isto é, na grande importancia que antigamente se attribuia á propriedade immovel, sobretudo no regimen feudal, que fundiu a soberania com a propriedade da terra, tende por isso mesmo a desapparecer, pois que nos tempos modernos a propriedade mobiliaria adquiriu tanto ou mais valor e importancia que a propriedade immovel.

Dum modo geral, póde dizer-se que os jurisconsultos affirmam sempre o imperio da *lex rei sitae* para as cousas immoveis, porque assim o impõem a soberania territorial e o interesse publico.

Isto equivale a dizer que a condição juridica dos immoveis ou a organisação da propriedade, sendo uma questão de interesse e ordem publica para o Estado a que pertencem, deve ser regulada pela lei da sua situação. E, assim, é pela lei territorial que devem resolver-se as questões sobre a natureza juridica das cousas, isto é, se são mobiliarias ou immobiliarias, se estão no commercio ou fóra do commercio, se são publicas, communs ou particulares; é pela mesma lei que se regulam os direitos reaes sobre os immoveis, como a hypotheca, a servidão, o usufructo, etc.

E' tambem pela *lex rei sitae* que se regulam, em geral, os modos por que se póde adquirir, alienar ou onerar a propriedade immobiliaria. E' assim que, nos termos do art. 964.º do Codigo civil, a hypotheca, que não esteja registada na conservatoria da comarca onde

está o predio, não produz effeitos para com terceiros, ainda que haja sido constituida em país estrangeiro, e os devesse ter pela lei deste país.

Tambem o praso e as condições para se adquirir por prescripção se regulam pela lei territorial, porque são materia de interesse e ordem publica.

Mas já a capacidade para adquirir ou alienar bens immoveis não é regulada pela mesma lei, porque pertence ao principio geral da lei pessoal.

Tambem os direitos de successão, embora relativôs aos immoveis, são regulados pela lei pessoal do auctor da herança, segundo a doutrina e a jurisprudencia geralmente estabelecida.

Para as cousas mobiliarias teem sido adoptados os tres systemas — lei do domicilio, lei da nacionalidade, e lei da situação.

O primeiro funda-se no principio — *mobilia personam sequuntur*.

Mas este principio, se por vezes traduz uma realidade, muitas outras não passa de ficção.

No primeiro caso coincide com o systema da *lex rei sitae*. No segundo é um artificio, incompativel com o caracter da sciencia positiva e verdadeira.

Então seria preferivel o systema da nacionalidade, defendido por MANCINI e adoptado nos codigos italiano e hespanhol, porque, se se pretende que existe uma intima ligação entre as cousas moveis e a pessoa do seu proprietario — *mobilia ossibus inhaerent* — a lei mais competente é a lei que regula o seu direito de personalidade, a sua lei pessoal, a da sua nacionalidade.

Mas por isso mesmo que tal ligação não existe, e porque do que se trata é de fixar o estado juridico das cousas objectivamente consideradas, somos levados á conclusão, já estabelecida por SAVIGNY, que, á semelhança das cousas immobiliarias, tambem as mobiliarias devem ser reguladas pela lei da sua situação.

Será a doutrina exposta a perfilhada pelas leis portuguesas?

Para as cousas immobiliarias não ha duvida, porque o art. 24.º do codigo civil expressamente subordina á lei portuguêsa a propriedade immobiliaria situada no reino, e pertencente a portugueses que viajam ou residam no estrangeiro; e o mesmo se deprehende dos artt. 26.º, 27.º, 964.º e 1107.º para a propriedade immobiliaria pertencente a estrangeiros.

Relativamente ás cousas mobiliarias ha, porém, profunda divergencia entre os nossos jurisconsultos, sustentando uns, como o Dr. DIAS FERREIRA, que são reguladas pela lei pessoal do proprietario, determinada pelo seu domicilio (1), outros pela lei da nacionalidade (2), e outros, como o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pela *lex rei sitae* (3).

Esta divergencia resulta de não se encontrar no codigo disposição que expressamente regule os moveis.

De modo que do art. 24.º pretende-se concluir *à contrario sensu* que os moveis são regulados pela lei pessoal.

Mas a verdade é que o argumento *à contrario sensu*, em geral pouco seguro, não é concludente neste caso.

Antes os artt. 26.º e 27.º mostram que tambem as cousas moveis estão sujeitas á lei do logar da sua situação, pois que a lei pessoal é só para o estado e capacidade civil, tendo, de resto, os estrangeiros em Portugal os mesmos direitos e obrigações dos cidadãos portugueses.

Esta conclusão é confirmada pelo facto de o auctor do nosso codigo se ter orientado por SAVIGNY, em materia de direito internacional, segundo elle mesmo

(1) Dr. DIAS FERREIRA, I, pag. 51 e 52.
(2) MORAES DE CARVALHO JUNIOR, na *Gazeta da Associação dos Advogados*, II, pag. 263.
(3) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Das relações civis internacionaes*, pag. 68 e seg.

confessou, e resulta ainda da polemica que elle sustentou com MORAES DE CARVALHO.

Sobre esta questão, e a proposito dos artt. 26.º e 32.º do projecto, correspondentes aos artt. 24.º e 26.º do codigo, dizia o VISCONDE DE SEABRA:

« Poderá notar-se, que se não encontra no codigo disposição alguma expressa relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre os auctores, se deve ser regida pelo Estatuto pessoal ou pelo Estatuto real. Responderemos, que muito de pensado não tocamos este ponto para o deixar aos principios geraes. Se esta propriedade não entra na esphera das leis concernentes á capacidade, ou na esphera das leis immobiliarias; se não ha excepção, fica evidente que estará sujeita á lei geral do paiz. E que diz esta lei? — que os estrangeiros terão os mesmes direitos e obrigações civis que os portugueses, emquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino (art. 28.º). A palavra *actos* está aqui na sua maior generalidade. Se os moveis se acham em país estrangeiro; se os actos praticados ácerca d'elles não houverem de produzir os seus effeitos no reino, é claro que a lei portuguêsa os não póde alcançar; terá a seu respeito logar a disposição da lei estrangeira, ou por outras palavras, o direito *rei sitae*, que é a doutrina mais racional e justa » (1).

A doutrina do codigo civil, em materia de direito internacional, tem de completar-se com o art. 4.º do codigo commercial, que deve applicar-se tambem ás relações civis, sempre que as disposições daquelle codigo sejam insufficientes, nos termos do art. 16.º.

Diz o art. 4.º do codigo commercial:

« Os actos de commercio serão regulados:

1.º *Quanto á substancia e effeitos das obrigações, pela lei do logar onde forem celebrados, salva convenção em contrario;*

(1) *Apostilla* n.º 3 á censura do Sr. ALBERTO DE MORAES CARVALHO, pag. 19.

2.º *Quanto ao modo do seu cumprimento, pela do logar onde este se realisar;*

3.º *Quanto á fórma externa, pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.*

§ unico. *O disposto no n.º 1.º d'este artigo não será applicavel, quando da sua execução resultar offensa ao direito publico portuguez ou aos principios de ordem publica* ».

A materia deste artigo foi extrahida em parte (o n.º 3.º) do art. 24.º do nosso codigo civil; o § un. foi tirado da doutrina do n.º 5.º do art 1088.º do nosso codigo de processo civil; e o resto, comprehendendo tambem o n.º 3.º, tem por fonte directa os artt. 9.º e 10.º das disposições preliminares do codigo civil italiano e o art. 58.º do codigo commercial italiano (1).

A doutrina consignada no art. 4.º refere-se aos tres elementos constitutivos do organismo juridico de todos

(1) Disposições preliminares do codigo civil italiano: art. 9.º « As fórmas extrinsecas dos actos entre vivos e dos de ultima vontade determinar-se-hão pelas leis do logar onde se praticam. Os contrahentes e os testadores terão, ainda assim, a faculdade de seguir a fórma das suas respectivas leis nacionaes, sempre que ella seja commum a todas as partes. O fundo e os effeitos das doações e disposições de ultima vontade reger-se-hão pelas leis nacionaes dos outorgantes *A substancia e effeitos das obrigações deverão reger-se pelas leis do logar em que se lhes der acabamento;* e, se os contrahentes forem estrangeiros e de nacionalidade commum, pelas leis do seu país. *Tudo sem prejuizo de que se manifeste uma vontade diversa* »; art. 10.º « A competencia e as formas de processo reger-se-hão pelas leis do logar em que se proseguir o pleito. Os meios de prova das obrigacoes determinar-se-hão pelas leis do logar em que se outorgou o contracto. As sentenças proferidas por auctoridades estrangeiras em materia civel, cumprir-se-hão no reino quando tenham sido declaradas executivas na fórma estabelecida nos codigos de processo civil, salvo o disposto nos tratados internacionaes. *As fórmas de execução dos contractos* e sentenças *reger-se-hão pela lei do logar em que hajam de cumprir-se* ».

Codigo commercial italiano, art. 58.º: « *A fórma e os requisitos essenciaes das obrigações cammerciaes, a fórma dos actos necessarios para o exercicio e conservação dos direitos que dellas derivam ou para a sua execução, e os effeitos dos mesmos actos são regulados respectivamente pelas leis* ou pelos usos *do logar onde se contrahem as obrigações e onde se fazem ou effectuam os sobreditos actos,* salva em todo o caso a excepção estabelecida no art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil para aquelles que estão sujeitos a uma mesma lei uacional ».

os actos e contractos — condições e elementos intrinsecos da sua validade e existencia *(substancia* e *effeitos);* fórmas e processos da realisação effectiva e posterior das obrigações delles emergentes *(modo do seu cumprimento),* e condições extrinsecas ou elementos formaes da sua celebração ou constituição *(fórma externa).*

E as disposições deste artigo são applicaveis em materia civil, em harmonia com os artt. 16.º, 24.º e 26.º do codigo civil.

Para entendermos a expressão « *substancia das obrigações* » empregada no n.º 1.º do art. 4.º, é necessario attender aos elementos e condições que entram na formação dos contractos, dando-lhes validade e existencia juridica, e que determinam o conjuncto de direitos e obrigações delles emergentes.

Essas condições são, em primeiro logar, as essenciaes e communs a todos os contractos: *capacidade dos contrahentes, mutuo consentimemto e objecto juridicamente possivel* (cod. civ., art. 643.º).

E são, além destas, as condições tambem essenciaes, mas particulares ás differentes especies de contractos, que individualisam e caracterisam cada um delles, taes como, por exemplo, no contracto de sociedade, a entrada de todos os socios com a sua industria ou com os seus bens para a formação do fundo ou activo social, e a sua commum participação nos lucros e nas perdas da empreza collectiva.

Umas e outras são essencialmente constitutivas da validade e existencia juridica do acto, constituem a sua propria *substancia,* e por isso são chamadas *fórmas* ou *condições internas* ou *visceraes,* em opposição ás condições ou elementos meramente *formaes* dos actos e contractos, que apenas interveem ás vezes para certificar e authenticar a sua existencia, e que por isso se chamam *fórmas* ou *formalidades externas* (cod. civ., art. 686.º e cod. com., art. 4.º, n.º 3.º) (1).

(1) LAURENT, *Principes de droit civil,* vol. 1.º, pag. 155 e seg.; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez,* vol. 1.º, § 95.

E' certamente ás condições e elementos essenciaes ou internos do acto que se refere a expressão *substancia,* excluindo, porém, a *capacidade,* que é regulada por outros principios (cod. com., art. 12.° e cod. civ., art. 27.°), e que não é propriamente da substancia objectiva do acto, mas antes uma qualidade subjectiva necessaria na pessoá do contrahente.

E que foi este o sentido da expressão *substancia,* na mente do legislador, demonstra-o claramente a referencia que na camara dos deputados fez o relator, Sr. VICENTE MONTEIRO, á fonte directa do art. 4.°: « *o que se diz no artigo é o que se diz no artigo analogo do codigo italiano* ».

Ora, o codigo italiano no artigo analogo (58.°) diz « *requisitos essenciaes das obrigações* », em vez de *substancia,* como se exprimem o nosso codigo commercial e o art. 9.° das disposições preliminares do codigo civil italiano.

A expressão *substancia* significa, pois, tudo o que as partes quizeram, no acto ou contracto, com efficacia legal, comprehendendo todos os elementos e requisitos essenciaes da existencia juridica das obrigações, como a prestação do mutuo consentimento e a sua viciação por alguma causa illegitima (erro, dolo ou coacção, cod. civ., artt. 647.° e seg.), a possibilidade juridica do objecto da obrigação (cod. civ., artt. 669.° e seg.), e, em geral, as clausula e condições que constituem o corpo do contracto.

Sobre o alcance da expressão « *effeitos das obrigações* » é muito incerta e divergente a doutrina dos jurisconsultos.

Num sentido, geralmente acceite, consideram-se *effeitos* dos contractos e das obrigações, apenas as *consequencias que directa e immediatamente derivam dos mesmos contractos, e que as partes tinham na mente quando se obrigaram,* excluindo porém as outras consequencias que, embora relacionadas com esses contractos, derivam de factos ou omissões posteriores á sua celebração.

Differente é a doutrina dos escriptores que, como FOELIX e MERLIN, distinguem entre *effeitos* e *consequencias* das convenções.

Segundo FOELIX, os *effeitos* são os direitos e obrigações que as partes quizeram crear, que são inherentes ao contracto, encontrando-se nelle expressa ou implicitamente contidos, derivando delle mediata ou immediatamente. Por seu lado, as *consequencias* são os direitos e obrigações que o legislador faz nascer do acto e que não teem uma causa a elle inherente, mas surgem nos acontecimentos posteriores por virtude das circumstancias em que o contracto collocou as partes (1).

A importancia desta distincção está no seguinte: os internacionalistas que a adoptam sujeitam os *effeitos* á *lex loci contractus,* e as *consequencias* á *lex loci solutionis,* isto é, á lei do logar da execução do acto ou contracto.

Mas muito hesitante, e por isso mesmo destituida de base scientifica, é esta distincção. O proprio MERLIN confessa a difficuldade de determinar rigorosamente as *consequencias* e distingui-las dos *effeitos:* « O que nós chamamos com BLONDEAU — effeitos e consequencias — chama-lhes M. MEYER — consequencias immediatas e necessarias e consequencias accidentaes ou remotas ». E o proprio FOELIX, adoptando a doutrina de MERLIN, diverge muitas vezes delle na applicação

(1) Esta é tambem a doutrina de MERLIN; segundo este jurisconsulto, é *consequencia,* e não effeito, — *ce qui arrive à l'occasion du contrat, mais n'a pas une cause inherente au contrat meme.* Cfr. *Repertoire,* verb. *Effet retroactif,* sec. III, § IV.

Nesta doutrina, considera FOELIX, como *effeitos* dos contractos: a entrega da cousa vendida, o pagamento do preço, a acção de evicção, a divida de juros, o tempo da execução, a annullação da venda por virtude dum pacto, do não cumprimento da condição, ou de lesão de mais de metade, as questões de solidariedade entre os devedores, a fórma da quitação, etc.; e considera como *consequencias:* as perdas e damnos que resultam do dolo, da falta ou móra do devedor, a restituição por inteiro do principal, a confirmação dos contractos nullos, defeituosos ou rescindiveis, e, emfim, o modo de execução. Veja FOELIX, *Droit international privé,* 4.ª ed., pag. 247 e seg.

dos principios. « O auctor francês, escreve LAURENT, colloca a rescisão por lesão entre os effeitos da venda, emquanto que o jurisconsulto hollandês diz que a rescisão não é senão uma consequencia accidental e remota do contracto, porque não é inherente á venda, a qual póde receber inteira e plena execução, sem haver questão de lesão ». E por seu lado MERLIN diz que este exemplo é mal escolhido, porque a acção de rescisão tem a sua causa no proprio contracto a que é inherente e que o torna desde o principio capaz de rescisão (1).

Nestas condições, a classica distincção entre *effeitos* e *consequencias,* não obedecendo a um criterio positivo, a um principio certo e definido, succumbe inevitavelmente sob o desenvolvimento scientifico do direito internacional.

Mas o que deve então entender-se pela expressão « *effeitos das obrigações* », empregada já no art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil italiano?

Esta expressão significa e comprehende, como é natural e logico, o conjuncto dos direitos e obrigações respectivas que derivam da obrigação legalmente contrahida.

Tal é a interpretação corrente na doutrina dos jurisconsultos italianos, e que a logica juridica manda adaptar ao art. 4.º do nosso codigo (2).

E assim, os *effeitos* das obrigações comprehendem não só as consequencias que as partes tiveram na mente quando se obtigaram, mas tambem as consequencias usuaes e legaes (Cod. civ., art. 704.º).

Fixada a noção de « *substancia e effeitos das obrigações* », vejamos qual deva ser a sua lei reguladora na vida juridica internacional.

(1) FOELIX e MERLIN, log. cit.; LAURENT, *Droit civil international,* vol. 1.º, pag. 551 e seg.

(2) E' esta a doutrina referida por BOLAFFIO, como a expressão do pensamento geral e commum. BOLAFFIO, *Il codice di commercio italiano commentato,* pag. 724.

A quatro systemas se podem reduzir as soluções do problema: a lei *nacional* das partes, a do *domicilio,* a *territorial,* isto é, a do logar da celebração ou da execução *(lex loci)*, e a da *vontade* das partes.

O systema da lei nacional das partes funda-se no principio da personalidade do direito. Mas foi já abandonado pela propria escola italiana, que defende a doutrina do art. 9.º das disposições preliminares do seu codigo civil, e até pelo seu mais eminente representante (MANCINI), que o sacrificou completamente no art. 58.º do seu codigo commercial, mesmo em relação á capacidade das pessoas, que, segundo a doutrina mais seguida na Italia é em materia de commercio regulada pela lei do logar da celebração dos actos (1).

A lei nacional das partes, no codigo civil italiano (art. 9.º das disposições preliminares), só excepcionalmente é chamada a regular a substancia e os effeitos das obrigações, quando os contrahentes em país estrangeiro são concidadãos do mesmo Estado.

E, na verdade, juridico não é o systema da nacionalidade, porque, além de não exprimir uma relação directa nem necessaria com os actos de mero interesse particular, offerece graves difficuldades de realisação, não só quando as partes pertencem a nacionalidades diversas, mas ainda mesmo quando, embora da mesma nacionalidade, póde alguma dellas pertencer a mais do que uma, ou quando, e isto acontece frequentemente com os emigrantes, não é facil averiguar a patria de qualquer dos contrahentes.

O systema do domicilio é defendido por DE BAR, principalmente em attenção ao principio de que, tratando-se de interpretar a vontade das partes, sem

(1) Cfr. BOLAFFIO, *Esegesi dell'art. 58 del codice di commercio italiano,* na *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* vol. XXIII, pag. 217 e seg.; e a *obr. cit.* do mesmo auctor, do commentario ao mesmo artigo; GUIDO BONOLIS, na revista « *Il diritto commerciale* », vol. XVII, 1899, fasc. 2.º, pag. 370 e seg.

duvida deve-se partir da presumpção de que cada uma se exprimiu em conformidade com as leis do seu conhecimento, com as suas leis pessoaes, que são naturalmente as do seu domicilio (1).

Naturalmente para evitar a difficuldade resultante de terem as partes diverso domicilio, o que é muitissimo frequente, os partidarios deste systema teem de optar ou pelo domicilio do credor ou pelo do devedor.

O systema do domicilio do credor é mencionado por De Bar, mas sem citar escriptor algum que o adopte. E segundo refere Rolin, internacionalista recente e muito analytico, parece não haver auctor que o tenha proposto como these geral, nem como tal elle póde ser defendido com argumentos de valor. Para que suppôr que o devedor se submetteu áquella lei antes do que á sua propria? Era ao crédor que competiria prova-lo, quando por mais não fosse, pelo principio *actor probat actionem* (2).

Por isso os defensores do systema do domicilio são concordes em escolher o do devedor. E nestes termos o systema tem ganho algum terreno na Allemanha, onde tem notaveis representantes (Thöl, Windscheid, Mommsen, Roth, Stobbe) (3).

Será acceitavel este systema? Entendemos que não.

A presumpção em que elle se baseia não corresponde muitas vezes á verdade dos factos. E mesmo quando verdadeira, o systema levantaria as mesmas, e ainda mais graves difficuldades, que o da nacionalidade.

Como resolver os conflictos, que lei deveria applicar-se, nos casos frequentes de muitos comdevedores, ou dum devedor com varios domicilios, ou mesmo sem domicilio certo, fixo ou conhecido?

O systema é pois anti-scientifico.

(1) De Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, vol. 2.º, pag. 13 e seg.; Albéric Rolin, *obr. cit.*, pag. 465.
(2) Albéric Rolin, pag. 464 e 465.
(3) Albéric Rolin, pag. 465.

Examinemos o da *lex loci*, que tem por si o maior numero de adeptos e dos mais authorisados internacionalistas, divergindo, porém, e isto é fundamental, entre a lei do logar da celebração do acto ou contracto *(lex loci contractus)* e a do logar da sua execução *(lex loci solutionis)*.

Relativamente á *substancia*, os auctores são geralmente concordes na adopção da *lex loci actus*, havendo, porém, uma ou outra opinião singular a favor da *lex loci solutionis* (1).

Relativamente aos *effeitos*, os auctores que, como já vimos, perfilham a classica distincção das *consequencias*, sujeitam aquelles á *lex loci actus*, e estas á *lex loci solutionis*.

Mas, dada a inefficacia daquella distincção, a maior parte dos internacionalistas abandonam o systema dualista, para se fixarem na applicação duma só lei aos effeitos e consequencias directas das obrigações.

O systema da *lex loci contractus*, á parte algumas reservas e varias excepções, é o defendido por quasi todos os auctores franceses e italianos (Aubry e Rau, Weiss, Laurent, Fiore, Esperson, Lomonaco, Rocco, Bolaffio, etc.) (2).

Segundo o testemunho dos escriptores referidos, a jurisprudencia francesa tem seguido quasi uniforme e invariavelmente este systema, admittindo comtudo a convenção das partes, em contrario, para se sujeitarem a uma outra lei.

(1) Eduardo Saldanha, pag. 181. Este foi tambem o systema preferido pelo notavel Savigny.
(2) Cfr. Albéric Rolin, pag. 452 e seg.; Bolaffio, n.º 329, pag. 724 e seg. E' de notar que perante o codigo commercial italiano poderia parecer á primeira vista que a *lex loci contractus* só é applicavel á substancia, sendo os effeitos regulados pela *lex loci solutionis*.
A verdade, porém, é que n'este ponto restricto o codigo commercial não modificou a doutrina do art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil, entendendo os jurisconsultos que a expressão « *requisitos essenciaes* » do art. 58.º do codigo de commercio tem no fundo o mesmo alcance que a expressão « *substancia e effeitos* » daquelle art. 9.º. Os effeitos de que falla o art. 58.º do codigo de commercio não são os do proprio acto originario das obrigações, mas sim os dos actos de execução.

Nos mesmos termos, e ainda con a excepção fundada na nacionalidade commum das partes, porque nestes casos é a lei nacional que regula, é elle consignado no art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil italiano. E por uma fórma mais radical foi consignado no art. 58.º do codigo de commercio, que não admitte a convenção das partes em contrario, sendo nestes termos calorosamente defendido por BOLAFFIO.

O fundamento da *lex loci contractus* está na presumpção de que as partes, não declarando todos os elementos da substancia e effeitos dos seus actos e contractos, quizeram naturalmente proceder em conformidade das leis do logar onde pactuaram. Além disso, tem o grande valor pratico de fixar nitidamente a lei applicavel, evitando as graves e frequentes difficuldades a que dão logar os outros systemas (1). « Assim como a pessoa, escreve BOLAFFIO, é regulada pela sua lei nacional, ou pela do seu domicilio, fóra e dentro do Estado a que pertence; assim o contracto tira a sua vida juridica da lei do logar em que surge e essa lei o acompanha para toda a parte attribuindo-lhe a segurança da sua inalterada efficacia. Nem com isto é violada a autonomia dos contrahentes, pois que, na fórma como na substancia, a referencia á lei do logar do contracto é a mais firme presumpção da vontade das partes, as quaes, sendo da mesma nacionalidade, podem adoptar a sua lei commum. Fica assim excluido o arbitrio injustificavel de ser licito ás partes a adopção da lei que melhor lhes agrade para a substancia e effeitos de suas obrigações commerciaes. A referencia generica a uma lei estrangeira é muitas vezes dolosa; cheia pois de imprevistas con-

(1) E' por isso que este systema é reconhecido pelo direito das nações mais praticas, a inglesa e a norte-americana, embora dando ás partes a faculdade de escolher expressamente como lei reguladora do contracto a do logar da sua execução. Cfr. BOLAFFIO, n.º 329, pag. 725, nota 1; STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, §§ 233, 242 e 280.

sequencias para o contrahente ingenuo » (1) E assim, affirma o notavel commercialista italiano, para as obrigações commerciaes, *locus regit actum quoad formam et substantiam* (2).

O systema que sujeita a substancia e os effeitos das obrigações á lei do logar da sua execução foi largamente exposto e propugnado por SAVIGNY (3), tendo numerosos adeptos na Allemanha (WALTER, UNGER, BLUNTSCHLI, GERBER, DERNBURG, etc.), alguns na Inglaterra, (BURGE e PHILLEMORE) (4), e tem sido entre nós defendido por alguns commercialistas (5).

O fundamento do systema de SAVIGNY é a *submissão voluntaria* das partes á lei do logar da *séde da obrigação*, quanto ao seu alcance, ao modo de execução e á jurisdicção competente para della conhecer. E como a séde da obrigação é o logar onde ella tem de ser cumprida, segue-se que ella deve ser regulada pela lei deste logar, quanto á sua substancia e aos seus effeitos.

Qual é o verdadeiro merito do systema?

Examinado em these geral, num ponto de vista strictamente logico e juridico, é certo que elle parece a mais exacta solução do problema. Que logicamente as obrigações devessem ser regidas pela lei do logar da sua séde ou execução, parece á primeira vista um principio rigorosamente scientifico e juridico, digno de ser consagrado em these geral, se nesta materia

(1) BOLAFFIO, pag. 726. Esta doutrina é mesmo perfeitamente harmonica com os principios fundamentaes do direito contractual no codigo civil italiano, para o qual a lei do logar do contracto completa e esclarece a vontade das partes sobre os effeitos e a interpretação dos seus contractos Os artt. 1124.º e 1134.º daquelle codigo synthetisam bem este principio. Segundo o art. 1124.º os contractos obrigam não só a quanto é nelles expresso, mas tambem a todas as consequencias que, segundo o uso, a equidade ou a lei delles derivam; e segundo o art. 1134.º, o pacto ambiguo interpreta-se conforme o que se pratica no país onde foi estipulado o contracto. BOLAFFIO, pag. 726, nota 1.

(2) BOLAFFIO, pag. 725.

(3) SAVIGNY, *obr. cit*, vol. 8.º, pag. 178 e seg.

(4) Cfr. ALBÉRIC ROLIN, pag. 462 e nota.

(5) EDUARDO SALDANHA, *Estudos sobre direito commercial*, pag. 176 e 177.

pudesse fixar-se uma regra unica, se a obrigação houvesse sempre de ser executada num só e determinado logar, o que muitas vezes não acontece.

Acompanhando ALBÉRIC ROLIN, parece-nos na verdade muito absoluto decretar que, se a execução das obrigações houver de realisar-se num logar differente do do acto ou contracto, ou mesmo do domicilio das partes, deva applicar-se sómente e obrigatoriamente a lei desse logar, por virtude da submissão voluntaria das partes. Poderá bem presumir-se que ellas acceitaram em todos os casos, de olhos fechados, as disposições dessa lei? O contrario nos parece evidente. Se o logar da execução não é, nem o do contracto, nem o do domicilio, nem o do país duma das partes, pelo menos, não só ellas não conhecem as leis que ahi estão em vigor, mas ser-lhes-ha muitas vezes difficil informar-se dellas, e seria embaraçar singularmente a liberdade das convenções colloca-las na necessidade de verificar bem, antes de contractar, a validade, a existencia e os effeitos do vinculo obrigatorio segundo a lei do logar da execução.

Além disso, nas obrigações bilateraes póde haver, e ha frequentemente, muitos logares de execução. No systema de SAVIGNY a obrigação de cada uma das partes é então regida por uma lei diversa. As *obrigações reciprocas,* diz SAVIGNY, podem ser regidas *por leis differentes.* Isto comprehende-se quando se trata de certas questões relativas ás fórmas da execução. Mas quando se trata de appreciar a propria substancia das obrigações, a sua medida e o seu alcance, como por exemplo: se uma ou outra das partes tem o direito de se retratar, de desistir, e em que condições, se tem o direito de revogação, de pedir a rescisão do contracto, se este póde ser rescindido por falta do seu cumprimento, se certas faltas de cumprimento determinam a rescisão *ipso facto,* resolver, emfim, todas as questões que derivam da *substancia* e dos *effeitos* das obrigações, isto é, que dizem respeito á existencia, natureza,

validade e extenção do vinculo obrigatorio; parece-nos juridicamente impossivel separar a obrigação duma das partes da obrigação das outras, porque todas dependem entre si e se completam reciprocamente, integrando-se no mesmo vinculo juridico (1).

Para completar o exame dos diversos systemas, resta ainda o da *vontade das partes,* ou da sua legitima *autonomia,* como se exprimem os jurisconsultos allemães.

Este systema tem por fundamento a propria natureza das leis contractuaes, que são em grande parte destiuadas exclusivamente a interpretar e garantir a expressão da livre e consciente vontade das partes, e são muitas vezes simples regras a que o legislador presume terem-se sujeitado os contractantes no silencio das suas disposições contractuaes. E' por esta razão, e neste sentido, que se diz serem lei entre as partes os contractos legalmente celebrados, e que a suprema lei dos contractos é a propria vontade das partes.

Mas, como já observámos, o systema da lei da *vontade* ou *autonomia* das partes, para regular os actos juridicos na sua vida internacional, é inadmissivel como principio geral e exclusivo.

Mesmo dentro de cada Estado, e apenas na sua vida nacional, os contractos não podem ser regulados exclusivamente pelas disposições voluntarias das partes, porque, com effeito, em todos os contractos ha condições de interesse geral, que precisam de ser cumpridas, e que por isso as leis impõem obrigatoriamente.

Convem finalmente notar que nem a sciencia nem a lei teem cansagrado qualquer dos systemas como principio unico e exclusivo.

O proprio codigo commercial italiano (art. 58.°), que é de todos os mais radicaes nesta materia, ado-

(1) ALBÉRIC ROLIN, pag. 463 e 464.

ptando o principio geral da *lex loci actus,* estabelece conjunctamente o systema da *lei nacional,* para o caso especial de serem os contractantes da mesma nacionalidade. E é nestes termos que o defendem alguns dos seus mais notaveis commentadores.

Outras legislações e outros jurisconsultos estabelecem, ora o systema da *lex loci actus,* combinado com o da *lex loci solutionis,* ora qualquer destes com o da *vontade* das partes, e ainda com a lei do *domicilio* do devedor.

E qual deverá ser a combinação preferivel?

O systema da *lex loci actus* é razoavel e scientifico, como principio geral, mas não unico e exclusivo, como resulta das considerações expostas.

Por seu lado, o principio da *autonomia* da vontade das partes, como regra geral, emquanto não offende as garantias do interesse social, que por isso devem ser lei obrigatoria, é tambem razoavel e scientifico, por ser uma caracteristica da propria natureza do direito contractual.

E assim podemos desde já dizer que a combinação destes dois principios corresponde ás indicações da sciencia e satisfaz ás necessidades da vida juridica.

E, na verdade, é preferivel esta combinação á do codigo italiano. Com effeito, o principio da nacionalidade commum só é admissivel no caso especial de se encontrarem as partes só accidentalmente contractando num país sobre actos que hajam de produzir os seus effeitos no seu país commum. De resto, em todos os outros casos não ha realmente motivos de valor, nem considerações de opportunidade ou relação directa, que determinem a applicação duma lei extranha ao campo d'acção dos actos e contractos a regular.

Foi a combinação que julgamos preferivel a adoptada pelo nosso legislador.

A simples leitura do n.º 1.º do art. 4.º mostra claramente que o nosso codigo commercial adoptou para a regulamentação internacional dos actos de commercio,

pelo que respeita á substancia e aos effeitos das obrigações delles emergentes, o systema da *lex loci actus* combinado com o da *vontade* das partes.

A redacção da parte final do n.º 1.º poderia á primeira vista dar a entender que o codigo formulou como systema e principio geral apenas a *lex loci actus,* admittindo sómente a titulo de excepção a vontade das partes.

A verdade, porém, é que a vontade das partes é tambem admittida como regra geral; e tanto assim é que por ella, e só por ella, manda o codigo regular os actos de commercio sempre que tenha sido claramente manifestada.

E é tambem certo que a disposição do n.º 1.º se applica egualmente a todos os actos de commercio, praticados no reino e seus dominios, ou praticados no estrangeiro, sejam nacionaes ou estrangeiras as pessoas que nelles interveem, visto que a lei não distingue, mas antes é formulada em termos geraes.

E quando quaesquer duvidas houvesse a este respeito, resolvem-nas categoricamente as seguintes considerações: em primeiro logar, o facto de se referir o projecto primitivo do codigo apenas aos actos commerciaes praticados por estrangeiros em territorio nacional, apparecendo depois o projecto ministerial e o codigo a referir-se a todos os actos de commercio sem restricção nem distincção; e em segundo logar, o facto de ter o par do reino Sr. Gonçalves de Freitas proposto a mudança de logares dos artt. 4.º e 5.º sob o fundamento de que o art. 4.º se applicava apenas aos portugueses no estrangeiro, e ter a commissão de legislação da camara dos pares rejeitado essa proposta, porque « os preceitos dos n.ºs 1.º, 2.º e 3.º e § unico do art. 4.º podem ter referencia a obrigações contrahidas no reino, ao contrario do que, para fundamentar a sua proposta, pareceu ao digno par » (1).

(1) Cfr. o parecer da camara dos pares, no *Appendice ao codigo commercial,* pag. 486.

Por consequencia, sempre que tenha de applicar-se o n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial português, deve attender-se: a) á lei do logar da celebração do acto, se as partes não convencionaram doutro modo; b) ás convenções da partes que tiverem sido licitamente estipuladas; c) á lei do logar e ás convenções das partes simultaneamente, se estas não tiverem convencionado todas as condições e clausulas do acto ou contracto.

Mas qual é o sentido da palavra *convenção* do n.º 1.º do art. 4.º?

Será necessario que a convenção seja expressa e claramente formulada? Ou bastará que tenha sido tacitamente manifestada pelas partes por meio de quaesquer factos de que ella necessariamente se deduza, embora não tenham expressamente declarado quaes as leis a que querem submetter-se, ou quaes as condições em que fazem o seu contracto?

A fórmula geral da lei, não estabelecendo distincção, dá a entender que é bastante a convenção tacita.

E esta doutrina é ainda confirmada pela interpretação logica e principalmente historica do n.º 1.º do art. 4.º. Com effeito, nos termos do art. 648.º do codigo civil, a manifestação do consentimento nos contractos póde ser feita por palavra, por escripto, ou por factos donde elle necessariamente se deduza. Por outro lado, o art. 4.º, no projecto primitivo do codigo (onde era o 5.º), exigia que a convenção em contrario fosse *expressa*, mas essa exigencia foi logo abandonada no projecto ministerial.

Melhor seria, porém, que o codigo tivesse conservado a exigencia da convenção expressa, porque os consentimentos tacitos são quasi sempre de difficilima prova e determinação.

A' regra do n.º 1.º do art. 4.º oppõe o § unico a excepção do direito publico português e dos principios de ordem publica. Quer dizer: sempre que a substancia e os effeitos dos actos de commercio praticados no

estrangeiro possam ter alguma realização em Portugal, mas offendam o direito publico português ou os principios de ordem publica, não podem ser regulados, nesta parte offensiva, pela lei do logar onde foram celebrados nem pela convenção das partes, mas teem, pelo contrario, de sujeitar-se á lei portuguêsa.

A excepção, que no projecto da camara dos deputados comprehendia apenas as convenções das partes, foi na camara dos pares applicada a toda a regra do n.º 1.º do art. 4.º, abrangendo tambem a lei estrangeira reguladora do acto de commercio internacional.

O fundamento justificativo desta doutrina está no principio da *ordem publica internacional*, geralmente admittido pelos internacionalistas, segundo o qual devem respeitar-se sempre as condições fundamentaes da organização e vida de cada Estado, collocando a sua garantia acima das convenções das partes e dos direitos permittidos nas legislações estrangeiras. Como justamente observa WEISS, embora o Estado deva em geral admittir no seu territorio a applicação das leis estrangeiras, não se lhe póde negar o direito de se conservar e defender, e por consequencia de repellir as leis que estão em contraste com as bases fundamentaes da sua organisação. Havendo dois interesses em lucta, dum lado o interesse da sociedade local e do outro o interesse garantido por uma lei estrangeira, é este que deve ceder (1).

Negando execução a principios attentatorios da ordem publica não mira o Estado exercer represalias contra o estrangeiro que os invoca, mas trata simplesmente de exercer o direito e cumprir o dever de garantir a segurança interna, material e moral da sociedade, exerce uma funcção de legitima defeza da sua vida nacional (2).

Na terminologia do § unico do art. 4.º, tirada do n.º 5.º do art. 1088.º do codigo de processo civil,

(1) WEISS, *obr. cit.*, pag 245.
(2) EDUARDO SALDANHA, *obr. cit.*, pag. 192 e 193.

constituem a ordem publica internacional o *direito publico português* e os *principios de ordem publica.*

A primeira duvida que resulta desta phraseologia é se as duas expressões teem a mesma ou differente significação.

Já se tem sustentado que ellas teem na lei o mesmo sentido, visto que na discussão por que passou o artigo 4.º no seio da commissão da camara dos deputados se resolveu additar ao § unico as palavras equivalentes do n.º 5.º do art. 1088.º do codigo de processo civil, « *para evitar que pareça haver distincção ou differença nas duas locuções* » (1).

A verdade, porém, é que esta passagem das actas daquella commissão não auctorisa semelhante interpretação; as actas não se referem á distincção ou differença entre as duas expressões do § unico, mas sim á que poderia suppor-se existente entre a locução do § unico do art. 4.º do projecto, que só comprehendia o direito publico português e a locução do n.º 5.º do art. 1088.º do codigo de processo civil, que abrange tambem os principios da ordem publica.

Ora, foi precisamente para evitar a differença entre os dois codigos, como é expressa a acta na parte citada, que se additou ao § unico a phrase « ou aos principios de ordem publica ».

De resto, é evidente que as duas expressões teem diverso sentido não só no ponto de vista puramente scientifico mas ainda na propria disposição da lei. Bastará notar que a expressão « *principios de ordem publica* » comprehende tambem muitos preceitos que na terminologia legal são do direito privado.

(1) Tal é a doutrina que consta das lições do Sr. Dr. Dias da Silva, segundo as cit. lições lytographadas por Affonso Augusto da Costa, pag. 157, e é egualmente perfilhada pelo Sr. Eduardo Saldanha, *obr. cit.*, pag. 194.

89. Algumas applicações do principio da « lex loci ». — Para concluir a analyse do n.º 1.º do art. 4.º verifiquemos a sua applicação a alguns casos particulares.

Qual é a lei reguladora dos actos praticados por intermedio de terceiro?

Se o terceiro é um mandatario que procede e contracta dentro dos limites dos poderes conferidos pelo mandante, não ha duvida de que deve applicar-se, na falta de convenção especial, a lei do logar onde o mandatario pratica o acto, pois que este para todos os effeitos representa o constituinte, e o acto fica perfeito sem necessidade de qualquer ratificação.

A duvida surge, porém, quando o mandatario não procede juridicamente nesta qualidade, praticando actos não auctorisados pelo mandante.

E' claro que estes actos são nullos em relação ao constituinte, se não forem por este ratificados (cod. civil, art. 1351.º).

Mas sendo ratificados, e por consequencia validados, qual deverá ser a sua lei reguladora, a do logar da celebração ou da ratificação?

Segundo Asser e Rivier deve ser a lei do logar da ratificação do acto — *c'est là seulement qu'il s'est formé une obligation valable.*

Entendemos, pelo contrario, com Weiss, dever applicar-se a lei do logar da realisação do acto.

A ratificação equivale ao mandato; aquelle que a presta auctorisa retroactivamente as operações feitas em seu nome como se estivesse presente, na pessoa do mandatario, no momento e no logar da realisação do acto (1).

E' claro, porém, que fica salvo o direito do ratificante para rejeitar as consequencias do acto determi-

(1) Weiss, *obr. cit.*, pag. 636; Eduardo Saldanha, pag. 182.

nadas pela lei do logar da sua celebração, podendo limitar-se a ratificar sómente nos termos que lhe convierem. Mas é necessario que essa ratificação especial seja expressa e acceite pela outra parte interessada.

A mesma doutrina é applicavel á gestão de negocios (cod. civil, art. 1726.º e seg.).

Mais difficil é a solução do problema quando se trata de contractos celebrados entre ausentes por meio de correspondencia epistolar, telegraphica ou mesmo telephonica.

Tres soluções teem sido apresentadas com certo caracter de valor juridico: a) lei do logar da proposta; b) lei do logar da acceitação; c) lei do logar onde o proponente teve conhecimento da acceitação.

O systema da lei do logar da proposta funda-se naturalmente no facto de ser esta não só uma condição essencial do contracto, mas até a sua parte principal, a primordial, a iniciativa do negocio, devendo presumir-se que o proponente a fez em harmonia com o direito vigente no logar onde exerce o seu commercio, que é geralmente o logar donde emitte suas propostas.

Por seu lado, o systema da lei do logar da acceitação tem o mesmo fundamento de ser esta uma condição egualmente essencial do contracto, e a presumpção mais veridica de que o acceitante, na impossibilidade de conhecer o direito de todos os paises donde possa receber propostas, se refere naturalmente á lei do logar onde as acceita.

O systema da lei do logar onde o proponente tem conhecimento da acceitação, adoptado pelo codigo commercial italiano (art. 36.º), foi justificado pelo principio de que o logar onde a acceitação produz todos os seus effeitos juridicos é onde o proponente a recebeu, pois que só ahi apparece a conjuncção das duas vontades necessaria para a formação do *vinculum juris* constitutivo do contracto; é ahi que o contracto foi celebrado.

Mas é facil de ver que este systema não traduz uma solução rigorosamente juridica. Se o logar do conhecimento da acceitação é, como deve ser normalmente, o da proposta, o systema confunde-se com o primeiro. Se, porém, é variavel e reconhecido como tal qualquer logar onde o proponente recebe a noticia, o systema é injuridico, porque adopta para criterio determinador do direito applicavel uma circumstancia accidental e desnecessaria á perfeição substancial do contracto, a qual se verificou no proprio momento em que a proposta foi acceite.

E' com a acceitação que se realisa a coexistencia dos consentimentos necessarios e sufficientes para se celebrar o contracto proposto.

Por consequencia, entre os dois primeiros systemas é preferivel o da lei do logar da acceitação da proposta. E é sem duvida esta a doutrina que resulta, entre nós, da applicação do n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial, visto que nos termos do artigo 649.º do codigo civil o contracto fica perfeito com a acceitação da proposta, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade. Nestes casos excepcionaes, o contracto será regulado pela lei do logar onde se celebrarem as formalidades necessarias para a sua perfeição (1).

Não deve, porém, considerar-se como logar da acceitação qualquer logar onde accidentalmente ella seja consentida; mas sim o logar para onde foi emittida a proposta, pois é a este que o proponente

(1) E' de notar que já entre nós se sustentou que, perante o n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial e os artt 651.º e 652.º do codigo civil, deve considerar-se o contracto como celebrado no logar onde o proponente teve noticia da acceitação da proposta, e portanto regular-se pela lei desse logar — *Revista de Direito Commercial*, 3.º anno, 1897, pag 201 e 202.

A verdade, porém, é que os artigos citados não auctorisam semelhante conclusão.

refere a celebração do contracto. A não ser assim, ficaria no arbitrio do acceitante a escolha da lei reguladora do contracto, com grave risco para os interesses do proponente.

Qual deve ser a lei reguladora dos actos praticados e das obrigações contrahidas em navio, no alto mar?

Em direito internacional maritimo admitte-se o principio de que o navio constitue como que uma parcella do Estado a que pertence; e por consequencia deve applicar-se, de harmonia com os principios estabelecidos e com a doutrina do n.º 1.º do art. 4.º, a lei da nacionalidade do navio.

Deve, porém, ter-se sempre em vista que o direito maritimo é regulado por principios especiaes, que o constituem como que num ramo á parte (cod. com., artt. 103.º e 485.º e seg.).

E, por isso, da regra geral do n.º 1.º do art. 4.º exceptuam-se muitos actos de commercio maritimo, que a lei expressamente manda regular de modo diverso. Assim: as avarias grossas ou communs serão reguladas pela lei do logar onde a carga fôr entregue (art. 650.º); as questões sobre abalroação são reguladas umas vezes pela *lex loci* e outras pela lei da nacionalidade dos navios (art. 674.º); do mesmo modo as questões sobre a salvação e assistencia (artt. 690.º e 601.º).

Para concluir a applicação do n.º 1.º do art. 4.º a alguns casos particulares, vejamos por que lei se determina o caracter civil ou commercial das obrigações internacionaes.

O problema apparece frequentemente na vida do direito commercial por virtude da diversa amplitude com que as differentes legislações determinam quaes sejam os actos de commercio.

Deve applicar-se a lei do país onde o acto ou contracto é celebrado, ou a do país onde elle produz os seus effeitos?

A' primeira vista póde parecer logico, quando o acto juridico produz seus effeitos num dado país, determinar pela legislação que neste vigorar o seu caracter civil ou commercial.

Mas attendendo a que a natureza juridica civil ou commercial do acto póde influir essencialmente nas condições da sua existencia e validade, fazendo assim parte da sua substancia e dos seus effeitos, deve ella ser apreciada, nos termos do n.º 1.º do art. 4.º, segundo a *lexe loci actus* (1).

Tratando-se, porém, de determinar a competencia dos tribunaes que devem julgar as questões emergentes do acto, tem de applicar-se a *lex loci solutionis,* não só porque as leis que determinam e regulam a competencia dos tribunaes são de interesse e de ordem publica, mas porque a acção judiciaria tem por fim assegurar o cumprimento das respectivas obrigações, que está sujeito ao império da lei do logar onde se realisar (n.º 2.º do art. 4.º).

90. Cumprimento das obrigações. — O codigo commercial não adoptou a classica distincção dos *effeitos* e das *consequeneias* dos actos e obrigações.

Mas separou dos *effeitos* das obrigações o *modo do seu cumprimento,* mandando-o regular pela lei do logar onde se realisar (n.º 2.º do art. 4.º).

O que é, pois, o *modo de cumprimento* das obrigações commerciaes? Como distingui-lo dos seus *effeitos?*

Geralmente costuma-se considerar *modo de cumprimento* tudo o que diz respeito á realisação effectiva das obrigações contrahidas: *a fórma de pagamento, a especie e o tempo em que deve ser feito, a móra e seus effeitos,* como por exemplo, *o pagamento das*

(1) ASSER-RIVIER, cit. *Éléments de droit internacional privé,* n.º 91; BOLAFFIO, *obr. cit.,* pag. 726.

indemnisações por perdas e damnos resultantes da móra, etc. (1).

E' certo, porém, que esta noção comprehensiva do modo de cumprimento carece de rigor logico, e confunde-se fundamentalmente com os effeitos e com a propria substancia das obrigações.

Os seus proprios partidarios reconhecem a fragilidade da distincção, notando que, por exemplo, a fórma de pagamento póde ser regulada pela convenção das partes e fazer, por consequencia, parte do proprio contracto, nos termos do art. 672.º do codigo civil, podendo portanto ser regulada pela lei do logar do contracto ou pela do logar do seu cumprimento (2). O mesmo se póde dizer da especie e do tempo em que o pagamento deve ser feito, e ainda mais propriamente da móra e seus effeitos, que fazem parte das condições juridicas intrinsecas da vida dos contractos. Tudo isto é da essencia dos direitos e obrigações emergentes do acto ou contracto.

O que deve, pois, entender-se por *modo de cumprimento* das obrigações?

Pensamos que de harmonia com o art. 58.º do codigo commercial italiano, fonte directa do art. 4.º do nosso codigo, deve entender-se por esta expressão a *fórma dos actos a fazer-se para o exercicio e conservação dos direitos, que dellas* (das obrigações) *derivam,* ou *para a sua execução,* e ainda os *effeitos destes mesmos actos.* São os actos que FOELIX chama *effeitos de natureza executoria dos contractos* (3).

No modo de cumprimento das obrigações comprehendem-se portanto todos os actos, judiciaes ou extrajudiciaes, que posteriormente ao acto originario hajam de fazer-se para assegurar a execução das obrigações e direitos delle emergentes, como são as acções e a fórma do processo, o protesto das letras

(1) *Lições lytographadas, cit.*, pag. 168; EDUARDO SALDANHA, pag. 180.
(2) EDUARDO SALDANHA, pag. 180.
(3) FOELIX, *obr. cit*, n.os 109 e 110.

por falta de acceite ou de pagamento, e outros semelhantes. Póde comprehender-se tambem a especie do pagamento, mas só quando não tiver sido convencionada, porque no caso contrario faz parte da essencia do proprio contracto, isto é, da sua substancia e effeitos.

Nos termos do n.º 2.º do art. 4.º, o modo de cumprimento das obrigações regula-se pela lei do logar onde se realisa.

E effectivamente para esta phase da vida das obrigações o systema da *lex loci solutionis* é o que melhor se harmonisa com as condições do direito internacional.

Sendo os actos constitutivos do modo de cumprimento apenas meios posteriores de assegurar as respectivas obrigações, sem as alterar, nem por augmento nem por diminuição, seria arbitrario, e por vezes juridicamente impossivel, não os sujeitar á lei local, só pelo facto de terem as mesmas obrigações sido contrahidas em pais estrangeiro.

E seria, com effeito, muitas vezes impossivel, porque os meios, principalmente os judiciaes, de assegurar o cumprimento das obrigações variam profundamente dum para outro país.

De resto, a applicação da *lex loci executionis* ao modo de cumprimento não tem, como para a substancia e effeitos, o inconveniente de sujeitar o mesmo acto ou contracto a diversas medidas de direitos e obrigações, visto que comprehende sómente os actos posteriores necessarios á sua realisação e garantia effectiva.

As applicações do n.º 2.º do art. 4.º podem levantar nos casos concretos difficuldades, sobretudo quando as partes teem convencionado algumas clausulas sobre a fórma do cumprimento das obrigações.

Admittirá a lei taes convenções?

O facto de não ter o n.º 2.º do art. 4.º, á semelhança do n.º 1.º, salvado a convenção das partes parece

significar que não, devendo em todos os casos sujeitar-se o modo de cumprimento á lei do logar onde se realisar.

Entendemos, porém, que o simples facto da fórma litteral da redacção não auctorisa semelhante doutrina.

As convenções das partes fazem parte do corpo do contracto, da sua substancia, portanto; tudo o que validamente se convencionar, constituindo o conjuncto de direitos e obrigações do acto, deve por isso regular-se nos termos do n.º 1.º do art. 4.º e do respectivo § unico.

Assim: se uma letra sacada em Paris sobre Lisboa não designar a especie em que ha de ser paga, deve regular-se pela lei portuguesa o modo do seu pagamento; mas se fôr designada a especie de pagamento, é por esta que deverá fazer-se; quando se tiver estipulado a especie de metal e se tiver omittido a especie de moeda, o pagamento deverá fazer-se segundo a estipulação a respeito do metal, e segundo a lei portuguesa emquanto á especie de moeda desse metal; quando se tiver estipulado uma e outra, deverá observar-se a convenção (cod. civil, artt. 722.º e 726.º), se existir legalmente a moeda convencionada, porque no caso contrario far-se-ha o pagamento na fórma do art. 625.º do codigo civil.

91. Fórma externa dos actos. — O codigo civil, no art. 24.º, *in fine,* e o codigo commercial, no n.º 3.º do art. 4.º, estabelecem a regra de que *a fórma externa dos actos é regulada pela lei do logar onde são celebrados.*

Para se determinar o alcance desta regra, é necessario dizer em primeiro logar o que significa a *fórma externa* dos actos.

Todo o acto juridico consta necessariamente de duas partes bem distinctas: a *vontade* das pessoas que o praticam dando consentimento sobre as condições e

elementos intrinsecos da sua validade e existencia; e o *modo* como se realisa a manifestação sensivel e externa dessa vontade.

A primeira não cahe, nem póde cahir, sob a acção da lei, emquanto se não manifesta externamente por meio da segunda; e é por isso que em todos os tempos, e em todos os logares, os legisladores teem procurado sempre descrever com todo o cuidado as formalidades necessarias á manifestação externa dos mais importantes actos juridicos (1).

Não é porque as formalidades da manifestação exterior dos actos sejam essencialmente necessarias para a sua existencia, a qual de facto se verifica desde que sobre objecto juridicamente possivel se accordou o consentimento regular e licito de pessoas capazes de exercer seus direitos (codigo civil, artt. 643.º e seg. e 686.º).

Mas é porque a vida juridica de muitos actos, para decorrer normal e regularmente, livre de possiveis perturbações, carece muitas vezes de ser attestada por uma fórma bem visivel, mais ou menos rigorosa, mais ou menos solemne, conforme a sua natureza e importancia. Por isso a lei faz em muitos casos depender a validade dos actos e contractos dum certo systema de formalidades externas (cod. civil, art. 686.º).

No seu significado mais amplo, a *fórma externa* dos actos, é, pois, o modo como a vontade de quem dispõe ou contracta se manifesta com efficacia legal. O escripto, a palavra, o gesto, o simples proceder constituem outras tantas fórmas por que a vontade juridica póde livremente manifestar-se Sem a fórma não existe acto juridico, como não existe corpo sem as tres dimensões (2).

(1) SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge,* pag. 5.
(2) BOLAFFIO, pag. 734.

Não é, porém, neste significado geral e amplo que deve entender-se a expressão legal « fórma externa dos actos », pois neste sentido todos os actos carecem da fórma externa de manifestação; emquanto que na doutrina legal e juridica, o principio é precisamente o opposto: a existencia e validade dos actos e contractos não dependem de formalidades externas, salvo nos casos e condições prescriptas na lei (cod. civil, art. 686.º) (1).

No sentido legal deve, pois, entender-se por *fórma externa* dos actos o modo especial por que a lei os manda celebrar necessariamente para que a vontade das partes produza todo o resultado juridico que se propõe.

A *fórma externa* é, portanto, o conjuncto de condições e elementos extrinsecos ou formaes que a lei declara necessarios para a manifestação externa do acto, e que independentemente do acto juridico em si mesmo, que já existe, não tem outro fim senão o de attestar externamente a sua existencia e garantir a sua prova.

E' como dizia o nosso COELHO DA ROCHA: a reunião das circumstancias ou solemnidades chama-se *fórma;* esta ou é *interna,* quando se refere ao objecto e conteúdo do acto; ou *externa,* quando ás solemnidades que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura e as testemunhas (2).

Os codigos civil e commercial mandam regular a fórma externa dos actos pela lei do logar onde forem celebrados, acceitando assim a regra universalmente adoptada com maior ou menor amplitude na doutrina e jurisprudencia internacional na fórmula juridica — *locus regit actum.*

Qual é o fundamento desta regra?

(1) Cfr. o nosso *Tratado das sociedades commerciaes,* vsl 2.º, n.º 1.º; GIORGI, *Teoria della obligazioni.* vol. 1.º, n.º 291.

(2) *Instituições de direito português,* vol. 1.º, § 95. Cfr. o nosso *Tratado das sociedades commerciaes,* vol. 2.º, n.º 1.

Duas theorias singulares pretenderam justifica-la, uma pela presumpção da submissão voluntaria das partes á lei do logar do acto (HERT), a outra pelo consenso unanime dos povos, pelo costume constante e universal (DE BAR). Mas fundamentalmente injuridicas são estas theorias. Para HERT só se justificaria a regra sendo facultativa a sua observancia, quando é certo ella ser defendida com caracter imperativo por quasi todos os internacionalistas, pelo menos a respeito dos actos mais importantes da vida juridica.

Para DE BAR a regra não tem afinal um fundamento scientifico, visto que se limita a traduzir um facto constante da vida juridica consuetudinaria, sem explicar a razão de ser do consenso unanime das nações prestado a este costume.

Outros auctores pretendem justifica-la pelo principio de que as leis relativas á fórma são de ordem publica; e esta these foi recentemente desenvolvida por um jurisconsulto italiano: « As leis relativas á fórma dos actos, dizendo respeito á moral, á religião, ao interesse politico e economico do país em que teem vigor, são leis de ordem publica. Ora, sendo incontestavel o direito do Estado a prohibir em nome da propria soberania e independencia, nos limites do seu territorio, qualquer violação ao direito e á ordem publica do país, dahi deriva que o legislador póde e deve sujeitar indistinctamente o cidadão e o estrangeiro ás leis reguladoras da fórma, negando reconhecimento e effeitos juridicos aos actos celebrados em fórma diversa » (1).

Comquanto seja certo em these geral que as condições de fórma são de interesse e ordem publica, tambem é certo, porém, que este fundamento não tem valor scientifico.

Com effeito, as condições de fórma dos actos, taes como são impostas em cada país, são de interesse

(1) BUZZATI, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili — Locus regit actum,* pag. 118 e 119.

geral para a vida juridica deste país, mas só para elle; e não para os outros que adoptam muitas vezes formalidades muito diversas; quer dizer, são de ordem publica interna, mas não internacional.

E o legislador, quando formúla a regra *locus regit actum,* attende aos actos praticados no estrangeiro ou em territorio nacional, que possam produzir effeitos no seu país, e não aos actos que hajam de os produzir no estrangeiro, embora praticados no territorio nacional.

De resto, a theoria da ordem publica applicada ás fórmas externas é contradictoria comsigo mesmo, porque faria respeitar em cada Estado as leis estrangeiras, mesmo contra a sua ordem publica interna.

Por isso outros internacionalistas justificam-na por motivos de necessidade e conveniencia, visto que em muitos casos, dadas as especialidades da organisação das instituições juridicas de cada Estado, seria difficillimo, se não impossivel, certificar e authenticar certos actos segundo as formalidades diversas das impostas e reguladas pela lei do país onde são celebrados (1).

Mas esta observação, embora verdadeira, não justifica a regra como principio geral, tal como ella é adoptada, pois que na maioria dos casos é possivel e mesmo facil seguir, por exemplo, as formalidades da lei nacional das partes ou qualquer outra. E de harmonia com aquella doutrina só deveria observar-se a regra *locus regit actum* quando não pudesse applicar-se qualquer outra lei.

O verdadeiro fundamento da regra *locus regit actum* deve, pois, procurar-se em motivos de mais elevada consideração, de caracter mais scientifico e geral.

Esse fundamento encontra-se naturalmente nas mesmas razões que determinam para a substancia e effeitos do acto a applicação da *lex loci actus,* ainda

(1) Weiss, *obr. cit.,* pag. 253 e seg.

mais justificadas para a fórma externa, pela razão de que esta lei é, em geral, a mais competente e adequada para determinar as formalidades de que o acto deve ser revestido e que o tornam mais capaz de assegurar as respectivas garantias essenciaes.

Como nota o Dr. Teixeira d'Abreu, as fórmas externas do acto teem por fim assegurar a livre e sincera expressão da vontade das partes que nelle outorgam; estão por isso intimamente ligadas ás condições peculiares do país, á moralidade e ao caracter dos seus habitantes, devendo portanto variar dum para outro logar; fórmas que aqui offerecem plena garantia, serão além justamente consideradas inefficazes (1).

E' que, como diz Grasso, a fórma dos actos é connexa com a organisação judiciaria do país e com as instituições com ella relacionadas; ora, se ha leis que tenham profundamente impresso o caracter da territorialidade são decerto estas (2).

Depois das consideracões expostas, o fundamento que justifica a devolução da fórma á competencia legislativa da lei do logar onde o acto ou contracto é feito, parece-nos evidente. E' ahi que o acto surge com a efficacia juridica que a *lex loci actus* lhe attribue; é a sua lei, como a lei nacional é a do estado e capacidade das partes. Surge valido, porque essa lei assim o considera. Tem a extensão e produz os effeitos que a vontade das partes e a lei do logar lhe attribuem. É, emfim, a lei do logar que lhe dá a vida juridica, que o completa, que o esclarece, que o acompanha em todo o seu movimento economico e juridico (3). Deve, pois, ser a mesma lei que o organise na sua constituição externa.

Mas qual é e deve ser a amplitude ou a extensão da regra *locus regit actum?*

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, cit. *Relações civis internacionaes,* pag 78.
(2) Grasso, *Principii di diritto internazionale,* pag. 274.
(3) Bolaffio, pag 735.

Comprehenderá ella só os actos de fórma authentica, que são feitos por official publico competente ou pelo menos com a sua intervenção? Ou comprehenderá tambem os actos para os quaes são sufficientes os documentos particulares?

Póde dizer-se que na doutrina, como na jurisprudencia do direito positivo, a regra é universalmente admittida mesmo para os actos celebrados por documento particular.

E esta é tambem a solução manifestamente adoptada pelas disposições do codigo commercial e do codigo civil, que formulam a regra em toda a sua generalidade, sem restricção alguma, que não seja a da parte final — « salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario ».

Assim, em toda a generalidade, é defendida a regra *locus regit actum* por quasi todos os internacionalistas (Laurent, Weiss, De Bar, etc.). O fundamento desta doutrina traduz-se na observação de que geralmente os documentos particulares não são feitos pelas proprias partes, e, quando o são, é por conselho de agentes de negocios, advogados, procuradores, notarios, etc., visto serem poucas as pessoas com conhecimentos juridicos bastantes para regularem por si só os negocios; ora, suppor que estas pessoas, a quem as partes se dirigem, teem conhecimento das leis estrangeiras que regem a fórma dos actos a fim de poderem esclarece-las é desconhecer a realidade das cousas (1).

Mas nós pensamos, pelo contrario, que para os documentos particulares não ha necessidade nem razão rigorosamente scientifica que justifique a applicação constante da regra *locus regit actum:* em primeiro logar, aquella observação não é geralmente exacta; quasi sempre as pessoas que na vida juridica internacional fazem contractos por documentos particulares

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit* pag 80 e 81.

são commerciantes ou individuos sufficientemente illustrados para prescindirem do conselho dos technicos em actos tam simples; em segundo logar, a razão justificativa da regra não a torna necessaria para os documentos particulares, que precisamente pela sua simplicidade e isenção de fórmulas publicas e solemnes não dependem essencialmente das instituições juridicas dum dado país, podendo egualmente celebrar-se em toda a parte do mundo; e emfim a imposição da regra aos proprios documentos particulares, precisamente porque nelles não intervem official publico, póde muitas vezes difficultar a efficacia juridica do acto, desde que os contrahentes não tenham o cuidado de observar as pequenas formalidades que as diversas leis prescrevem. Era sem duvida mais natural e logico deixar á vontade dos interessados a escolha da fórma dos actos de caracter particular, julgando-os validamente celebrados, quer o fossem pela lei do logar, quer pela da nacionalidade ou do domicilio dalgum delles, quer ainda pela do logar onde o acto haja de produzir algum effeito (1).

Mas, como dissemos, é certo que o nosso codigo seguiu a corrente geral.

Tomada, porém, em toda a sua generalidade, muitos jurisconsultos recusam-se a acceita-la dum modo absoluto a respeito dos actos que na jurisprudencia classica são conhecidos pelo nome de *solemnes.*

O problema é geralmente posto nestes termos: para determinar se um dado acto deve ou não ser feito com certas solemnidades, deverá attender-se á lei do logar onde é celebrado ou antes á daquella onde tem de ser executado?

Mais concretamente, e com applicação ao nosso país, a duvida é a seguinte: a fórma dos actos que segundo a nossa legislação carecem de certas formali-

(1) No sentido da nossa opinião póde ver-se a interessante monographia de Duguit — *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils* pag. 32 e seg.

dades poderão ser praticados sem ellas no estrangeiro, ainda que hajam de produzir effeitos em Portugal, se a legislação do país em que forem celebrados as não exigir?

Entre os jurisconsultos ha uma corrente que restringe a applicação da regra *locus regit actum* á fórma das solemnidades do acto, sujeitando, porém, a determinação destas solemnidades á lei do logar onde o acto ha de produzir seus effeitos (LAURENT, DURANTON, ALBÉRIC ROLIN, e outros) (1).

Estes auctores fundam-se principalmente no absurdo juridico que resultaria da applicação da regra aos actos que são *solemnes* nuns paises mas não em outros.

Actos *solemnes* são aquelles cuja existencia e validade dependem essencialmente de serem praticados com certas formalidades, distinguindo-se dos *não solemnes,* porque estes, embora careçam tambem de formalidades, estas só servem para a sua prova, e não affectam a sua validade. E' a classica distincção das formalidades *ad solemnitatem* vel *ad substantiam* e *ad probationem* (2).

Segundo a doutrina daquelles escriptores, seria absurdo applicar sem restricções a regra á determinação dos actos solemnes, porque se poderiam assim facilmente illudir e defraudar as leis que impõem certas solemnidades para a validade dalguns actos, e que são de ordem publica. Bastaria que os individuos naciones ou habitantes do país, não querendo sujeitar-se aos rigores da legislação deste, para celebrarem um certo acto, se transportassem a um outro país onde taes solemnidades fossem dispensadas.

Demais, accrescentam, se as fórmas solemnes são condições essenciaes á validade dum certo acto, num dado país, como ha de afinal admittir-se neste mesmo

(1) LAURENT, *Principes de droit civil,* vol 1.°, pag. 155 e 156; *Droit civil international,* vol 2.°, pag 433-444; DURANTON, *Cours de droit civil,* vol. 1.°, n.° 91; ALBÉRIC ROLIN, vol. 1.°, n.° 190.

(2) Veja o nosso *Tratado das sociedades commerciaes,* vol. 2.°, n.° 1.

país a validade do acto em que ellas não foram observadas?

E' facil de ver comtudo que esta doutrina restrictiva da regra *locus regit actum* não tem justificação verdadeiramente juridica.

O direito moderno vae abandonando a velha distincção classica das formalidades *ad substantiam* e *ad probationem.*

Hoje o direito formulario não impõe formalidades sacramentaes por simples motivo de solemnidade apparatosa.

As condições de fórma são determinadas apenas como funcção de garantia da vida juridica dos actos e contractos, como meios de authenticar e assegurar a sua prova, para se obter com certeza juridica o seu cumprimento.

Ainda que as condições de fórma são num certo sentido de interesse e ordem publica, não se trata, como já observamos, da ordem publica do país onde o acto se executa, mas sim da do país onde é celebrado, porque é neste que mais propriamente se podem determinar as condições necessarias e sufficientes para assegurar a livre e exacta expressão do consentimento das partes.

E, finalmente, embora as formalidades se considerem essenciaes á validade dos actos, deve applicar-se a regra *locus regit actum,* pela mesma razão que se applica á substancia dos mesmos, que principalmente traduz as condições fundamentaes da sua existencia e validade.

O unico argumento com apparencias de rigor juridico em que se funda a doutrina contraria é a possibilidade, ou mesmo facilidade, em que ficam os cidadãos dum dado país, de illudir as cautelas da sua lei nacional, indo contractar ao estrangeiro.

Mas dizemos « com apparencias », porque no fundo o argumento não tem valor. Pois que importa, na verdade, que, por exemplo, dois portugueses

de proposito ao estrangeiro para praticar um certo acto, afim de o sujeitarem a formalidades menos rigorosas?

Não é mesmo provavel que tal aconteça, porque os incommodos de semelhante viagem são certamente bem mais graves do que o excesso das formalidades exigidas pela lei nacional.

Reputamos por isso pueril, ou pelo menos de mera subtileza, a questão apresentada por alguns internacionalistas, como LAURENT, sobre a validade ou nullidade do acto feito por um individuo duma nação que propositadamente vae a um país estrangeiro para illudir a sua lei nacional e evitar as formalidades por ella impostas. E pela mesma razão reputamos antijuridica a solução da nullidade.

E' de accordo com a doutrina exposta que evidentemente a nossa lei consigna a regra *locus regit actum* em toda a sua generalidade, sem admittir mesmo a excepção da ordem publica, feita pelo § unico ao n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial.

Portanto, segundo esta regra, os actos praticados no estrangeiro, quer por estrangeiros, quer por portugueses, são validos e reconhecidos em Portugal, desde que satisfaçam ás condições de fórma da lei do país onde são celebrados, ainda que, segundo a lei portuguesa, e em Portugal, devam ser feitos segundo outras formalidades.

O exemplo mais caracteristico do conceito absoluto de generalidade da regra *locus regit actum* encontra-se no art. 1085.º do nosso codigo civil, a respeito do casamento celebrado em país estrangeiro.

Para determinar o mais approximadamente possivel a extensão ou o alcance desta regra, importa ainda fixar bem a especie das formalidades externas a que ella se applica.

Na doutrina das formalidades distinguem-se geralmente quatro categorias: a) *extrinsecas,* as fórmas materiaes que teem de cumprir-se na celebração do

acto, quer para assegurar a livre e reflectida manifestação da vontade das partes *(instrumentarias),* quer para garantir a sua prova *(probatorias);* b) *intrinsecas, internas* ou *visceraes,* as que constituem a propria substancia do acto (consentimento, objecto, direitos e obrigações constitutivas do mesmo acto); c) *habilitantes,* as que tornam capazes de praticar certos actos pessoas, que, pelo seu estado, não teem essa capacidade (auctorisação paternal, marital, tutelar, etc.); d) *executorias,* as que teem de praticar-se na execução do acto (como, por ex., as fórmas de processo) (1).

Ora, destas formalidades só são da fórma externa as extrinsecas e as executorias, pois que as habilitantes, dizendo respeito á capacidade, pertencem ás intrinsecas, e são reguladas pela lei nacional (cod. com., art. 12.º).

Por seu lado, as executorias, pertencendo ao modo de cumprimento, são reguladas pela *lex loci executionis* (art. 4.º, n.º 2.º).

Mas a regra applica-se egualmente, no systema do nosso codigo *(lex loci actus),* ás formalidades intrinsecas, nos termos do n.º 1.º do art. 4.º.

Mas ha muitos actos que teem de sujeitar-se, além das formalidades extrinsecas da sua celebração, a outras que teem de praticar-se posteriormente no interesse geral dos terceiros, como são o registo e outros meios de publicidade, e que são decerto formalidades externas.

Regular-se-hão tambem estas formalidades pela lei do logar onde o acto é feito, ou terão de subordinar-se á lei do logar onde haja de produzir seus effeitos?

Os auctores são unanimes em as sujeitar á lei do logar dos effeitos do acto. E assim deve ser, porque essas formalidades ordenadas para garantir os legitimos interesses dos terceiros, não poderiam deixar de se cumprir no país onde são obrigatorias, sob pena

(1) ALBÉRIC ROLIN, n.os 172 e 174; WEISS, pag. 251, e nota.

de se tornar completamente illusoria a cautela da lei, com grave risco para a ordem juridica nacional. De mais a mais, estas formalidades não fazem parte da fórma externa do proprio acto, mas só devem ser observadas posteriormente á sua celebração para que elle possa juridicamente produzir effeitos em relação a terceiros.

Por isso, com razão, já nos congressos de direito internacional, sobretudo a proposito dos actos das sociedades commerciaes, se tem concordado em sujeitar o registo e a publicação á lei do logar onde estes actos forem exigidos (1).

O nosso codigo não é expresso sobre o alcance da regra a respeito destas formalidades; mas em vista da unanimidade da doutrina e da jurisprudencia internacional, deve entender-se a generalidade do n.º 3.º do art. 4.º restricta ás formalidades externas necessarias no momento da celebração do acto.

Examinada a generalidade da regra *locus regit actum,* pergunta-se: ella deveria ser consignada na lei como preceito imperativo e obrigatorio, ou simplesmente com caracter facultativo, deixando ás partes a liberdade de seguir a lei nacional de qualquer dellas, ou de todas, a lei do seu domicilio, ou ainda a do logar onde o acto deva executar-se?

A regra *locus regit actum* parece ter apparecido apenas com caracter facultativo como uma especie de revolta contra o principio da stricta territorialidade dos estatutos ou dos costumes. Mas modernamente ella é defendida e applicada, em quasi toda a parte e por quasi todos os auctores, como um preceito obrigatorio (2).

E' certo, porém, que o fundamento da regra não a justifica, com este caracter, senão para os actos que teem de celebrar-se por fórma publica e authentica.

(1) Cfr. nosso *Tratado das sociedades commerciaes,* vol. 2.º, n.ºs 9, 10 e 11.

(2) Buzzati, *obr. cit.,* pag. 152 e seg.; Laurent, vol. 2.º, pag 245 e seg.

Para os actos de caracter particular, em que não ha necessidade de intervenção de official publico, seria mais razoavel deixar a escolha da fórma externa á legitima autonomia da vontade das partes.

E' demasiado rigoroso e arbitrario não reconhecer a validade dum documento assignado por um individuo, pela simples razão de que elle não é feito de harmonia com todas as prescripções da lei do logar, embora satisfaça ás da sua lei nacional ou do seu domicilio.

Por isso entendemos que, pelo menos em relação aos documentos particulares, a regra devia ser de caracter meramente facultativo.

E mais razoavel nos parece tambem que mesmo dum modo geral a regra devia ser facultativa sempre que as partes pudessem praticar os seus actos conformemente á lei que preferissem.

Neste sentido se teem recentemente pronunciado alguns dos mais notaveis internacionalistas (Weiss, Despagnet, De Bar, Lomonaco e outros) (1).

Mas o certo é que a nossa lei consagrou a corrente geral do caracter imperativo e obrigatorio da regra, salvando comtudo os casos em que a lei ordenar o contrario.

Nos termos da parte final do n.º 3.º do art. 4.º, esta regra não tem applicação nos casos especiaes em que a lei regule por outra fórma Destes casos regulados por outra fórma são exemplos frisantes os artt. 110.º, 490.º, § 2.º, 516.º, §§ 2.º e 3.º e 591.º, §§ 1.º e 2.º, do codigo commercial.

Era mesmo desnecessaria aquella declaração da parte final do n.º 3.º do art. 4.º, porque os casos especialmente regulados por disposição da lei são sempre exceptuados das regras geraes.

Além disto, tambem os tratados internacionaes (art. 6.º) podem regular diversamente a fórma externa

(1) Albéric Rolin, n.º 180; Eduardo Saldanha, pag. 190 e 191.

dos actos em que interveem cidadãos dos Estados contractantes, como acontece, por exemplo, com o tratado de Portugal com a França, de 11 de julho de 1866 (1).

92. Lei reguladora das successões.—A evolução do direito internacional, em materia de successão, tem-se realisado no sentido de se estabelecer os seguintes principios fundamentaes:

a) egualdade entre nacionaes e estrangeiros pelo que respeita ao gozo do direito de transmittir e adquirir por meio de successão;

b) adopção de uma lei unica para regular a transmissão integral da herança, quer os bens sejam moveis, quer sejam immoveis, e qualquer que seja o logar da sua situação;

c) applicação da mesma lei á successão legitima e á testamentaria; e

(1) Assim, dispõe-se neste tratado, art. 7.º:

« Os consules geraes, consules e vice-consules ou agentes consulares dos dois paises ou seus chancelleres poderão receber na sua chancellaria, no domicilio das partes ou a bordo dos navios, as declarações e outros actos que os capitães, equipagens, passageiros, negociantes ou cidadãos da sua nação quizerem ahi celebrar, e até os seus testamentos e disposições de ultima vontade e todos os outros actos de notario, inclusivè os contractos de qualquer especie. Estes actos serão redigidos pelas fórmas requeridas pelas leis do Estado, salvo o cumprimento de todas as formalidades exigidas pelas leis do país em que o acto deve receber execução.

« Se o acto tem por objecto uma constituição de hypotheca ou uma outra qualquer transacção sobre immoveis situados no país em que o consul reside, deverá ser celebrado segundo as fórmas requeridas e e segundo as disposições especiaes desse mesmo país.

« As expedições dos actos, legalisados pelos consules, vice-consules ou agentes consulares e munidas do sinete especial do seu consulado, farão fé tanto em justiça como fóra della, perante todos os tribunaes, juizes e auctoridades de França e Portugal nas mesmas condições que os originaes, e terão respectivamente a mesma força e valor que teriam se os actos houvessem sido celebrados perante notarios, escrivães ou outros officiaes publicos do país ». Cfr. DURAND, *Essai de droit international prive*, pag. 714 e seg.

Para maior desenvolvimento no estudo da regra *locus regit actum* póde vêr-se o artigo do Dr. ALBERTO DOS REIS — *Fórma externa dos actos no direito internacional*, nos *Estudos Juridicos*, 1, pag. 36 e segs.

d) escolha da lei pessoal do auctor da herança, considerando-se como mais competente a lei da sua nacionalidade.

E' a doutrina que tem sido expressamente consignada pelos codigos modernos, designadamente o italiano (art. 8.º das disposições preliminares), o hespanhol (art. 10.º) e o allemão (artt. 24.º e 25.º da lei de introducção).

Assim se exprime o codigo italiano, que foi o primeiro a consagrar legislativamente aquella doutrina, no citado art. 8.º: « As successões legitimas e testamentarias, seja quanto á ordem de succeder, seja ácerca da medida dos direitos successorios, e da intrinseca validade das disposições, são reguladas pela lei nacional da pessoa de cuja herança se trata, de qualquer natureza que sejam os bens e em qualquer país que se encontrem. »

Esta é, com effeito, a doutrina que se impõe, em face dos principios juridicos applicaveis na materia.

O direito successorio é uma emanação da propria personalidade ou do poder juridico do auctor da herança, e por isso deve ser regulado, na sua existencia e no seu modo de ser, pela sua lei pessoal.

A successão legitima, especialmente a legitimaria ou *forçada*, é uma consequencia do estado de familia, e por isso deve indiscutivelmente regular-se pela lei pessoal.

E do mesmo modo a successão testamentaria, em tudo o que não fôr determinado na disposição da ultima vontade do testador, porque é legitima a presumpção de que elle quiz referir-se á sua lei pessoal.

O velho principio « *tot haereditates quot territoria* », applicavel á successão dos immoveis, devia justamente ser banido da legislação, não só pelas graves complicações e incongruencias a que dava logar, mas ainda porque muitas vezes contrariava a vontade do auctor da herança.

Mas será esta a doutrina legal no direito português?

Nem o codigo civil, nem qualquer outra lei, tem disposição reguladora da successão em direito internacional.

Trata-se, pois, de um caso omisso, que, nos termos do art. 16.°, na falta de disposição reguladora de um caso analogo, deverá ser regulado pelos principios do direito natural.

Esta simples consideração é bastante para nos convencer de que tambem entre nós se devem applicar os mesmos principios ao direito successorio internacional, como sendo fundados precisamente no direito natural scientifico.

Esta é tambem a doutrina sustentada pelos nossos melhores escriptores, como os Drs. Dias Ferreira, Villela e Alberto dos Reis, embora por uns e outros fundada em razões diversas.

E' assim que o Dr. Dias Ferreira chega a esta conclusão, por integrar o direito successorio na materia da capacidade civil (1); emquanto que os Drs. Reis e Villelà se fundam no conjuncto de principios que constituem o direito privado internacional (2).

Mas por isso mesmo que a doutrina da lei nacional do auctor da herança resulta da applicação dos principios fundamentaes do direito internacional, dado o silencio da nossa lei em materia de successão, é natural tambem que a mesma doutrina soffra as restricções que em direito internacional é costume impôr aos mesmos principios fundamentaes.

E uma das restricções geralmente estabelecidas é a dos principios ou leis de interesse e ordem publica, que faz prevalecer sempre a lei territorial contra a lei estrangeira.

E assim é discutivel se o testamento de um inglês ou americano, em que são desherdados os descendentes ou ascendentes, sem causa justificada, como é permittido pela sua lei pessoal, deverá ser respeitado pelos tribunaes portugueses, havendo de produzir effeitos em Portugal, visto que o direito á *legitima* póde e deve ser considerado como de interesse e ordem publica.

(1) Dr. Dias Ferreira, I, pag 54.
(2) Dr. Alberto dos Reis, *Das successões no direito internacional privado*, pag. 92 e seg.; Dr. Villela, pag. 850 e seg.

O principio da ordem publica internacional, sendo expressamente consignado no codigo de processo civil (art. 1088.°, n.° 5.°) e no codigo commercial (§ unico do art. 4.° e art. 12.°), deve prevalecer tambem em direito civil.

Por outro lado, tambem o principio geral da lei pessoal soffre a restricção do principio da *autonomia da vontade*, pois que em testamento só se applica na parte que não tiver sido legitimamente regulada e determinada pelo testador.

Emfim, exceptua-se tambem a fórma externa do testamento, que, nos termos do art. 24.°, e em harmonia com os artt. 1961.° a 1965.°, é regulada pela *lex loci*.

93. A theoria da devolução. — Como temos visto, muitas vezes a lei de um país manda applicar as disposições de lei de outro país.

Mas quaes são as disposições da lei desse país que devem applicar-se — as disposições do seu direito interno (as disposições *materiaes* do seu direito, dizem outros), ou as disposições do seu direito internacional?

A primeira solução constitue a doutrina tradicional e classica; mas ultimamente, diz o Dr. Alberto dos Reis, tem-se accentuado dum modo sensivel um movimento favoravel á segunda, movimento conhecido pela denominação de theoria *du renvoi, del rinvio, der Rück und Weiterveiweisung*, e que nós designamos pela expressão — *theoria da devolução*.

Buzzati e Lainé formulam a theoria do seguinte modo: « *a lei estrangeira que a lex fori declara appli-*

cavel para reger uma relação juridica dada, não é a disposição estrangeira de direito civil, mas a disposição estrangeira de direito internacional privado, correspondente á disposição de direito internacional privado da lex fori (1).

Para se ver bem o alcance pratico da theoria, supponha-se que um americano, residindo e tendo bens em Portugal, faz testamento desherdando os seus filhos, como lhe é permittido pela sua lei nacional, sendo certo, por outro lado, que segundo o direito internacional dos Estados-Unidos a successão deve regular-se pela lei do domicilio do auctor da herança.

A theoria da devolução, applicada a este caso, invalida aquelle testamento.

A theoria não se restringe ao direito successorio, mas refere-se principalmente ás leis pessoaes.

Tendo já a seu favor uma jurisprudencia importante e a acceitação de muitos dos mais notaveis internacionalistas (Von Bar, Brocher, Fiore, Neuman, Rolin, Weiss, etc.), teve tambem já a sua consagração legislativa em alguns cantões suissos, sendo tambem adoptada pelo codigo allemão (art. 27.º da lei de introducção).

Tambem a conferencia de Haya a sanccionou em materia de casamento.

Apezar de tantas consagrações, o systema da devolução tem sido modernamente combatido e criticado com grande força e vehemencia (Bartin, Buzzati, Catellani, etc., e entre nós Drs. Reis e Villela).

Em favor da devolução, diz-se:

a) respeita-se a vontade do legislador local, porque mandando applicar a lei estrangeira, refere-se a todas as disposições dessa lei, sem distinguir entre as de direito interno e as de direito internacional;

b) assegura-se a execução extraterritorial das sentenças, porque, cumprindo o juiz os preceitos da lei

(1) Dr. Alberto dos Reis, pag. 128 e 129.

nacional das partes, terá a sentença mais probabilidade de execução, sem necessidade de novos processos para se applicar esses preceitos;

c) obtem-se assim uniformidade de julgados nos dois paises entre os quaes se dá a devolução; e

d) finalmente, respeita-se tambem a vontade do legislador do Estado a que pertence o estrangeiro, que é o unico competente para fixar as leis de protecção pessoal dos seus cidadãos.

Mas em contrario allega-se:

a) quando o legislador de um pais remette para uma lei estrangeira, não é para que se venha a applicar a sua lei nacional, mas sim para que se appliquem as disposições da lei estrangeira diversas das suas, por entender que essas regulam melhor a situação dos estrangeiros;

b) a maior segurança na execução da sentença, que applicou a lei estrangeira pelo systema da devolução, não tem realidade desde que ella haja de executar-se em qualquer outro país;

c) a uniformidade de julgados nos dois paises, entre os quaes se dá a devolução, é meramente illusoria, porque devendo os juizes de ambos os paises regular-se pelo mesmo criterio, subsiste sempre o conflicto entre as duas leis, e a devolução transforma-se num circulo vicioso, do qual se não póde sahir; e

d) finalmente, não tem valor o argumento que manda respeitar a vontade do legislador do Estado a que pertence o estrangeiro, porque o julgador de cada Estado só tem que respeitar as disposições das suas proprias leis (1).

Confrontando as considerações invocadas *pro* e *contra* a devolução, parece-nos que prevalecem as que defendem este systema.

(1) Dr. Alberto dos Reis, pag. 133 e segs.; Dr. Villela, pag. 861 e 862.

94. A acção judiciaria entre nacionaes e estrangeiros. — As condições em que nos tribunaes portugueses podem ser accionados ou demandados portugueses e estrangeiros, por obrigações contrahidas no reino ou fóra delle, são determinadas pelo codigo civil, nos artt. 25.º, 28.º, 29.º e 30.º, pelo codigo de processo civil, no art. 20.º, pelo codigo commercial, no art. 5.º, e pelo codigo de processo commercial, que no art. 7.º reproduziu o referido art. 5.º.

O codigo civil dispõe:

« *Art. 25.º Os portuguezes, que contrahem obrigações em paiz estrangeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionaes, ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se n'elle tiverem domicilio.* »

« *Art. 28.º Os estrangeiros, sendo encontrados n'este reino, podem ser demandados perante as justiças portuguezas, pelas obrigações contrahidas em paiz estrangeiro.* »

« *Art. 29.º Os estrangeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas, por obrigações contrahidas no reino, se n'elle forem encontrados.* »

« *Art. 30.º O disposto nos dois artigos precedentes deve entender-se sem prejuizo do que fica ordenado na ultima parte do art. 26.º* »

O codigo de processo civil dispõe no art. 20.º:

« *O portuguez ou estrangeiro, que tiver domicilio fóra do reino, póde ser demandado perante as justiças portuguezas do logar onde fôr encontrado, fundando-se a causa em obrigação por elle contrahida no reino, ou com portuguez em paiz estrangeiro.* »

O codigo commercial, no art. 5.º, e o de processo commercial, no art. 7.º, dispõem:

« *Os portuguezes que, entre si ou com estrangeiros, contrahirem obrigações commerciaes fóra do reino, e os estrangeiros que, entre si ou com portuguezes no reino*

as contrahirem, podem ser demandados perante os competentes tribunaes do reino pelos nacionaes ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se n'elle tiverem domicilio ou forem encontrados. »

A acção judiciaria internacional entre nacionaes e estrangeiros póde abranger as seguintes hypotheses:

a) português contra português
b) português contra estrangeiro
c) estrangeiro contra português
d) estrangeiro contra estrangeiro

} por obrigações contrahidas fóra do reino.

e) português contra estrangeiro
f) estrangeiro contra português
g) estrangeiro contra estrangeiro

} por obrigações contrahidas no reino.

Um simples confronto destas differentes hypotheses com a doutrina do art. 20.º do codigo de processo civil, applicavel em materia commercial (cod. de proc. com., art. 1.º), mostra claramente que todas ellas são por elle comprehendidas, excepto a hypothese d), que, com effeito, deve juridicamente ser excluida da esphera da acção judiciaria internacional.

Para que seria, pois, incluido no codigo commercial o art. 5.º?

Reparando em que este diz « *fóra do reino* », em vez de « *país estrangeiro* », como se exprimem os codigos civil e de processo civil, conclue-se naturalmente que foi para abranger a acção judiciaria por obrigações contrahidas no alto mar (1).

Mas, com esta modificação, comprehenderá o art. 5.º do codigo commercial todas aquellas seis hypotheses, que manifestamente são abrangidas no art. 20.º do codigo de processo civil?

(1) Com effeito, ao tempo da elaboração do codigo commercial duvidava-se se, em face dos codigos civil e de processo civil, os tribunaes portugueses eram competentes para conhecer da acção judiciaria entre nacionaes e estrangeiros por obrigações contrahidas no alto mar, que, por não ser de aguas territoriaes, não faz parte de país algum. Veja-se a este respeito a questão do abalroamento do *City of Meca* com o *Insulano*, nas *Primeiras explicações ao codigo commercial português*, do Dr. ALVES DE SÁ, a pag. 320 a 335.

Se attendermos só á lettra do art. 5.º, vê-se que elle só comprehende as hypotheses a), c), e) e g). E assim, a acção judiciaria commercial entre nacionaes e estrangeiros seria mais restricta do que a acção judiciaria civil.

Este simples facto, que é um contrasenso juridico, por ser contrario ao espirito evidente de generalisação do direito mercantil, é bastante para nos advertir de que a interpretação litteral do art. 5.º não deve ser admittida.

O intuito do legislador foi certamente synthetisar, e mesmo generalisar, o principio da acção judiciaria internacional consignado nos referidos artigos dos codigos civil e de processo civil. Pelo menos, o art. 20.º do codigo de processo civil não póde deixar de ter applicação em materia de commercio, por força do disposto no art. 1.º do codigo de processo commercial.

Era um absurdo injustificavel, que não é licito presumir-se na mente do legislador, admittir que os tribunaes portugueses são competentes para conhecer duma acção entre um nacional e um estrangeiro, por obrigações contrahidas fóra do reino, quando o nacional fôr *réu,* mas que o não são quando fôr *auctor,* e viceversa, por obrigações contrahidas no reino.

O que a lei não admitte é acção entre estrangeiros por obrigações contrahidas fóra do reino. E este pensamento foi bem expresso e justificado no seio da commissão de legislação commercial da camara dos deputados (1).

(1) « O Dr. G. PEDROSA levanta a duvida sobre o caso de dois estrangeiros fóra do reino estabelecerem por convenção fôro em Portugal, não tendo aqui domicilio, nem sendo encontrados, ou achando-se em alguma destas circunstancias, mas não havendo estipulado fôro, e sobre o ponto discorreram os Drs. DIAS FERREIRA, BRANDÃO, BARBOSA MAGALÃES, LARANJO, relator e ministro, approvando-se afinal o artigo sem additamento, por se julgar que para o primeiro caso seria desnecessario porque bastava a convenção, e para o segundo por ser perigoso e contrario o alargamento obrigatorio da jurisdicção dos nossos tribunaes, o que poderia occasionar conflictos, vista a discordancia em que ficaria com os principios de direito internacional ». Veja as *Actas da commissão,* pag. 3.

E' que a competencia dos tribunaes relativamente a obrigação entre nacionaes e estrangeiros justifica-se bem pela nacionalidade de todas ou de algumas das partes, quando são contrahidas fóra do reino, e pelo principio da soberania territorial, quando são contrahidas no reino.

Mas nenhum destes principios a justifica sobre obrigações entre estrangeiros, quando contrahidas fóra do país.

Note-se finalmente que nos termos dos artt. 20.º e 16.º do codigo de processo civil, e 5.º do codigo commercial, o tribunal de commercio competente é o do domicilio do réu, e, na falta de domicilio, o do logar onde elle fôr encontrado. São por consequencia condições necessarias para se propôr a acção: ou que o réu, português ou estrangeiro, tenha domicilio no reino; ou, não o tendo, que nelle seja encontrado.

A lei determina as condições em que os tribunaes portugueses competentes podem conhecer das acções commerciaes entre nacionaes e estrangeiros. Mas não declara expressamente qual deva ser a lei applicavel para se determinar essa competencia e a fórma de processo que deve seguir-se nas differentes acções.

No art. 10.º das suas disposições preliminares, o codigo civil italiano, que nesta materia foi fonte directa do nosso codigo commercial, manda expressamente regular a competencia e as fórmas de processo pela lei do logar onde se proseguir o pleito. E a mesma doutrina foi manifestamente adoptada no art. 58.º do codigo commercial italiano, tambem fonte directa do nosso.

E assim deve ser, porque as leis determinadoras da competencia e da fórma do processo judicial, sendo de interesse e ordem publica, não podem, perante os bons principios do direito internacional, ser alteradas nem pela vontade das partes nem pela lei estrangeira, salvo nos casos especiaes em que a mesma lei nacional expressamente o auctorisa.

Mas, dada a omissão, pelo menos apparente, da lei portuguesa sobre esta materia, poderá admittir-se que a determinação da competencia e das fórmas de processo, na acção judiciaria internacional perante os tribunaes portugueses, se faça por uma fórma ou lei differente da nacional?

Parece-nos evidente que não. Admittindo mesmo que o codigo fosse omisso a este respeito, deveria entender-se a omissão no sentido de que o legislador português, se não exarou expressamente aquelle preceito do artigo 10.º das disposições preliminares do codigo civil italiano, é porque o julgou incluido nas regras geraes do direito internacional, universalmente admittidas.

Mas a esta consideração accresce ainda a circumstancia de que o nosso codigo commercial não é realmente omisso nesta materia. Com effeito, a competencia e as fórmas do processo fazem necessariamente parte do *modo de cumprimento* das obrigações, que nos termos do n.º 2.º do art. 4.º se regula pela lei do logar onde se realisa.

É, pois, nos termos dos codigos de processo commercial e civil portugueses que tem de determinar-se a competencia e as fórmas de processo para as acções entre nacionaes e estrangeiros instauradas perante os nossos tribunaes. Dahi resulta, entre outras consequencias, que o preceito de competencia do art. 5.º do codigo commercial é facultativo e não obrigatorio, no sentido de que as partes podem livremente escolher o fôro perante o qual deverão ser compellidas ao cumprimento de seus contractos e obrigações (codigo de processo civil, art. 21.º n.º 1.º e codigo de processo commercial, art. 1.º) — *forum contractus, forum destinatae solutionis* (1).

Tambem o codigo não declara por que lei se devem determinar os meios de prova na acção judiciaria internacional.

(1) EDUARDO SALDANHA, pag. 201.

O referido art. 10.º das disposições preliminares do codigo civil italiano foi explicito, mandando regular os meios de prova das obrigações pelas leis do logar onde foram contrahidas.

E consignou assim a verdadeira doutrina, porque os meios de prova constituem essencialmente os elementos integradores da obrigação, destinados a demonstrar a sua existencia e a sua medida, quando uma ou outra é contestada. E' só accidentalmente que constituem formalidades do processo.

E como a existencia e a medida das obrigações fazem parte da sua substancia e effeitos, e se verificam precisamente pelos elementos constitutivos da fórma externa, é logico e rigorosamente juridico que se regulem tambem pela *lex loci actus* (1).

Tal é a doutrina já amplamente estabelecida pelo Instituto de Direito Internacional em 1877, que nas suas sessões de 10 e 11 de setembro, em Zurich, votou a seguinte regra: « *A admissibilidade dos meios de prova (documental, testemunhal, juramento, livros de commercio, etc.) e sua força probatoria serão determinadas pela lei do logar onde se passou o facto ou acto que se trata de provar. A mesma regra será applicada á capacidade das testemunhas, salvas as excepções que os Estados julgarem conveniente sanccionar por tratados* » (2).

E' de harmonia com estes principios geraes e com o n.º 1.º do art. 4.º do nosso codigo commercial que deve tambem entre nós regular-se a prova das obrigações.

Mas em contrario de doutrina que já entre nós tem sido ensinada, parece-nos inadmissivel, pelo menos, *de jure constituto*, a applicação da mesma regra á

(1) Esta é, com effeito, a doutrina geralmente acceite pelos internacionalistas — WEISS, pags. 808 e 810; LOMONACO, *Diritto civile internazionale*, pag. 244 e seg.; BOLAFFIO, *obr. cit.*, pag. 735 e 754; FIORI, *Diritto internazionale privato*, vol 1.º, n.º 191.

(2) EDUARDO SALDANHA, pag 202 e 203.

capacidade das testemunhas, defendida pelo instituto de Direito Internacional. Com effeito, já entre nós se ensinou, de harmonia com alguns internacionalistas, que perante os tribunaes portugueses podem ser admittidos como testemunhas, para prova de contractos e obrigações contrahidas fóra do reino, menores de quatorze annos, contra a prohibição do n.º 3.º do art. 2510.º do codigo civil, desde que pela lei do logar onde o acto foi praticado esses menores sejam admittidos a testemunhar (1).

Semelhante doutrina, enunciada assim em regra geral, é contraria ao principio que, tanto em direito civil como commercial, manda regular a capacidade das pessoas pela sua lei nacional. Nos tribunaes portugueses, em questões de direito civil ou commercial, o menor de quatorze annos só poderá ser testemunha, se fôr estrangeiro e se a sua legislação o permittir.

Só nestas restrictas condições é admissivel aquella doutrina; e ainda assim, é por virtude do principio regulador da capacidade, e não por effeito da regra que subordina os meios de prova á lei reguladora da obrigação.

Dos principios expostos sobre a condição juridica internacional dos actos e obrigações resulta evidentemente que os tribunaes portugueses, como em geral os tribunaes dos outros paises, teem de applicar muitas vezes disposições de leis estrangeiras.

E era certamente por isso que no projecto do codigo commercial se encontrava sob o n.º 4.º o seguinte artigo: « *A lei estrangeira será applicavel em questões commerciaes quando, nos termos d'este codigo, fôr a que deva regular no caso* ».

Foi, porém, este artigo supprimido pela commissão de legislação commercial da camara dos deputados.

Mas foi supprimido por ser julgado inutil e até perigoso, e não para se rejeitar a sua doutrina, o que

(1) Cit *Lições lytographadas de direito commercial*, de 1891-1892, pag. 191; LOMONACO, pag. 244 e seg.; MASSÈ, vol. 2.º, n.º 270.

seria absurdo e incompativel com os artt. 4.º, 12.º e outros do codigo (1).

É, pois, certo que nos tribunaes portugueses deverá applicar-se a lei estrangeira sempre que nos termos do codigo ella fôr applicavel, precisamente como declarava o supprimido art. 4.º do projecto. E tambem a esta applicação da lei estrangeira deve estender-se a regra do art. 97.º do codigo de processo civil, segundo o qual o juiz não póde abster-se de julgar sob pretexto de falta ou obscuridade das disposições legaes.

Mas sendo certo que os tribunaes portugueses muitas vezes teem de applicar o direito estrangeiro na acção judiciaria internacional, é necessario determinar os termos e condições em que os juizes devem reconhecer a sua existencia e fazer a devida applicação das suas disposições.

A verdadeira doutrina sobre a applicação do direito estrangeiro encontra-se exposta nos trabalhos de GOLDSCHMIDT, e foi integralmente adoptada por BAR, um dos mais notaveis escriptores do moderno direito internacional na Allemanha (2).

Segundo estes escriptores, a doutrina da applicação do direito estrangeiro nos tribunaes nacionaes reduz-se ás seguintes proposições:

a) o juiz deve applicar o direito estrangeiro mesmo sem reclamação da parte interessada, e mesmo sem necessidade da apresentação da lei estrangeira applicavel ao facto juridico controvertido;

(1) E' o que se vê clarissimamente pela respectiva passagem das actas da referida commissão, onde se diz o seguinte: « O Sr. DIAS FERREIRA propoz a eliminação porque ou a lei extranha está referida no codigo e é inutil o artigo, ou não está, e o artigo fica sendo de maior perigo. O Sr BRANDÃO sustenta a conservação do artigo, modificando-se a redacção. Posta a votos, foi approvada a eliminação ». *Actas cit.*, pag. 2 e 3.

(2) GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrecht*, vol 1.º, § 38 º, pag. 383-387; BAR, *Theorie und Praxis des internationalen privatrechts*, vol. 1.º, n.ºs 37 a 39, pag. 132-144

b) se o juiz não conhece perfeitamente a lei estrangeira applicavel, deve ordenar que a parte interessada prove a existencia da mesma;

c) a invocação da lei estrangeira applicavel é admissivel em qualquer estado do processo; e, assim, a violação da mesma, por falta ou errada applicação feita pelo juiz nacional, póde ser objecto do recurso de revista para o tribunal supremo;

d) se a disposição da lei estrangeira applicavel não se apresenta diversa da nacional, o juiz póde applicar esta presumindo-a concordante com aquella;

e) a prova da disposição de lei estrangeira, desconhecida do juiz, incumbe á parte que sustenta a diversidade da correlativa disposição do direito nacional.

Tambem esta doutrina é geralmente perfilhada pelos commercialistas italianos, e conforme com os principios do direito portuguès (1).

O direito estrangeiro que por disposição da lei nacional deve applicar-se a certos factos constitue verdadeiramente lei; e como tal, é da funcção do juiz applicá-lo mesmo *ex officio*. A lei estrangeira é em tal caso tam obrigatoria para o juiz como a propria lei nacional. A natureza do facto juridico determina a lei applicavel, e o juiz deve applica-la, quer seja nacional quer estrangeira, porque a sua obrigação é conformar-se com a lei; e de certo não se conformaria com ella, se decidisse uma controversia com a lei do proprio país, quando a lei nacional manda applicar o direito estrangeiro (2).

Mas comprehende-se bem que, não conhecendo o juiz a lei estrangeira invocada, ou sendo esta contestada, é á parte interessada que incumbe a prova da sua allegação, em harmonia com os principios geraes do direito e com a doutrina dos artt. 2405.º e 2406.º do nosso codigo civil.

(1) Sobre este importante problema póde vêr-se a obra citada de BOLAFFIO, pag. 754 e seg.

(2) LAURENT, *Droit civil international*, vol. 2.º, n.º 263.

95. Execução das sentenças de tribunaes estrangeiros. — O direito internacional reclama, não só, em muitas circumstancias, a applicação directa do direito estrangeiro, mas tambem, como complemento natural e logico, a sua applicação indirecta, ou seja, o reconhecimento das sentenças ou julgamentos proferidos pelos tribunaes estrangeiros.

Antigamente, como acontece ainda hoje em alguns paises mais atrazados no convivio da sociedade internacional, eram excluidas da vida juridica nacional as sentenças estrangeiras, sendo necessario que os interessados instaurassem um processo em cada país em que tivessem um mesmo direito a fazer cumprir.

O primeiro passo para o regimen da applicação extraterritorial das sentenças consistiu em se permittir ou recusar a execução de sentenças estrangeiras, conforme a vontade do poder executivo. Mas este systema representa ainda a negação do direito internacional.

O primeiro systema de direito internacional nesta materia consiste em reconhecer as sentenças estrangeiras, não como titulos executorios só de per si, mas como titulo ou meio de prova solemne da obrigação ou do direito, que nas mesmas se contém.

Quer dizer: o interessado tem de propor uma nova acção, mas é sufficiente para a sua prova a sentença estrangeira, desde que não seja invalidada por algum vicio fundamental, como a incompetencia do tribunal, existencia de algum erro de direito ou de processo, interesse do juiz que a pronunciou, opposição com a justiça natural, como, por exemplo, a condemnação do réo sem citação, etc.

Tal é o systema adoptado na Inglaterra, na Dinamarca, e nos Estados-Unidos.

Outro systema é o da reciprocidade, que consiste em cada país executar ou não uma sentença estran-

geira, nos mesmos termos adoptados no país onde esta foi proferida, em relação ás sentenças do primeiro.

Este systema da reciprocidade de facto tem sido muitas vezes organisado entre certos paises, por meio de tratados, recebendo então o nome de reciprocidade diplomatica.

O systema da reciprocidade tem sido adoptado principalmente nos paises da raça germanica, sendo por isso denominado *germanico* por alguns escriptores; mas é tambem ainda hoje adoptado por muitos outros paises, como a Hespanha, a Rumania, a Russia, varios cantões suissos, e muitos dos Estados americanos (Brazil, Bolivia, Equador, Mexico, Guatemala, e outros).

O systema da reciprocidade, representando já um progresso importante na evolução do principio da execução extraterritorial das sentenças, é comtudo muito imperfeito, porque traduz em ultima analyse uma disparidade de regimen juridico, dentro do mesmo país, que é inadmissivel.

O principio da unidade do direito, que deve presidir á organisação de cada instituto juridico levou naturalmente os jurisconsultos e legisladores a adoptar systemas mais precisos e definidos.

Estes systemas podem reduzir-se a um principio geral, que consiste em reconhecer força executoria ás sentenças estrangeiras, sendo revistas e confirmadas por um tribunal do país.

São tres estes systemas: o da revisão de merito em absoluto, a revisão de merito dum modo relativo, e o systema da revisão restricta a certos requisitos fundamentaes da justiça internacional, conhecido pelo nome de systema da delibação.

O primeiro systema consiste em rever integralmente, não só a sentença, mas toda a essencia do processo, de modo que a causa vem a ser de novo julgada, tendo o tribunal de apreciar todos os factos allegados e assistir a todo o desenvolvimento das

provas, para verificar se a sentença estrangeira fez uma recta applicação da lei.

Só depois desta verificação é que o tribunal revisor confere ou recusa o *exequatur*.

Este systema é inadmissivel, porque esta revisão equivale a uma nova acção, e no fundo é, por consequencia, a negação do proprio instituto da execução extraterritorial das sentenças.

Entretanto tem sido defendido por alguns escriptores modernos, como LACANTINERIE e DESPAGNET, e é ainda adoptado em França, na Belgica e em alguns cantões suissos.

Por isso, desde muito tempo os jurisconsultos o teem criticado, defendendo a revisão de merito só dum modo relativo.

Assim alguns, como FUSINATO e MARINO, só o admittem quando a sentença estrangeira applique uma lei nacional.

Outros escriptores só defendem a revisão de merito para as sentenças dos paises pouco civilisados.

Outros só defendem a revisão de merito para as sentenças proferidas contra nacionaes.

Mas estas restricções ao systema da revisão de merito em absoluto são ainda insufficientes para dar ao problema uma solução justa e positiva, em harmonia com os principios fundamentaes do direito internacional privado.

Por isso, a maior parte dos escriptores modernos (FIORI, DE ROSSI, WEISS, e, entre nós, Drs. TAVARES DE MEDEIROS, MONTENEGRO e MARNOCO E SOUZA) defendem o systema mais liberal, conhecido pelo nome de systema da delibação.

Segundo este systema, confere-se força executoria a todas as sentenças estrangeiras, mediante um juizo summario (juizo de delibação), por meio do qual se verifica se satisfazem a certos requisitos fundamentaes exigidos pelas condições da existencia da justiça internacional.

E assim, o juizo da delibação deve verificar a authenticidade da sentença, a competencia do tribunal que a proferiu, a citação das partes, o seu caracter de caso julgado e a sua não opposição com os principios ou leis de interesse e ordem publica.

Este systema foi inaugurado pela Italia, onde se encontra consignado no art. 941.º do codigo de processo civil. Era natural que assim fosse, porque a Italia representa, tanto na doutrina, como na legislação, o país mais avançado na marcha evolutiva do progresso juridico.

Da Italia passou o systema para outros países (Bulgaria, Republica Argentina, Portugal, etc.).

O nosso codigo civil dispõe no art. 31.º:

« As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portugueses, podem ser executadas perante os tribunaes portugueses, nos termos prescriptos no codigo do processo ».

Nos termos da redacção deste artigo não se encontra definido o systema de revisão adoptado.

Mas o art. 1088.º do codigo de processo civil mostra claramente que é o systema da delibação.

Com effeito, nos termos do § 1.º deste artigo, a revisão e confirmação da sentença estrangeira só póde ser impugnada pelos seguintes fundamentos:

a) duvida sobre a authenticidade do documento ou intelligencia da sentença;

b) não ter a sentença passado em julgado;

c) ser proferida por tribunal incompetente;

d) não terem sido as partes devidamente citadas, ou não se ter legalmente verificado a sua revelia quando deixassem de comparecer;

e) conter a sentença decisões contrarias aos principios de direito publico português, ou offensivas dos principios de ordem publica;

f) ser a sentença proferida contra algum subdito português, em opposição aos principios de direito

civil português, quando por este devesse ser resolvida a questão.

De resto, no processo da revisão não é admissivel producção de provas sobre o fundo da questão, como dispõe o § 2.º do referido art. 1088.º.

Qual será o alcance do art. 31.º do codigo civil, relativamente ás sentenças estrangeiras que, para terem força executoria, precisam de revisão nos termos do codigo do processo?

Uma interpretação, adstricta á letra do artigo, é que só abrange as sentenças, sobre direitos civis, *entre estrangeiros e portugueses*, excluindo, portanto, as sentenças entre estrangeiros ou entre portugueses.

Outra interpretação, tam forçada que traduz precisamente o contrario do que está na letra do artigo, é que abrange as sentenças só entre estrangeiros ou entre portugueses, excluindo as sentenças entre estrangeiros e portugueses (1).

Outra interpretação é que abrange as sentenças entre estrangeiros e portugueses, entre portugueses sómente, e exclue as sentenças entre estrangeiros (2).

Outra interpretação mais ampla é que abrange os tres grupos de sentenças (3).

Segundo outra interpretação demasiadamente liberal, o art. 31.º do codigo civil sujeita ao processo da revisão apenas as sentenças entre portugueses e estrangeiros, podendo as sentenças entre portugueses ou entre estrangeiros ser executadas sem a confirmação por aquelle processo, por força do preceito do art. 2430.º (4). Segundo esta interpretação, o art. 31.º não é senão uma excepção ao art. 2430.º, justificada

(1) *O Direito*, I, pag. 241 e 387.

(2) Accordam da Relação do Porto, de 5-III-1872, no *Direito*, IV, pag 303.

(3) *Gazeta dos Tribunaes*, de 1868-69, pag. 76; Dr. Dias Ferreira, I, pag. 59.

(4) Art. 2430.º « Os documentos authenticos passados em paiz estrangeiro, na conformidade da lei d'esse paiz, farão prova n'este reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos n'elle ».

pela necessidade de garantir os nacionaes contra qualquer injustiça que lhes possa ser feita por tribunaes estrangeiros, em acção com algum estrangeiro cidadão do país onde foi proferida a sentença (1).

Parece-nos que a verdadeira interpretação é a que abrange as tres categorias de sentenças.

Em contrario tem-se dito que a expressão *entre estrangeiros e portugueses*, empregada pelo codigo, nunca abrange as tres hypotheses, como se vê nos artt. 1065.°, 1066.°, 1106.° e 1107.° (2).

Mas a verdade é que naquelles artigos do codigo civil não se encontra a referida expressão do art. 31.°.

E se effectivamente a duvida é legitima perante a expressão « *entre estrangeiros e portugueses* », que parece restrictiva, essa duvida deve desapparecer perante o codigo de processo civil, que no art. 798.°, n.° 2.°, declara titulos exequiveis as sentenças passadas em julgado, sem restricção ás sentenças nacionaes. E o art. 805.° do mesmo codigo declara que as *sentenças proferidas pelos tribunaes estrangeiros*, sem fazer qualquer restricção, precisam de ser revistas e confirmadas por um tribunal de segunda instancia, para serem titulos exequiveis.

E' certo que o art. 1087.° do mesmo codigo, onde se começa a regular o processo da revisão, falla das sentenças *a que se refere o art. 31.° do codigo civil.*

Mas esta referencia do art. 1087.° do codigo do processo não deve ser sufficiente para interpretar restrictivamente a expressão « *entre portugueses e estrangeiros* » do art. 31.° do codigo civil, porque não deve ter sido esse o pensamento do auctor daquelle codigo.

De resto, a verdade é que a expressão « *entre estrangeiros e portugueses* », entendida á letra, ou

(1) *Gazeta dos Tribunaes*, de 1868-69, pag. 75.
(2) Dr. Marnoco e Souza, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, pag. 119.

interpretada logicamente, abrange tambem as hypotheses só entre estrangeiros ou só entre portugueses.

E poderão as sentenças estrangeiras produzir entre nós outros effeitos do caso julgado, alem dos da execução, sem necessidade da revisão e confirmação?

Já se sustentou que não, com o fundamento de que a soberania e a independencia do país não consentem que magistrados estrangeiros declarem a lei e o direito, que deve vigorar em Portugal (1).

E' certo, porém, que a revisão das sentenças estrangeiras só é necessaria para ellas poderem ser executadas judicialmente, nos termos dos artt. 798.° e seguintes do codigo de processo civil; e, por consequencia, para os outros effeitos do caso julgado, como titulo de prova, basta que a sentença se apresente devidamente legalisada, e acompanhada de documento egualmente legalisado, que prove ter passado em julgado.

E' o que resulta necessariamente do confronto dos artt. 31.° e 2430.° do codigo civil com os artt. 805.° e 1087.° do codigo do processo.

« Não se deve, comtudo, exagerar a efficacia extraterritorial do caso julgado, a ponto de sustentar que ella não possa ser impugnada com os mesmos motivos de opposição admittidos no juizo da delibação » (2).

Anteriormente ao codigo de processo commercial discutia-se se o processo da revisão tambem seria applicavel ás sentenças commerciaes.

Mas este codigo acabou com as duvidas, dispondo logo no art. 1.° que o processo commercial, em tudo o que no mesmo codigo não fôr prevenido, será regulado pelo codigo de processo civil.

(1) *Revista dos Tribunaes*, IX, pag 340.
(2) Dr. Marnoco e Souza, pag. 131.

TERCEIRA SECÇÃO

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO SUBJECTIVO

CAPITULO VII

NOÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS

96. Noção juridica das cousas — Cousas e bens. — A palavra *cousa* tem um significado usual e vulgar diverso do seu conceito juridico.

No sentido usual, a palavra *cousa* tem uma significação excessivamente generica, designando todos os objectos e todos os actos ou acontecimentos, ainda que nenhuma relação tenham com a vida juridica.

Num sentido mais restricto designa só os objectos materiaes ou corporeos.

O que nos importa, porém, são os significados juridicos, que são tres:

a) no sentido *lato,* ou mais geral, define o art. 369.º do codigo civil — « Cousa diz-se em direito tudo aquillo que carece de personalidade »;

b) no sentido *proprio* ou *technico,* é tudo o que, não tendo personalidade, póde ser objecto de direitos e obrigações;

c) no sentido *restricto,* significa apenas os objectos materiaes apropriaveis, em opposição aos *direitos* e ás cousas incorporeas.

O codigo define as *cousas* no sentido lato; mas geralmente emprega esta palavra no seu sentido proprio ou technico, o que bem se explica pela conside-

ração de que em direito as cousas só nos interessam pela utilidade que prestam ao homem, podendo ser objecto de seus direitos e obrigações.

Mas tambem, por vezes, como acontece na definição da *posse* (art. 474.º), emprega a palavra *cousa* no seu sentido mais restricto.

No sentido proprio a palavra *cousas* é synonima de *bens* (art. 377.º). Tambem COELHO DA ROCHA assim definia:

« Em sentido juridico dizem-se *cousas* ou *bens* tudo aquillo, ou todos aquelles entes que, servindo de utilidade aos homens, podem ser subjeitos ao seu poder, e portanto objecto de direitos » (1).

Em todo o caso deve notar-se que a palavra *bens* tem, por seu lado, dois significados diversos: como synonima de *cousas* no sentido juridico ou proprio, e, num sentido mais restricto, significando apenas as cousas que realmente estão no dominio, ou, pelo menos, na posse de alguem, constituindo o seu *patrimonio*.

« A ideia de *bens*, diz um escriptor, suppõe alguma cousa mais do que a ideia de *cousas:* aquella implica não sómente a existencia, mas o exercicio do poder do homem, o facto da posse. Dahi esta definição: a *cousa* é o que póde ser possuido; o *bem* o que é possuido. Ou, por outras palavras: a *cousa* é o objecto do direito *possivel;* o *bem* o objecto de um direito *existente* » (2).

Com effeito, a ideia de *bens* apparece geralmente conjuncta com a ideia de dominio.

Falla-se de *cousas publicas* e *cousas communs*, e de *bens nacionaes* e *municipaes*, para accentuar bem a differença importante entre as cousas do uso publico ou commum, e as que são de propriedade privada do Estado ou do Municipio, considerados como pessoas moraes ou juridicas.

(1) *Inst*, § 76.
(2) BERNARD, *Cours sommaire de droit civil*, I, pag. 466.

E, assim, como observa o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, a noção de *bens* póde encontrar-se em relações differentes com a das *cousas*.

Tomada esta palavra no sentido lato, constitue um *genero* do qual os *bens* são uma *especie*.

Considerada no sentido proprio, tem a mesma extensão da palavra *bens*, considerada esta no seu sentido amplo; mas é ainda um genero em relação a *bens*, entendida esta palavra no seu sentido restricto.

Tomada a palavra *cousas* no seu sentido mais restricto, é então mais extensiva a palavra *bens*, pois abrange tambem os direitos ou cousas incorporeas.

Em harmonia com a terminologia do codigo, empregaremos como synonimas as duas expressões (1).

97. Classificações doutrinaes e legaes das cousas. — Sendo diversa a natureza das differentes cousas, e diversas tambem as multiplas e variadas circunstancias em que ellas se podem encontrar, comprehende-se bem como deve correlativamente variar o seu regimen juridico.

Torna-se, pois, indispensavel classifica-las.

O codigo, nos artt. 370.º a 382.º, define os termos de tres classificações importantes:

a) Cousas *do commercio* e *fóra do commercio;*
b) Cousas *immoveis* e *moveis;*
c) Cousas *publicas, communs* e *particulares*.

Não quer, porém, isto dizer que a lei não admitta outras classificações.

E' certo que outras ha, tambem reconhecidas pelo codigo, embora nelle se não encontrem expressamente definidos os seus termos, porque o legislador entendeu ser preferivel confiar esse trabalho á doutrina e á jurisprudencia.

(1) Cfr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de Direito Civil*, 1898, pag. 17 a 22.

A estas classificações dá-se, por isso, o nome de *doutrinaes,* em opposição ás primeiras, que se chamam *legaes.*

As mais importantes das classificações doutrinaes são:

a) Cousas *corporeas* e *incorporeas;*
b) *Consumiveis* e *não-consumiveis;*
c) *Fungiveis* e *não-fungiveis;*
d) *Divisiveis* e *indivisiveis;*
e) *Principaes* e *accessorias;*
f) *Apropriadas* e *nullius.*

Na exposição de umas e outras limitamo-nos a resumir o magnifico estudo feito pelo Dr. TEIXEIRA D'ABREU nas citadas *Lições de Direito Civil.*

98. Cousas corporeas e incorporeas. — Esta distincção traduz a propria natureza das cousas, que, no seu sentido usual mais restricto, são apenas os objectos materiaes, mas que, no seu sentido mais geral, e ainda no seu significado proprio ou juridico, abrangem tambem os actos, factos ou acontecimentos que não teem uma existencia material.

Cousas corporeas são, pois, as que teem uma existencia material, podendo ser apprehendidas pela acção physiologica dos sentidos — *quae tangi possunt* — como o terreno, os edificios, o dinheiro, os generos alimenticios, os agentes naturaes, etc.

Incorporeas são os modos de ser abstractos e immateriaes das proprias cousas, ou sejam, as cousas que, não tendo uma existencia real, só existem nas concepções psychologicas do espirito humano — *solo juris intellectu existunt* — como são os diversos direitos fraccionarios em que se desdobra a propriedade plena ou perfeita (servidão, usufructo, etc.); e, em geral, os differentes direitos subjectivos.

O proprio direito de propriedade plena, como faculdade abstracta, é uma cousa *incorporea,* embora na

doutrina mais subtil do direito romano a concepção juridica das cousas *corporeas* se refira á propriedade plena ou perfeita.

Esta ideia accentua-se bem no uso ainda hoje dominante de designar pela propria *cousa* o direito de propriedade plena, que sobre ella se exerce, dizendo-se — *esta cousa pertence-me* — em vez de se dizer — *pertence-me a propriedade desta cousa.*

Mas esta distincção não tem alcance juridico apreciavel, porque, em verdade, as cousas só interessam ao direito por virtude dos direitos que sobre ellas se podem exercer.

99. Cousas consumiveis e não-consumiveis. — Tambem esta distincção se funda na propria natureza das cousas, sendo certo que umas, as *consumiveis,* com o primeiro uso que dellas se faz, deixam de poder continuar a prestar a mesma utilidade a que foram destinadas; quer dizer, são as que se consomem, *physica* ou *civilmente,* com o primeiro uso a que se destinam; pelo contrario, outras, as *não-consumiveis,* embora estejam sujeitas ás leis naturaes da sua destruição gradual, *não deixam de existir,* nem *physica* nem *civilmente,* com o primeiro uso que dellas se faz, como a mobilia, o vestuario, os livros, etc.

Pelo *consumo physico,* as cousas não deixam de existir absolutamente, mas transformam-se por tal fórma que perdem a sua propria individualidade e não podem já prestar a mesma utilidade, como acontece com os generos alimenticios, com as sementes, etc.

Pelo *consumo civil,* as cousas manteem a sua individualidade, mas perdem a possibilidade de continuar a prestar a mesma utilidade ao individuo que dellas se utilisou, como acontece com o dinheiro.

E' por isso que ao *consumo physico* se chama tambem *absoluto,* e *relativo* ao *consumo civil.*

100. Cousas fungiveis e não-fungiveis. Esta divisão é tam semelhante á anterior que muitos jurisconsultos e legisladores as teem confundido, parecendo que o nosso codigo incorre na mesma confusão, nos diversos artigos em que a ella se refere (artt. 765.°, 1259.°, 1260.°, 1506.°, 1507.°, 1633.°, 1637.°, 2209.°, 2221.° n.os 1.° e 2.°, etc.).

Cousas fungiveis são as que, por vontade expressa ou tacita das partes, podem ser substituidas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade — *quarum una alterius vice fungitur* (codigo civil, artt. 1507.° e 1636.°).

Cousas não-fungiveis são, pelo contrario, as que teem de ser substituidas ou restituidas *em especie*, isto é, as *mesmas e identicas*, não podendo ser substituidas por outras da mesma natureza.

Assim, por exemplo, se se empresta um livro, para que a pessoa que o pede o restitua depois de se servir delle, o livro é *não-fungivel*, e o contracto é o *commodato* (art. 1507.°); mas se a pessoa que o pediu póde dispôr delle como quizer, obrigando-se apenas a restituir outro exemplar da mesma edição, o livro é *fungivel*, e o contracto é de *mutuo* (art. 1507.°, *in fine*).

O mesmo é de dizer a respeito do emprestimo de dinheiro em certa moeda.

Por consequencia, é certo que a mesma cousa, por sua natureza *consumivel*, póde ser *fungivel* ou *não-fungivel*, conforme a vontade das partes.

E o mesmo acontece com uma cousa *não-consumivel*, como mostra o exemplo do livro.

E' porque, emquanto que a distincção das cousas consumiveis e não-consumiveis se funda apenas na propria natureza das cousas, a distincção das fungiveis e não-fungiveis tem o seu principal fundamento na vontade das partes.

Já o nosso COELHO DA ROCHA, apezar de identificar as duas distincções, ao definir os seus termos, reconhecia entretanto aquella differença importante.

Definia *cousas fungiveis* aquellas das quaes *se não póde usar, sem se consumirem*, ou ao menos *sem lhes alterar a natureza*, como são ordinariamente as que constam de peso e medida, por exemplo, o vinho, o trigo, e tambem o dinheiro em moeda, porque delle se não póde usar sem o gastar; e *cousas não-fungiveis* aquellas de que *se póde usar sem se consumirem*, como os animaes e os predios.

Mas, apezar disso, escrevia:

« Esta distincção tem muito uso na jurisprudencia. E' necessario, pôrem, advertir que ella não é tam exacta que possa servir de base a todas as conclusões juridicas, pois muitas vezes cousas, que *se consomem pelo uso*, são reputadas nas leis, nas convenções ou testamentos, como *não-fungiveis*, e vice-versa ». E exemplifica com o dinheiro e com o vinho, nos termos já referidos (1).

101. Cousas divisiveis e indivisiveis. — A noção de *divisibilidade* implica a ideia de separação material de uma cousa em diversas partes; mas neste sentido a divisão applica-se só ás cousas corporeas.

Ora em direito a divisibilidade refere-se tambem ás cousas incorporeas, traduzindo então uma ideia de separação immaterial ou intellectual, a qual se verifica, por exemplo, no direito de compropriedade *pro partibus indivisis*, no qual cada consorte tem sobre cada uma das partes da cousa direitos de propriedade perfeitamente eguaes aos de todos os outros comproprietarios, por tal modo distinctos entre si, que a lei reconhece a cada um a faculdade de alienar o seu proprio direito.

(1) *Inst.*, § 81 e nota.

E como a cada um destes *direitos differentes* correspondem necessariamente *objectos* tambem *differentes,* é forçoso separar para objecto de cada um delles uma parte não determinada *materialmente,* mas apenas *abstracta* ou *intellectualmente,* na propriedade ou cousa commum.

Cousas divisiveis são, pois, aquellas que podem ser *material* ou *intellectualmente separadas* em partes da mesma natureza do todo, sómente menores em extensão.

E *indivisiveis* são as que nem *material nem intellectualmente podem ser separadas* em partes.

Todas as cousas corporeas são materialmente divisiveis; mas nem todas o são juridicamente, porque muitas vezes a lei declara *indivisiveis* as cousas que não podem ser divididas sem detrimento, como, por exemplo, um animal vivo, um livro, um retrato, etc. (cod. civ., artt. 2128.º e 2145.º, cod. de proc. civ., art. 720.º).

Pelo contrario, todos os direitos subjectivos são por sua propria natureza indivisiveis, porque um direito, ou existe na sua perfeita integridade, ou não existe, não se comprehendendo o que seja a terça ou a quarta parte de um direito sobre uma cousa, mas apenas o direito de dispor da terça ou da quarta parte dessa cousa.

Não ha *direitos divisiveis,* diz um escriptor, mas apenas *direitos com objecto divisivel.*

Muitas vezes a lei considera como *divisiveis* ou *indivisiveis* só as cousas que podem ou não ser materialmente divididas, embora sejam idealmente divisiveis (cod. civ., artt. 2180.º, n.º 2.º, 2183.º, 2128.º e 2145.º, e cod. de proc. civ., art. 570.º e § 2.º).

Outras vezes emprega aquellas expressões no seu sentido mais geral, chegando mesmo a qualificar como *indivisiveis* cousas que, de facto, pelos menos idealmente, são divisiveis, como, por exemplo, o direito de varios coherdeiros á herança ainda indivisa (cod. civ., artt. 1566.º, 2015.º e 2269.º).

E' que a indivisibilidade de uma cousa póde resultar da sua propria natureza (art. 2269.º), ou da disposição da lei (art. 2015.º), ou da vontade das partes (art. 731.º, n.ºs 1.º e 3.º).

102. Cousas principaes e accessorias.

O codigo civil faz referencia á distincção entre cousas *principaes* e *accessorias* no capitulo do direito de *accessão* (artt. 2289.º e segs.), embora não empregue textualmente estas expressões.

Mas outra referencia, expressa e textual, é a que se encontra no art. 1843.º, ordenando que a cousa legada (a principal) deve ser entregue com os seus *accessorios,* no logar onde, e no estado em que estiver ao tempo da morte do testador.

COELHO DA ROCHA definia *cousas principaes* aquellas que *existem por si e para si;* e *accessorias* ou *pertenças* aquellas que estão exteriormente *unidas á principal,* ou seja pela natureza, como a aluvião, o feto, os fructos; ou pela vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso perpetuo da principal, como os animaes e ferramentas de lavoura a respeito dos predios rusticos (1).

No direito de accessão (art. 2289.º) o nosso codigo exige, para se verificar a relação juridica de cousa principal e accessoria, que esta seja *unida* e *incorporada* áquella, e que as duas não pertençam á mesma pessoa no momento em que se estabelece a subordinação juridica de uma á outra.

E assim, já não podem considerar-se como accessorios dos predios rusticos os animaes e instrumentos aratorios.

Entretanto é certo que a proposito do art. 1843.º, onde é expressa a referencia a esta divisão das cousas, já o codigo não exige aquellas duas condições, sendo dispensada a primeira, e até excluida a segunda.

(1) *Inst.,* § 82.

Mesmo no direito de accessão a lei dispensa o requisito da incorporação na hypothese do art. 2293.º.

E' que no seu sentido mais geral consideram-se *accessorias* as cousas que são adjacentes a outras, ou mesmo separadas, mas que servem para lhes augmentar as utilidades, como os pateos e os jardins em relação aos predios urbanos, e os utensilios de uma adega, de um lagar, ou de uma fabrica, em relação ao estabelecimento principal.

Mas, em todo o caso, os dois termos da divisão teem uma significação meramente relativa, pois consideradas *em si mesmas,* e por sua propria natureza, não ha distincção real entre cousas principaes e accessorias; como diz o dr. TEIXEIRA D'ABREU, a distincção só apparece quando a união das duas cousas origina a subordinação de uma á outra. E esta relação de subordinação póde dar-se:

a) entre duas cousas corporeas (predio e sementeiras);

b) entre uma cousa corporea e outra incorporea (predio dominante e servidão); e

c) entre duas cousas incorporeas (credito e hypotheca) (1).

103. Cousas appropriadas e cousas « nullius ». — Esta divisão funda-se no facto de haver cousas que não teem dono *(res nullius),* e que, por isso, podem ser appropriadas pelo primeiro que as quizer e puder apprehender *(occupação).*

As cousas que fazem parte do *pratrimonio* de alguem *(appropriadas)* eram pelos Romanos designadas *res in patrimonio,* em opposição ás *res extra-patrimonium,* que, além das *nullius,* comprehendem as *res communes,* que por sua propria natureza não são susceptiveis de appropriação individual, sendo destinadas ao uso de toda a gente, como o ar, a agua, o sol, etc.

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil,* pag. 37.

O nosso codigo refere-se a tres especies de cousas *nullius:* as que nunca tiveram dono, as que foram abandonadas, e as que foram perdidas não sendo reclamadas em tempo (artt. 383.º e segs.); mas verdadeiramente ha só as duas primeiras, porque as cousas perdidas só podem ser occupadas, e, portanto, só se consideram *nullius,* quando se tenha dado ao facto da achada a publicidade que a lei ordena, e o seu dono não apparecendo a reclama-las faz *presumir* que as abandonou.

E' a distincção das cousas em *appropriadas* e *nullius* que dá logar á divisão dos modos de adquirir em *originarios* e *derivados,* pertencendo á primeira classe, na opinião geral, só a *occupação,* e todos os outros á segunda.

104. Cousas do commercio e fóra do commercio. — Esta é a primeira classificação legal das cousas (artt. 370.º-372.º).

« *Podem ser objecto de appropriação todas as cousas, que não estão fóra do commercio* », diz o art. 370.º.

E, portanto, são *cousas do commercio* todas as que podem ser appropriadas.

« *As cousas podem estar fóra do commercio, por sua natureza, ou por disposição da lei* » (art. 371.º).

« *Estão fóra do commercio, por sua natureza, aquellas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente; e, por disposição da lei, aquellas que a mesma lei declara irreduziveis a propriedade particular* » (art. 372.º).

As cousas fóra do commercio, por sua propria natureza são as *res communes* dos Romanos, aquellas que não podem de facto ser possuidas exclusivamente pelo homem, como o ar, o sol, o mar, etc., sendo apenas possivel appropriar-se uma fracção

limitada dellas, como um frasco de ar, uma bilha de agua, etc.

E, por ser natural e physica a impossibilidade de as appropriar no seu conjuncto, dizem alguns escriptores que ellas não cabem nesta classificação, affirmando que as *res communes nec in commercio nec extra commercium sunt.*

As cousas de que todos podem utilisar-se, dizem, mas que são por natureza *inexhauriveis* pelo uso, não são cousas *fóra do commercio,* mas cousas cujo commercio é impossivel (1).

E' que estes escriptores attendem só ao sentido proprio ou technico das cousas, emquanto que o nosso codigo as considerou no sentido lato.

Na doutrina desses escriptores só ha uma classe de cousas *extra commercium,* e são aquellas que, sendo naturalmente appropriaveis, não podem por disposição da lei entrar no patrimonio individual.

A differença entre as duas classes de cousas *extra commercium* é fundamental: emquanto que a não-commercialidade das primeiras é *perpetua* e *absoluta,* a das segundas é *accidental* e *limitada,* pois se verifica e existe sómente quando e emquanto o interesse publico o exige.

A situação juridica das cousas que só por disposição da lei estão fóra do commercio é verdadeiramente excepcional, e, portanto, devem considerar-se *no commercio* todas aquellas *que não forem pelo legislador declaradas irreduziveis a propriedade privada.*

Cousas *fóra do commercio* por disposição da lei são, por exemplo, as estradas, ruas e fontes publicas, porque a lei as destina ao uso de toda a gente.

Mas entram no commercio logo que deixam de servir para o uso publico, como se, por exemplo, as fontes ou as estradas foram abandonadas, por se

(1) Bianchi, *Dei beni, della proprietà, e della communione,* parte 1.ª, ix, 67; Zachariae, *Le Droit civil français,* 1, § 175.

tornarem improprias ou desnecessarias para o uso publico.

Esta doutrina, unanimemente ensinada pelos auctores, foi entre nós expressamente consignada, entre outros diplomas, na lei de 6 de junho de 1864, art. 4.º, e no regulamento de 31 de dezembro do mesmo anno, onde se dispõe que as estradas e ruas municipaes são do dominio publico, tornando-se bens municipaes logo que deixam de ter o primitivo destino.

Para que uma cousa se considere fóra do commercio não é sufficiente que a lei a declare *inalienavel* e *imprescriptivel,* pois ha cousas que a lei declara inalienaveis e imprescriptiveis, e que, todavia, estão no commercio. E' necessario que a *inalienabilidade* e *imprescriptibilidade* sejam absolutas e permanentes, pelo menos emquanto durar a sua situação especial, e não apenas dependentes de certas formalidades ou restricções, como acontece com os bens dotaes, os bens dos menores, os bens nacionaes e os das corporações administrativas, e outros semelhantes.

Os bens dotaes são *inalienaveis* (art. 1149.º) e *imprescriptiveis* (art. 1152.º), mas não estão fóra do commercio, porque a sua inalienabilidade e imprescriptibilidade são temporarias, limitadas á duração do matrimonio, e, mesmo na constancia deste, relativas a certas condições (artt. 551.º, n.º 3.º, e 1149.º e seus numeros).

O mesmo é de dizer dos bens dos menores e de pessoas a elles equiparadas, como os dos dementes e os das corporações administrativas, que só podem ser alienados mediante certas formalidades.

A distincção das cousas que estão no commercio ou fóra delle applica-se tambem aos direitos ou cousas incorporeas.

Estão fóra do commercio, por sua propria natureza, todos os direitos que não teem um equivalente pecuniario, embora sejam de grande importancia, como os direitos *politicos* e os relativos ao *estado* e á *capaci-*

dade civil, que, em vez de fazerem parte do patrimonio do individuo, vão integrar-se na sua personalidade juridica; e fóra do commercio por disposição da lei estão todos os direitos que a mesma lei declara de uso publico ou commum, como as servidões publicas, e o direito dos visinhos de qualquer corrente commum a usarem das suas aguas para os seus gastos domesticos (art. 440.º e § 3.º).

105. Cousas moveis e immoveis; conceito e alcance desta classificação. — A segunda classificação legal das cousas é estabelecida no art. 373.º, e os seus termos são fixados nos artt. 374.º-378.º.

« *As cousas são immoveis ou moveis* », diz o art. 373.º.

Attendendo á propria natureza das cousas, ha, com effeito, umas que não podem deslocar-se de um logar para outro, pelo menos sem alterar o seu modo de ser, como são a propriedade territorial e urbana; emquanto que outras podem, e algumas até precisam de deslocar-se para realisar o seu proprio destino, como a mobilia, os livros, o vestuario, os animaes, os instrumentos e as machinas.

Mas o conceito juridico desta distincção não coincide com a noção physica ou natural da *immobilidade* e da *mobilidade.*

Em primeiro logar, a lei considera como immoveis certas cousas que, por sua natureza, são moveis (art. 375.º, n.os 1.º e 3.º). E, em segundo logar, a classificação legal abrange tambem os *direitos,* que, por sua propria natureza, não podem dizer-se moveis nem immoveis (artt. 375.º, n.º 2.º, e 376.º).

O dizer-se, pois, como o diz o codigo, na epigraphe do titulo II do livro I da segunda parte, que esta classificação é baseada na natureza das cousas, refere-se não só á natureza physica, mas tambem á sua natureza ou situação juridica.

Quer dizer: traduzindo-se a distincção das cousas em *moveis* e *immoveis* em uma diversidade profunda do regimen juridico a que ellas estão subordinadas, tornou-se necessario declarar immoveis certas cousas que, apezar de o não serem realmente, precisam de ser collocadas numa situação juridica identica, quer pela sua importancia, quer pela sua ligação com outras cousas que são immoveis.

Com effeito, o regimen juridico das cousas é muito diverso, conforme são moveis ou immoveis. Assim:

a) As associações ou corporações perpetuas não podem adquirir por titulo oneroso *bens immobiliarios,* excepto sendo fundos consolidados; e devem converter em bens desta especie todos os immoveis que adquirirem por titulo gratuito (art. 35.º);

b) Os curadores definitivos do ausente só em caso de urgente necessidade podem alienar os *bens immobiliarios,* sendo-lhes porém licito alienar os moveis (art. 76.º);

c) Os *bens immobiliarios* dos menores só podem ser vendidos em hasta publica, ao passo que os moveis de pequeno valor o podem ser particularmente (artt. 267.º e 268.º);

d) Só os *moveis* são objecto de occupação, nos termos dos artt. 383.º e segs., segundo a doutrina geralmente estabelecida;

e) O praso e os requisitos da posse para a prescripção dos immoveis são mais rigorosos que para a dos moveis (artt. 517.º e segs.);

f) Só os immoveis podem ser hypothecados (artt. 888.º e 889.º);

g) Os direitos do marido sobre os mobiliarios do casal são muito mais amplos do que sobre os immobiliarios (artt. 1118.º, 1119.º, 1148.º, 1149.º, etc.);

h) Algumas propriedades imperfeitas, como a servidão (art. 2267.º), só se podem constituir sobre immoveis, assim como certos contractos só podem ter por objecto bens moveis, a usura, por exemplo,

e outros só immoveis, por exemplo, o arrendamento;

i) A alienação dos immoveis exige formalidades externas muito mais complicadas, exigindo escriptura publica acima de certo valor, estando, em geral, sujeita ao pagamento da contribuição de registo, e á formalidade do registo, para produzir effeitos com relação a terceiros.

A grande importancia social e juridica desta distincção foi accentuada principalmente no direito da edade media, não só porque a propriedade territorial foi por tal fórma considerada, que chegou a conferir aos senhores feudaes o poder da soberania, mas ainda porque a propriedade mobiliaria, além de ser de valor economico relativamente muito inferior, foi considerada com tal desfavor, que a respeito della se formulou o anachronico principio — *vilis mobilium possessio*.

Mas nos tempos modernos, em que o progresso da industria, especialmente a fabril e o commercio, imprimiu á riqueza mobiliaria um tal valor e desenvolvimento, que bem eguala a immobiliaria, se é que a não excede, comprehende-se bem que a importancia de tal distincção tenha decrescido até ao ponto de se reclamar a identificação do regimen juridico das duas classes de cousas (1).

Em todo o caso é certo que a identificação completa seria arbitraria e inconveniente, por ser contraria á propria natureza das cousas e ás proprias necessidades da vida juridica, pois é certo que entre os moveis e immoveis ha differenças tam profundas, que a lei não poderia artificialmente apagar.

106. Systema do codigo na determinação dos immoveis e dos moveis. Subdivisão de uns e outros. — O legislador adoptou nesta determinação o systema *à contrario sensu* ou da exclusão de partes.

(1) Cfr. Cimbali, *La Nuova fase del diritto civile*, n.º 139.

Determinou os immoveis nos artt. 374.º e 375.º, estabelecendo tres grupos ou especies:

a) *Immoveis naturalmente* (predios rusticos);

b) *Immoveis mediante a acção do homem* (predios urbanos); e

c) *Immoveis por disposição da lei* (productos e partes integrantes, direitos sobre predios, e fundos publicos immobilisados).

E no art. 376.º declarou moveis por natureza todos os objectos não comprehendidos nos artt. 374.º e 375.º, e, por disposição da lei, todos os direitos não comprehendidos no n.º 2.º do art. 375.º.

Era o systema do projecto do codigo civil hespanhol de 1851, que especificava os immoveis no art. 380.º, e declarava no art. 381.º: « Todos os bens não comprehendidos no artigo anterior são moveis, ou taes se consideram por lei ».

Este processo de determinação foi resolutamente applaudido por Goyena, o notavel commentador do referido projecto (1).

Mas os codigos civis principaes (francês, italiano, mexicano, argentino, etc.) não teem adoptado este systema, incluindo o proprio codigo hespanhol, que depois de estabelecer no art. 335.º o principio de que são moveis todos os objectos susceptiveis de appropriação que não foram declarados immoveis no artigo anterior, acrescenta — « *I en general todos los que pueden transportar-se ó ser transportados de un punto á otro sin quebrantar para ello su unión con una cosa immoble* ». E no art. 336.º, menciona alguns moveis incorporeos, como as rendas ou pensões vitalicias ou hereditarias.

Mas julgamos preferivel o systema do nosso codigo, porque, além de ser de uma perfeita exactidão, evita

(1) Goyena, *Concordancias, motivos y commentarios del Codigo civil Español*, I, pag. 344.

as duvidas que naturalmente occorreriam no confronto entre a enumeração e definição dos moveis e immoveis, por mais cuidado que os legisladores puzessem na redacção (1).

Na especificação dos immoveis o nosso codigo parece ter tido por fonte o codigo francês, modificando-o apenas no sentido de corrigir os defeitos apontados por alguns dos seus commentadores.

O codigo francês estabeleceu tres classes de immoveis (art. 517.°):

a) *Immoveis por natureza,* comprehendendo o solo e os edificios (art. 518.°), os moinhos de agua ou de vento (art. 519.°), os productos do sólo emquanto a elle ligados (art. 520.°), e ainda, na opinião de alguns, os tubos ou aqueductos destinados a conduzir aguas para os predios (art. 523.°);

b) *Immoveis por destino,* comprehendendo — 1) os objectos que o *proprietario* collocou num predio, para a sua *exploração* ou *serviço* (animaes, utensilios, sementes, etc.) e — 2) todos os effeitos mobiliarios que o proprietario ligou ao predio para ahi permanecerem perpetuamente;

c) *Immoveis pelo objecto a que se applicam,* comprehendendo todos os direitos que teem um immovel por objecto (usufructo de predios, servidões, acções de revindicação de immoveis, etc.).

Para os moveis o codigo francês estabeleceu duas classes:

a) *Moveis por sua natureza,* comprehendendo os objectos que podem transportar-se dum para outro logar, quer por si mesmos *(semoventes),* quer por effeito de uma força estranha (cousas inanimadas); e

b) *Moveis por disposição da lei,* comprehendendo os direitos que teem os moveis por objecto, por exemplo, as obrigações e as acções que teem por objecto sommas exigiveis ou effeitos mobiliarios, e as rendas, quer

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 59 e 60.

perpetuas quer temporarias, do Estado ou dos particulares (artt. 527.°-529.°).

Esta doutrina do codigo francês foi vivamente criticada pelas razões seguintes:

a) emprega fórmulas differentes para exprimir ideias perfeitamente identicas — *immoveis pelo objecto* e *moveis por disposição da lei;*

b) qualifica de *immoveis por natureza* cousas que realmente o não são, incluindo os proprios edificios;

c) a qualificação de *immoveis por destino* não tem base scientifica; e ainda que se admitta, o que não se comprehende é o motivo porque os objectos ligados a um predio só são immoveis quando a ligação seja effectuada pelo *dono* do predio; e

d) a especificação do codigo francês não abrange todos os immoveis possiveis, e dahi resultou a necessidade de crear uma nova classe — os *immoveis por disposição da lei* — para abranger os objectos que posteriormente foram legalmente immobilisados, como as acções do Banco de França, que podem ser immobilisadas por seus proprietarios, por meio de uma simples declaração.

Foi no sentido de evitar estes defeitos que o nosso legislador fez a especificação dos immoveis, nos artt. 374.° e 375.°.

Entretanto a tripartição dos immoveis no nosso codigo tambem póde ser objecto de reparos.

Por um lado, a determinação das tres categorias de immoveis não obedece a um criterio definido de differenciação, porque se é verdade que os predios urbanos não são immoveis por sua natureza, então só o podem ser por disposição da lei, o que nos levaria a admittir apenas duas classes de cousas immoveis.

E se com a distincção entre os *predios urbanos* e os *immoveis por disposição da lei* se pretendeu indicar as diversas causas da immobilisação das cousas, que não são immoveis por sua natureza, deveriam antes agru-

par-se os immoveis nas tres classes propostas pelo Dr. Teixeira d'Abreu:

a) *por natureza* — o sólo ou o terreno;

b) *por incorporação no sólo,* real ou ficticia — predios urbanos, productos dos predios rusticos e partes integrantes dos predios rusticos e urbanos; e

c) *por disposição da lei* — os fundos immobilisados, e quaesquer outras cousas que por lei forem declaradas immoveis (1).

Mas é certo que estes reparos são de caracter meramente doutrinal, não influindo essencialmente na determinação juridica dos immoveis.

Entre os immoveis por natureza e todos os outros ha uma differença fundamental, que os torna inconfundiveis: os primeiros são *perpetuamente* immoveis, emquanto que a immobilisação dos segundos, sendo artificial, póde cessar, ou pela vontade do homem, ou independentemente della, como quando se córta uma arvore, ou quando um edificio é demolido pela acção das forças naturaes.

Desapparecendo a causa da immobilisação, volta a cousa á condição de movel.

107. Significação das expressões immoveis e immobiliarios, moveis e mobiliarios. Da doutrina exposta resulta que só os *immoveis* e os *moveis por natureza* merecem rigorosamente esta qualificação; quando muito, na expressão *immoveis* poderia tambem comprehender-se os predios urbanos.

Por esta razão, e ainda porque na antiga jurisprudencia havia grandes incertezas sobre a significação e alcance das palavras *movel* e *immovel,* quando empregadas na lei, ou nos actos e contractos, pareceu ao auctor do codigo muito conveniente dar uma definição legal destas expressões, attribuindo-lhes o seu rigoroso

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 58.

sentido, e adoptando a traducção das palavras francesas *immobilier* e *mobilier,* para significar conjunctamente os immoveis ou os moveis por natureza e os que por disposição da lei são incluidos em uma ou outra das duas categorias (1).

Tal é a explicação do art. 377.º e seu § unico, onde se dispõe:

« Quando na lei civil ou nos actos e contractos se usar da expressão « *bens ou cousas immobiliarias* », *sem outra qualificação,* comprehender-se-hão n'ella, tanto os que são immoveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando se usar simplesmente da expressão « *immoveis, cousas ou bens immoveis* », esta expressão significará só os que o são por natureza, ou mediante a acção do homem. »

« § unico. Da mesma sorte a expressão « *bens ou cousas mobiliarias* » abrangerá, tanto os moveis por natureza, como os que o são por disposição da lei; e pelas palavras « *movel, cousas ou bens moveis* » entender-se-hão só os objectos materiaes, que por natureza são moveis. »

Todavia o proprio legislador emprega por vezes a palavra *immoveis* com a significação geral de *immobiliarios,* como, por exemplo, nos artt. 1461.º, 551.º, n.º 3.º (comparado com o art. 1119.º), e 745.º (comparado com o art. 1571.º).

Desta circunstancia e das palavras « *sem outra qualificação* », conclue-se que o preceito do art. 377.º não é sempre *imperativo* ou *preceptivo,* mas apenas *interpretativo* ou meramente *subsidiario,* para o caso em que a intenção do legislador ou das partes não seja diversamente manifestada.

(1) Esta origem das expressões *immobiliarios* e *mobiliarios* foi expressamente declarada pelo auctor do projecto do codigo, em sessão da commissão revisora de 29 de março de 1860, como consta das respectivas *Actas,* a pag. 14.

E assim os nossos mais auctorisados civilistas teem entendido que no art. 377.º o legislador se limitou a estabelecer uma presumpção, que póde ser invalidada por prova em contrario, nos termos geraes de direito, sendo licito produzir qualquer meio de prova, como os documentos, as testemunhas, ou mesmo outras presumpções de facto (art. 2519.º), para demonstrar que as palavras a que se refere o art. 377.º não foram empregadas no sentido em que alli se definem (1).

Parece-nos porém que esta doutrina exagéra muito o caracter interpretativo e subsidiario da regra do art. 377.º.

Com effeito, este artigo dá a definição legal das palavras *immovel* e *immobiliario, movel* e *mobiliario,* quando empregadas *sem outra qualificação.*

Portanto essa *outra qualificação* só póde alterar a significação legal das referidas palavras, quando se encontrar tambem na lei, ou no acto ou contracto em que as mesmas palavras foram empregadas. Entendemos, pois, que não é licito invocar qualquer meio de prova que seja extranho ao mesmo acto ou contracto.

E' assim que nos citados artt. 1461.º, 551.º, n.º 3.º, e 745.º, a palavra *immoveis* tem a significação de *immobiliarios,* precisamente porque na propria lei se encontra outra *qualificação,* que lhe faz attribuir esse sentido.

E' certo que o art. 377.º, entendido assim, como definição legal, e não como uma simples presumpção, tem o inconveniente de attribuir muitas vezes ás palavras um significado diverso do que seria a intenção das partes, pois que a significação dos vocabulos é variavel com o gráu de cultura das pessoas, com o seu diverso significado nas differentes localidades, e com muitas outras circunstancias.

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 62.

Mas ao mesmo tempo tem a vantagem de evitar a complicação das demandas judiciaes, com todo o cortejo da producção das provas testemunhaes.

Como applicações praticas do preceito do art. 377.º podemos indicar as seguintes:

a) O legado dos *moveis* comprehende, alem da mobilia propriamente dita, o dinheiro de contado, joias, livros, numa palavra: todos os objectos materiaes susceptiveis de se transportarem dum logar para outro, ou por si, ou por força extranha, e que não forem por lei declarados immoveis:

b) A expressão *bens mobiliarios,* empregada num testamento, comprehende o *dinheiro,* as *acções de bancos* e *companhias* e as *inscripções não immobilisadas,* salvo se de outras palavras se reconhecer qué outra foi a intenção do testador;

c) Quando o testador deixa *todos os seus moveis,* nesta disposição comprehendem-se os *coupons* e as *dividas activas;*

d) O legado de *moveis, semoventes* e *generos,* não comprehende o direito a receber determinada quantia devida ao testador (1).

108. Significado da expressão « moveis de tal casa ou predio ». — No art. 378.º determina o codigo a significação da phrase — *moveis de tal casa ou predio* — onde naturalmente se modifica o sentido geral e legal da palavra *moveis.*

Diz o art. 378.º:

« Todas as vezes que nos actos e contractos se usar da expressão « moveis de tal casa ou predio » comprehender-se-á n'ella só o que se chama *mobilia, utensilios* ou *alfaias, salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes.* »

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 66 e nota.

Refere-se o art. 378.º apenas aos *actos* e *contractos*, e não á *lei*, porque tendo esta um caracter de generalidade, não póde referir-se a certos e determinados predios.

No artigo define-se o sentido da expressão « *moveis de tal casa ou predio* », mas não se define o significado das palavras — *mobilia*, *utensilios* e *alfaias* — o que deixa a definição ainda incompleta, competindo á jurisprudencia a missão de a completar.

COELHO DA ROCHA considerava como synonimas as expressões *mobilia*, *trastes* e *alfaias* da casa, dizendo que, na falta de declaração, só comprehendiam os moveis *destinados ao uso e ornato das casas*, como cadeiras, leitos, mezas, espelhos, relogios, e outros objectos desta natureza, bem como as estatuas, quadros e porcellanas, se ahi estivessem para decoração, e não para outro fim, como para ajuntar em collecção. E acrescentava que assim se devia entender a venda ou o legado de *uma casa mobilada* ou *com todos os moveis* (1).

No projecto primitivo do codigo dizia-se apenas *mobilia ou trastes;* o acrescentamento da palavra *alfaias* mostra bem que o legislador adoptou a doutrina de COELHO DA ROCHA, pois que a simples substituição de *trastes* por *utensilios* em nada altera o sentido da expressão, sendo certo que estas duas palavras devem considerar-se equivalentes.

O codigo não definiu cada uma destas palavras, certamente para que se tomasse sempre na devida consideração o sentido em que ellas são empregadas *no uso vulgar*, o que bem se mostra nas expressões — *o que se chama* e *salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes*.

De modo que, não sendo uniforme em todo o país o significado das referidas palavras, é necessario recorrer ao *uso* e *linguagem commum* dos diversos logares,

(1) *Inst.*, § 78, nota

para determinar em cada caso o sentido da expressão — *moveis de tal casa ou predio*.

E, com effeito, na linguagem usual ha importantes differenças entre *mobilia*, *utensilios* e *alfaias*, embora se refiram sempre a objectos do uso ou ornato das casas.

Torna-se, pois, necessario averiguar a significação de cada uma destas palavras, sobretudo para quando, em vez de se empregar a expressão do art. 378.º, se empregam só algumas daquellas tres palavras.

Como *mobilia* consideram-se geralmente os moveis que servem para adorno e guarnecimento das casas, com o fim de prestar ao homem a commodidade e o bem estar proprios da habitação, como leitos, mezas, cadeiras, sophás, tapetes, espelhos, etc., não ultrapassando os objectos destinados aos usos ordinarios em uma casa de moradia.

A palavra *utensilios* comprehende só os instrumentos que se empregam no trabalho proprio da casa, como o trem de cosinha e o da adega, ou mesmo ainda os da lavoura, embora a estes se chame tambem *alfaia agricola* (LOBÃO, *Casas*, § 369.º).

Por *alfaias* entende-se geralmente os objectos de uso pessoal, parecendo que neste sentido é empregada a palavra no art. 882.º, n.º 2.º.

Mas em todo o caso, no sentido do art. 378.º, que deve ser o mesmo de COELHO DA ROCHA, estas differentes palavras comprehendem apenas os objectos *destinados ao uso ou ornato da casa*.

Alguns jurisconsultos, procurando determinar por exclusão o conteúdo das palavras *moveis de tal casa ou predio*, dizem que não comprehendem o dinheiro, os créditos, as joias, os livros, equipagens, objectos para collecções, fructos arrecadados, provisões e fazendas de commercio, louças, medalhas, instrumentos de artes ou officios, animaes, armas, estatuas, roupas, etc. (1).

(1) Dr. DIAS FERREIRA, I, 269; DELPHIM MAYA, *Revista dos Tribunaes*, VI, pag. 129.

Mas ha certamente exclusão demasiada nesta enumeração, porque, pelo menos, as louças e as roupas, sendo destinadas ao serviço da casa, não podem deixar de se incluir na expressão de alfaias ou de utensilios, ou mesmo de mobilia, se quizerem. Do mesmo modo as estatuas, se forem destinadas ao ornato da casa.

Devendo entender-se a expressão do art. 378.º restricta aos moveis de *uso* ou *ornato* da casa, deve attender-se a que, por um lado, não abrange toda a mobilia que na casa se encontrar, como a que seu dono alli tivesse para negocio ou para deposito temporario, assim como, por outro lado, póde abranger objectos que no momento do acto juridico ou dos seus effeitos lá se não encontrem, como, por exemplo, a mobilia que estiver em casa do estofador ou marceneiro, a fim de ser concertada.

O art. 378.º não só é meramente *interpretativo* ou *subsidiario,* como o art. 377.º, mas constitue uma simples presumpção, que póde ser illidida por prova em contrario, como resulta da sua parte final « *salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes* ».

No art. 1832.º determina o codigo o alcance da expressão « *casa com tudo quanto se achar dentro d'ella* », quando empregada em testamento, dispondo que não se consideram como legadas tambem as dividas activas, ainda que na casa se encontrem os respectivos documentos; mas a expressão comprehende, portanto, todos os outros moveis que lá se encontrarem.

Divergem, porém, as opiniões sobre o sentido da mesma phrase, quando empregada em acto *inter vivos,* dizendo o Dr. Dias Ferreira que abrange tambem aquellas dividas, em vista de ser especial a regra do art. 1832.º; outros, porém, pronunciam-se em sentido contrario, com o fundamento de que o referido artigo corresponde ao significado usual das palavras, devendo por isso observar-se em todos os casos, pois

que as dividas, sendo cousas incorporeas, não podem considerar-se existentes no logar onde se encontram os titulos, que mais não são do que meios de prova da existencia do crédito (1).

Nas *dividas activas* comprehendem-se tambem as *inscripções* e quaesquer outros titulos da divida publica, bem como as acções e obrigações de qualquer empreza ou companhia, porque todos estes titulos são de créditos, e, portanto, *dividas activas,* embora o Dr. Dias Ferreira, sem adduzir razões, se pronuncie em sentido contrario (2).

Mas será tambem o preceito do art. 1832.º applicavel ao legado que se referir a um movel, como armario, secretária, cofre, bahu, ou outro semelhante?

Neste caso entendemos que já não tem applicação o art. 1832.º, porque, precisamente por ser de caracter restrictivo, não deve ampliar-se alem dos seus precisos termos, o que seria contrario á vontade do testador, se este tivesse por habito guardar no movel legado os titulos que lá se encontrassem.

109. Immoveis por natureza e mediante a acção do homem — predios rusticos e urbanos. — A determinação destas duas classes de immoveis encontra-se no art. 374.º:

« São immoveis, ou naturalmente, ou mediante a acção do homem, os predios rusticos e urbanos.

« § unico. Por predio rustico entende-se o solo ou terreno, e por predio urbano qualquer edificio incorporado no solo. »

Esta determinação consiste, pois, em fixar as tres noções — de *predio,* de *predio rustico,* e de *predio urbano.*

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 71; *Revista dos tribunaes,* VI, 129.
(2) Dr. Dias Ferreira, I, pag 209; Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 71; nosso livro *Successões* e *Direito successorio,* I, pag. 404.

A palavra *predio,* no seu sentido juridico proprio, significa *uma fracção limitada do solo ou terreno, comprehenda ou não, qualquer edificio, e que faz parte do patrimonio de alguem.*

Com effeito, embora o § unico do art. 374.º, na definição de predio rustico, pareça tomar a palavra *predio* num sentido mais amplo, é certo que esta palavra não póde applicar-se ao solo tomado no seu conjuncto, porque, se assim fosse, ficariamos reduzidos a um só predio rustico.

Por outro lado, é certo tambem que ás cousas fóra do commercio se não applica a palavra *predio;* uma estrada ou um jardim publico é uma cousa publica ou commum, mas não se lhe chama *predio,* emquanto não entra na classe dos bens patrimoniaes; e o mesmo se póde dizer dos *terrenos incultos publicos* e dos *baldios municipaes* ou *parochiaes.*

Mas não é necessario que os limites ou extremas de qualquer predio sejam sempre bem patentes e conhecidos, pois o codigo (art. 2340.º) prevê a hypothese da necessidade da demarcação, e garante aos interessados o direito de a exigir aos proprietarios visinhos; nem tam pouco é necessaria uma denominação propria e exclusiva, para cada predio ter a sua individualidade definida e estabelecida, pois que a divisão de um predio por duas ou mais pessoas dá logar a outros tantos predios, conservando-se, em regra, o mesmo nome do predio dividido (1).

A ideia de solo ou terreno anda sempre implicita na de *predio,* não se comprehendendo a existencia deste independentemente daquelle; de modo que, conclue o Dr. Teixeira d'Abreu, quem possue um andar de uma casa não diz que tem um *predio urbano;* só pode affirma-lo quem possuir uma parte da casa dividida verticalmente, e distincta de todas as outras (2).

(1) Em contrario opinou a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* XIV, pag. 327.

(2) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 75.

Comtudo póde considerar-se como predio um andar de uma casa, se se considerar, como deve ser, que o terreno da casa é commum aos comproprietarios da mesma.

Predio rustico é, pois, *qualquer fracção limitada e appropriada do solo, que não faça parte de algum edificio;* porque, se faz parte de algum edificio, confunde-se na propria individualidade do *predio urbano.*

O predio *rustico* abrange não só o terreno em toda a sua profundidade — salvas as restricções relativas ás *minas* — mas tambem o espaço aereo correspondente na altura susceptivel de appropriação (art. 2288.º).

No direito antigo a noção de *predio rustico* era, por um lado, mais extensa, pois comprehendia tambem alguns edificios, quando situados no campo e destinados a fins diversos da habitação; e, por outro lado, mais restricta, porque se consideravam *predios urbanos* os jardins e quintaes adjacentes a estes, e destinados a simples gozo ou recreio, emquanto que pelo codigo são sempre predios rusticos.

Entre os antigos praxistas havia grande divergencia na differenciação dos predios rusticos e urbanos.

Emquanto uns, como Coelho da Rocha e Pereira e Souza, attendiam só ao destino — habitação ou recreio (urbanos) e cultura (rusticos), outros como Lobão, attendiam tambem á sua situação. E assim consideravam urbanos:

a) todos os construidos na cidade ou villa para habitação, ou armazenagem de mercadorias, ou para recolher animaes destinados ao serviço pessoal; e

b) os edificados no campo para habitação e recreio dos senhores da quinta, mas não os que tivessem por fim abrigar os colonos e animaes ou armazenar os fructos (1).

(1) Almeida e Souza (Lobão), *Tractado das casas,* §§ 30 e segs.

O codigo, porém, acabou com estas divergencias, definindo predio rustico o solo ou o terreno, e predio urbano *qualquer edificio incorporado no solo.*

Entretanto a definição legal de predio urbano ainda dá logar a difficuldades, para se determinar o que sejam os *edificios incorporados no solo.*

Qual é o significado da palavra *edificio?*

Etymologicamente vem do latim *aedes* — casa.

Mas traduzirá o codigo esta significação etymologica?

No art. 2325.° falla-se de... « *levantar muro, parede ou outra edificação...* » podendo assim dar a entender que *muros* e *paredes* são tambem *edificações* ou *edificios;* e assim parece ter-se pronunciado a Relação do Porto, em accordam de 28 de janeiro de 1870, onde se falla de *edificação* ou *tapagem* como synonimos (1); e neste sentido expressamente se manifesta o Dr. DIAS FERREIRA, affirmando que, pelo codigo, até o *muro* assente no solo é *edificio* (2).

Nós, porém, julgamos inadmissivel esta conclusão, em harmonia com a doutrina do Dr. TEIXEIRA D'ABREU.

« Para nós a palavra *edificio* é a traducção da palavra *bâtiment,* empregada no art. 518.° do codigo francês, fonte do nosso, e tem, como esta, o significado de *casa.* Neste sentido é aquella palavra usada não só em varios logares do codigo civil, por ex., nos artt. 2314.°, e noutros, onde se faz completa distincção entre *construcções* e *edificações* (artt. 2327.°, 2335.°, 2337.°, etc.), mas até em leis de outra natureza, por ex., no art. 472.° do Cod. Pen., e especialmente no art. 473.°, onde se estabelece completa distincção entre *casas* ou *edificios* (n.° 1.°) e *parede, fosso, valla,* ou *qualquer cercado* (n.° 2.°).

« Entre construcções e edificios existe, pois, uma relação de genero para especie » (3).

(1) *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* III, pag. 277.
(2) *Boletim dos Tribunaes,* XI, pag. 41.
(3) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 79.

Se, por consequencia, os *muros* ou simples *paredes* não são edificios, é claro que o edificio em construcção, emquanto não estiver concluido nas suas partes essenciaes, não é ainda um *predio urbano.*

Mas qual é o momento em que se opera a transição juridica da simples construcção para predio urbano?

Deve ser naturalmente só quando *a construcção limita já o solo por todos os lados, inclusivè o espaço aereo correspondente, por meio de telhado ou qualquer outra cobertura.*

As simples construcções só por disposição da lei, por serem *partes integrantes* dos predios (art. 375.°, n.° 1.°), podem considerar-se immoveis.

Tambem fazem parte dos predios urbanos as suas *partes componentes,* isto é, as cousas que se acham por tal modo inherentes ao edificio, que não podem delle retirar-se sem o desnaturar ou tornar improprio para o seu fim, como os madeiramentos, soalhos, portas e janellas.

As *partes componentes* distinguem-se das chamadas *integrantes,* isto é, as que se collocam no predio para o seu melhor aproveitamento e uso, mas que podem delle ser retiradas sem alterar o proprio predio, como pára-raios, gotteiras, tubos de canalisação, etc., e que são immoveis por disposição da lei.

Todo o edificio ou casa é um predio urbano, segundo o codigo, sem necessidade de ser destinada a habitação, pois a lei só exige a incorporação no solo. Como taes devem, pois, considerar-se os proprios moinhos, de vento ou de agua, desde que sejam casas incorporadas no solo, quer *directa* ou *immediatamente* pelos seus proprios fundamentos, ou apenas *indirecta* ou *mediatamente* por meio de columnas ou pilares (1).

(1) Assim o julgaram já os nossos tribunaes superiores: accordãos do Sup. Trib. de Justiça, de 18 de agosto de 1891, e da Relação do Porto, de 25 de julho de 1882 (*Boletim dos Tribunaes,* VII, pag. 40, e *Direito,* XVII, pag. 15).

Sendo, pois, a incorporação no solo a causa que determina a immobilisação dos edificios, é evidente que a sua demolição, ou simples separação de alguns dos materiaes, faz voltar estes á condição de moveis. Cessando a causa, cessa o effeito.

Alguns escriptores, porém, entendem que sendo apenas provisoria a demolição ou a desaggregação parcial, sendo os materiaes destinados a reconstrucção ou reparação, ficam *juridicamente* a fazer parte do edificio, e, portanto, continuam na condição de immoveis.

Mas a verdade é que nada ha na lei que auctorise esta pretendida distincção entre *incorporação de facto* e *incorporação de direito,* relativamente aos materiaes dos predios urbanos.

Se o art. 374.º admittisse esta *ficção juridica,* devia declara-lo expressamente; mas bem fez em nada declarar, porque na maior parte dos casos seria muito difficil e até impossivel verificar se a desaggregação dos materiaes era provisoria ou com caracter definitivo.

110. Immoveis por disposição da lei — productos dos predios rusticos. — Os *immoveis por disposição da lei* são especificados nos tres numeros do art. 375.º.

Neste grupo não ha, pois, logar para quaesquer cousas que sejam *immoveis por natureza* ou *mediante a acção do homem,* porque sendo umas e outras membros da mesma classificação reciprocamente se excluem.

« Por isso nunca deve considerar-se como *parte integrante* dum predio rustico qualquer edificio neste incorporado; nem, tam pouco, como *parte integrante* dum predio urbano qualquer fracção de terreno a elle adjacente — por mais intimas que sejam as suas relações materiaes ou juridicas. Tanto num como no

outro caso ha dois predios distinctos: o rustico e o urbano » (1).

No art. 456.º faz o codigo applicação deste principio, considerando predios rusticos « *as quintas muradas ou quintaes, jardins, hortas, ou pateos adjacentes a predios urbanos.* »

Na linguagem usual, porém, muitas vezes se enuncia o principio contrario, considerando-se como parte componente ou integrante da casa ou predio urbano os quintaes ou jardins que lhe são adjacentes, e como sendo parte do predio rustico qualquer edificio nelle incorporado.

E tambem o codigo por vezes se deixou influenciar por este modo inexacto de fallar, como que esquecendo-se da doutrina estabelecida, no que tambem já tem sido imitado pela jurisprudencia.

Assim, no art. 2247.º falla-se de « *propriedade rustica de que faça parte o edificio destruido* »; e o Dr. Dias Ferreira (v, pag. 39) chega a affirmar que « se houver alguma parte rustica, ainda que seja de pequeno valor, tem logar o disposto no mesmo artigo. »

Mas parece-nos que o art. 2247.º se limita a formular um preceito interpretativo da vontade das partes, não sendo por isso de admirar que adoptasse a linguagem vulgar.

Na phrase — *de que faça parte* — o legislador quiz apenas exprimir a ideia de que o edificio era *accessorio* do predio rustico.

Incorrecta é tambem a redacção do art. 2337.º, onde se distingue entre *predios rusticos* e *pateos* ou *quintaes de predios urbanos;* mas se desta viciosa redacção fosse licito concluir que esses *pateos* ou *quintaes* não são predios rusticos, licito era tambem concluir que não são predios urbanos, sendo necessario inclui-los nos *immoveis por disposição da lei,* estabelecendo-se assim um perfeito antagonismo entre a propria cousa, que é *real-*

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 86 e 87.

mente immovel, e a sua qualificação, que indicaria o contrario.

Tambem numa sentença publicada na *Revista dos Tribunaes* (v, pag. 140) se toma a palavra *pertenças* como synonimo de *partes integrantes,* considerando comprehendida no n.º 1.º do art. 375.º « qualquer limitada area de terreno adjuncta a *um predio urbano,* servindo-lhe de pateo, logradouro, ou cousa semelhante »; quer dizer, considera-se um predio rustico como parte integrante dum predio urbano, o que é inadmissivel no systema do codigo.

Se, porém, os pateos ou terrenos estiverem no interior da casa, ou mesmo se forem adjacentes, mas constituirem uma construcção ligada materialmente á casa, então parece-nos que desta fazem realmente parte, não tendo uma individualidade propria e distincta, que os possa fazer considerar predios rusticos.

A primeira especie de *immoveis por disposição da lei* são os *productos* dos predios rusticos.

« A palavra *productos* póde ser tomada em dois sentidos: α) no *sentido lato,* designa todas as utilidades, que a cousa póde prestar, qualquer que seja a sua natureza; β) no sentido *technico* ou *proprio,* consideram-se *productos* sómente as utilidades que a cousa não é, por sua natureza, destinada a produzir regularmente, em periodos mais ou menos largos de tempo, e que, portanto, só accidental e extraordinariamente della se colhem.

« No primeiro sentido aquella palavra comprehende não só os *productos propriamente ditos,* mas tambem os *fructos,* que são as utilidades que a cousa produz em periodos mais ou menos regulares, sem alterar a sua substancia: *quidquid ex re nasci et renasci solet.*

« O nosso Codigo Civil admitte tres especies de *fructos:* 1) *naturaes,* ou produzidos expontaneamente pela cousa; 2) *industriaes,* que a cousa só produz mediante a industria do homem; 3) e *civis,* que são as

rendas ou interesses provenientes da cousa (art. 495.º, § 3.º); mas estes, sendo *cousas incorporeas,* não estão comprehendidos no art. 375.º n.º 1.º, que só abrange, alem dos *productos propriamente ditos, os fructos naturaes e industriaes dos predios rusticos* » (1).

Deve notar-se, porém, que a palavra *productos,* mesmo no sentido amplo, não comprehende todas as utilidades dos predios, como, por exemplo, a utilidade do gozo ou commodidade, mas apenas os objectos materiaes que das cousas se podem extrahir para satisfação das necessidades do homem.

Assim como tambem a palavra *fructos,* no seu rigoroso sentido, tal como é fornecido pela botanica, só abrange os objectos materiaes produzidos pelas plantas, por virtude dos seus orgãos e funcções de reproducção normal, embora juridicamente comprehenda tambem as rendas ou interesses.

Dos differentes sentidos em que se podem tomar as palavras *productos* e *fructos* resulta que muitas vezes não é facil classificar em uma outra destas especies certas utilidades materiaes, que se tiram das cousas, como acontece, por exemplo, com a *cortiça,* que uns consideram como *fructos,* outros como *productos,* e até por outros já tem sido considerada como parte integrante das arvores que a produzem.

Mas para o n.º 1.º do art. 375.º, é indifferente a distincção entre *productos* e *fructos,* porque emprega a palavra *productos* no seu sentido lato, mas abrangendo só os productos materiaes. E diz *productos,* e não *fructos,* para comprehender os differentes generos da producção, arvores de fructo, plantas, matto, arvores de talhadia, etc. (2).

E dizemos que abrange só os productos materiaes, porque os fructos civis dos predios rusticos, sendo constituidos pela renda, são cousas incorporeas ou direitos comprehendidos no n.º 2.º do art. 375.º.

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 88 e 89.
(2) *Direito,* IV, pag. 450

A immobilisação dos productos dos predios rusticos resulta naturalmente da incorporação directa ou mediata no solo — *Fructus pendentes pars fundi esse videntur.*

A unica differença que, sob este ponto de vista, existe entre os productos da terra e os edificios, é que a incorporação é natural para os primeiros e artificial para os segundos.

Por consequencia, do mesmo modo que para os materiaes dos predios urbanos, é forçoso estabelecer o principio de que, cessando a incorporação, cessa tambem a immobilisação; quer dizer, logo que os productos da terra sejam della separados, passam *ipso facto* á condição de moveis.

Os productos só são immoveis emquanto ligados ao respectivo predio; o contrario disto seria um absurdo, ou, pelo menos, um contrasenso.

É certo que esta ideia, aliás consignada no art. 394.º do projecto primitivo do codigo, não está expressa no n.º 1.º do art. 375.º; mas é porque era desnecessario consigna-la, pois se impõe necessariamente pela propria razão da lei, e resulta entretanto de outras disposições, como, por exemplo, do art. 880.º, que considera como privilegio *mobiliario* o que recahe nos *fructos* dos predios rusticos (1).

Do principio que os *productos só são immoveis emquanto incorporados no solo* resultam naturalmente os seguintes corollarios:

a) As plantas que vegetam em vasos ou caixotes são moveis, porque não estão ligadas ao solo;

b) Pela mesma razão são moveis as plantas dos viveiros durante o intervallo que decorre depois de serem delles arrancadas até serem definitivamente

(1) O art. 394.º do projecto primitivo, no n.º 2.º, declarava immoveis « as plantas, arvores, e quaesquer productos do solo, emquanto *estiverem unidos ao mesmo solo* ». Mas esta disposição parece ter provindo do art. 520.º do codigo francês, que era considerada *inutil* pelos commentadores deste codigo.

plantadas, embora alguns escriptores, como POTHIER e MAZZONI, tenham sustentado o contrario, com o fundamento de que a desincorporação foi accidental e provisoria;

c) São egualmente moveis os objectos enterrados no solo, mas que não teem com elle qualquer outra ligação, como os thesouros e os fructos que ás vezes se costumam enterrar, para melhor se conservarem;

d) a condição immobiliaria dos productos dura emquanto não cessa a sua incorporação no solo.

Mas este ultimo principio tem excepções importantes, podendo muitas vezes dar-se a *separação juridica dos productos,* antes da sua separação material, para o effeito de os considerar moveis.

E' o que acontece com o privilegio mobiliario nos fructos (art. 880.º), o que bem se explica pela razão de só se realisar materialmente o privilegio com a propria colheita dos fructos, a qual lhes attribue a qualidade de moveis.

Tambem os contractos de venda de fructa ou cortiça, ainda pendente, devem considerar-se de natureza mobiliaria, porque as partes, na celebração destes contractos, attendem, não ao estado presente dos productos, mas antes ao estado futuro da sua colheita.

Já COELHO DA ROCHA dizia, com LOBÃO, que os *fructos pendentes* das cousas immoveis se reputavam tambem *immoveis* para os effeitos juridicos, *excepto quando se dispunha delles para serem separados* (1).

A questão tem sido muito controvertida; mas parece que vae prevalecendo esta doutrina (2).

Por cautela convem, todavia, que as partes, querendo considerar de caracter mobiliario os seus contractos, declarem expressamente que vendem os productos ou os fructos *depois de separados,* reconhecendo ao comprador o direito de os colher (3).

(1) *Inst.,* § 33.
(2) *Direito,* VIII, pag. 482; XII, pag 484; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* VI, pag. 322, XI, pag. 153, XII, pag. 564.
(3) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 96.

111. Partes integrantes dos predios rusticos e urbanos. — E' a segunda especie de *immoveis por disposição da lei,* nos termos do art. 375.º, n.º 1.º:

« São immoveis por disposição da lei:

« 1.º Os productos e partes integrantes dos predios rusticos, e as partes integrantes dos predios urbanos, que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio. »

Quaes são as cousas immobilisadas por serem *partes integrantes,* segundo esta disposição?

Já sabemos (supra, n.º 109) que *partes integrantes* são cousa diversa de *partes componentes,* e comprehendem as cousas que, sendo moveis por sua natureza, e não fazendo parte do predio, foram unidas a elle, para lhe augmentar as utilidades.

Tendo em vista a disposição do n.º 1.º do art. 375.º, reconhece-se que as partes integrantes, por elle immobilisadas, são todas as cousas que satisfizerem aos seguintes requisitos:

a) serem moveis por sua natureza;

b) estarem unidas ou affixadas ao predio;

c) conservar uma individualidade propria e distincta do mesmo predio; e

d) prestarem ao dito predio algum serviço util.

O primeiro requisito resulta necessariamente do proprio preceito legal, que trata de *immoveis por disposição da lei,* excluindo os *immoveis por natureza* e *mediante a acção do homem;* e, como só se refere a objectos materiaes, é claro que trata de cousas moveis por sua natureza, mas que se immobilisam pela sua incorporação ou affixação em *immoveis.*

O segundo e o quarto requisitos resultam tambem necessariamente da disposição da lei, nas palavras « que *não podem ser separadas* sem prejuizo do *serviço util.* »

E o terceiro requisito impõe-se tambem, porque se assim não fosse, as partes integrantes, confundindo-se na propria individualidade do predio como suas partes componentes, seriam, como este e estas, immoveis por natureza ou mediante a acção do homem.

Partes componentes dos predios rusticos são a argila, a cal, e as outras substancias do terreno, assim como o são dos predios urbanos a pedra, a argamassa, os madeiramentos, as tintas, etc.

Partes integrantes dos predios rusticos são, por ex., os muros de vedação, os tanques e aqueductos, as bombas de tirar agua dos poços, etc., assim como dos predios urbanos o são as canalisações, os pára-raios, as estantes ou armarios fixos nas paredes, os machinismos fixos das fabricas, etc.

Note-se, comtudo, que noutros logares, como por ex., no § 3.º do art. 381.º, emprega o codigo em sentido diverso as palavras *partes integrantes,* dizendo que « o leito ou álveo da torrente ou corrente de uso commum, que atravessa um predio particular, ou nelle se ajuncta ou nasce, fórma *parte integrante* do mesmo predio »; o que simplesmente quer dizer que o leito ou álveo da corrente faz parte do predio como seu accessorio.

Com as partes integrantes não se verifica o mesmo principio de que cessando a incorporação cessa a immobilisação, como com os materiaes dos predios urbanos e os productos dos predios rusticos, a não ser que a separação seja feita pelo dono do predio.

A excepção da parte final do n.º 1.º do art. 375.º « *salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio* » mostra bem que as partes integrantes passam á categoria de moveis sendo separadas pelo dono do predio, conservando-se, portanto, na mesma situação juridica, se foram distrahidas por um estranho, sem auctorisação do dono.

A immobilisação, porém, verifica-se sempre que se dê a incorporação, quer esta seja feita pelo dono, quer

seja por um terceiro, porque a lei não faz a este respeito distincção alguma.

Da doutrina exposta resulta que não são *partes integrantes* as cousas que por sua propria natureza não podem ser materialmente unidas aos predios, como os animaes domesticos que nelles se encontram; nem tampouco as cousas que, embora susceptiveis de affixação ao predio, não se encontram a elle unidas, como os instrumentos da lavoura, as sementes antes de lançadas na terra, que pelo codigo francês são qualificadas como *immoveis por destino.*

O proprio codigo, permittindo no art. 870.º, n.º 1.º a hypotheca dos *moveis immobilisados* pelo n.º 1.º do art. 375.º, mostra bem que nas *partes integrantes* não se comprehendem aquelles objectos ou outros semelhantes, porque não podendo elles ser identificados e descriptos no registo, não podem ser objecto de hypotheca, e, por consequencia, não são immobilisados, segundo os artt. 375.º e 870.º (1).

Por isso, com razão affirma o *Direito* que os objectos declarados *immoveis por destino* pelo codigo francês não podem ser considerados *immoveis por disposição da lei* segundo o pensamento e a letra do nosso codigo (2).

A segunda parte do n.º 1.º do art. 375.º, na palavra « *que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio* », refere-se tanto aos predios rusticos como aos urbanos, embora alguns jurisconsultos, como o Dr. Dias Ferreira, entendam que sómente se refere aos ultimos (3).

Realmente nem a letra nem a razão da lei auctorisam uma tal distincção.

Esta ideia era bem explicita no projecto primitivo, onde se consideravam immoveis (art. 394.º n.ºs 2.º e 3.º), alem dos *productos* do solo, « *tudo o que fôr affixado ou unido em permanencia ao predio rustico ou urbano.* »

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 101.
(2) *Direito*, IV, pag. 450.
(3) Dr. Dias Ferreira, I, pag. 265.

112. Direitos inherentes aos predios rusticos ou urbanos. — Os *direitos,* como faculdades abstractas da personalidade do homem, não são por sua natureza moveis nem immoveis.

Mas sendo necessario classifica-los nestas categorias juridicas para o effeito de fixar o regimen legal a que devem subordinar-se, o legislador consignou a ficção de os considerar immoveis ou moveis, conforme são ou não inherentes aos immoveis propriamente ditos.

Por isso os *direitos só por disposição da lei* se dizem *moveis* ou *immoveis.*

E, assim, *immoveis são* os *direitos inherentes aos predios rusticos ou urbanos,* considerando-se moveis todos os outros (artt. 375.º, n.º 2.º, e 376.º).

Os *direitos reaes* podem ser *immobiliarios* ou *mobiliarios,* conforme teem ou não por objecto cousas immoveis; e, por consequencia, ha alguns que são sempre immobiliarios, outros só podem ser mobiliarios, e outros podem ser ora mobiliarios ora immobiliarios.

Exemplo dos primeiros são as servidões e a emphyteuse (art. 2267.º e 1653.º); dos segundos o penhor (artt. 855.º e 860.º); e dos terceiros o usufructo (art. 2197.º).

Com os *direitos pessoaes* acontece quasi o mesmo.

Se o direito tem por objecto a *prestação duma cousa* é *mobiliario* ou *immobiliario,* conforme essa cousa fôr movel ou immovel. E' movel o crédito de certa quantia de dinheiro ou de certa quantidade de generos; e é immovel o direito que tem por objecto a obrigação de entregar ou restituir um predio rustico ou urbano.

Se o direito tem por objecto a *prestação dum facto,* entendem alguns que é sempre *mobiliario,* havendo,

porém, quem sustente que deve considerar-se *immobiliario* quando se resolver na prestação duma cousa immovel.

Este problema tem sido discutido especialmente sobre o exemplo de um individuo contrahir para com outro a obrigação de lhe construir uma casa.

POTHIER, sustentando a primeira solução, dizia que o *direito de crédito* resultante deste contracto não tem por objecto a casa, mas apenas o interesse juridico do crédor no cumprimento da obrigação por parte do devedor; e tanto que, se este não cumpre, o crédor apenas tem direito a exigir a indemnisação de perdas e damnos.

Mas, em contrario, argumentaram os partidarios da segunda solução, entre elles MOURLON, que o crédor tem tambem direito a reclamar a *prestação da mesma cousa* por um terceiro, á custa do devedor, sendo isso possivel (cod. civ., art. 712.º).

E os partidarios de POTHIER, como DEMOLOMBE, viram-se forçados a abandonar a razão por elle adduzida, recorrendo a outros argumentos.

E assim dizem, a proposito do exemplo citado:

a) que a construcção da casa é o *fim,* mas não o *objecto* do contracto, o qual consiste apenas na *prestação do trabalho* do devedor, e quando muito, na dos materiaes necessarios para a obra;

b) que aquelle *direito de credito* não póde dizer-se *inherente ao edificio,* pois este ainda não existe, e só apparece quando o direito se extingue pelo cumprimento da obrigação; e

c) que a doutrina contraria á de POTHIER conduz ao absurdo de considerar immovel a obrigação contrahida pelo lavrador de lavrar o meu campo, a contrahida pelo pintor de pintar a minha casa, etc.

Em todo o caso é certo que os partidarios da doutrina de POTHIER, reconhecem que, deixando o crédor da construcção da casa os seus *moveis* a uma pessoa e os *immoveis* a outra, a esta deve ficar pertencendo aquelle crédito, se no testamento nada se dispuzer em contrario, com o fundamento de que valendo mais a vontade do testador do que o significado literal ou legal das palavras, é de presumir que a sua intenção fosse deixar aquelle direito a quem fica sendo o proprietario do solo, visto que só este póde exerce-lo, por não poder outra pessoa, sem o seu consentimento, edificar em terreno alheio (1).

Nos *direitos reaes* é sempre *certa* e *determinada* a cousa sobre que recahem, e, por isso, sabe-se logo se são mobiliarios ou immobiliarios.

Mas nos *direitos pessoaes* acontece ás vezes que é *indeterminado* o seu objecto, como succede nas obrigações *alternativas,* em que o devedor póde desonerar-se entregando um movel ou um immovel (art. 733.º), de modo que a natureza do direito fica tambem indeterminada até ao momento da sua realisação definitiva.

Da redacção do n.º 2.º do art. 375.º — « Os *direitos inherentes* aos immoveis mencionados no *artigo precedente* » — poderia porventura concluir-se que não são immobiliarios os direitos inherentes aos immoveis mencionados no n.º 1.º do mesmo artigo.

Mas tal conclusão é apenas superficial, e, por isso inadmissivel, porque, examinando o fundo das cousas, tem de concluir-se o contrario, visto que os direitos inherentes aos *productos* e *partes integrantes* immoveis são tambem inherentes aos respectivos predios.

Deve, porém, resalvar-se a natureza mobiliaria dos contractos sobre os productos, para só produzirem effeitos com a colheita delles (supra, n.º 110).

Tem-se discutido a natureza do *direito hypothecario,* parecendo que, entre nós, o Dr. DIAS FERREIRA considera de caracter mobiliario a *hypotheca,* dizendo que « o n.º 2.º do art. 375.º abrange sem excepção todos os direitos prediaes, *mas não os créditos hypothecarios,*

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 111, nota.

que, comquanto onerem os immoveis, não são a elles inherentes » (1).

Parece que ha nestas palavras uma confusão entre o *crédito hypothecario* e a *hypotheca* ou o *direito hypothecario,* sendo certo que são dois direitos inteiramente distinctos, sendo até o primeiro independente do segundo, pois o crédito prevalece ainda mesmo que a hypotheca seja nulla.

O primeiro, sendo um *direito pessoal,* será mobiliario ou immobiliario, conforme o seu objecto.

Mas a *hypotheca,* recahindo sobre predios rusticos ou urbanos, quer directamente (art. 889.º) quer indirectamente (art. 890.º, n.º 1.º), é indiscutivelmente um direito immobiliario, por ser inherente áquelles predios (2).

113. Fundos consolidados e outras cousas por lei immobilisadas. — Este grupo de immoveis por disposição da lei é estabelecido pelo n.º 3.º e § unico do art. 375.º:

« *3.º Os fundos consolidados, que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente.*

« *§ unico. O disposto neste artigo não exclue as immobilisações, decretadas por lei especial para certos e determinados fins* ».

A expressão « *fundos consolidados* » refere-se manifestamente a titulos da divida publica do Estado chamada *consolidada* ou *fundada.*

Esta divida é aquella em que o Estado apenas se obriga a pagar em certas epochas os juros estipulados, reservando-se o direito de só pagar o capital quando lhe convier, por meio de amortisações successivas

(1) Dr. Dias Ferreira, I, pag. 266.

(2) Bianchi, Laurent, Aubry e Rau, Lacantinerie, citados pelo Sr. Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 115, nota. No mesmo sentido o *Direito,* opinando comtudo que não é devida contribuição de registo pela cedencia de um credito hypothecario (v, pag. 254).

(divida amortisavel), ou por qualquer outra fórma, não tendo os credores direito a exigir o pagamento do capital, e sendo, portanto, licito ao Estado perpetuar esta divida, donde lhe veio, por isso, tambem o nome de *divida perpetua.*

A esta especie de divida oppõe-se a *fluctuante,* que tem prasos certos e pequenos para o pagamento, e que, sendo destinada a satisfazer as necessidades correntes e urgentes do Estado, está constantemente sujeita a augmento e diminuição, provindo-lhe desta variabilidade o nome de *fluctuante.*

Tanto uma como outra póde ser contrahida no reino ou fóra delle, dando logar á sua divisão em *interna* e *externa.*

Os titulos da divida *consolidada interna* são de tres especies: *inscripções de assentamento* (nominativas), *inscripções de coupons* (ao portador), e *certificados* (titulos representativos de certas quantidades de inscripções de assentamento).

A divida externa é representada só por uma especie de titulos — *bonds* ou *inscripções de coupons.*

O n.º 3.º do art. 375.º, referindo-se a *fundos consolidados,* não abrange, porém, todos estes titulos, mas sómente aquelles que, nos seus precisos termos, « *se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente.* »

E como a immobilisação não póde applicar-se aos titulos ao portador, porque estes, passando de uns para outros possuidores por simples entrega real ou tradição, e não contendo em si mesmos quaesquer clausulas que indiquem a sua natureza de moveis ou immoveis, não poderiam de modo algum reconhecer-se ou identificar-se em qualquer destas qualidades, tem de concluir-se que aquella immobilisação se refere apenas ás *inscripções de assentamento* ou aos *certificados.*

Estas inscripções, por isso mesmo que são nominativas, precisam de ser averbadas em nome dos seus proprietarios, sempre que mudam de dono.

É na Junta do Crédito Publico, como administradora desta divida, que se procede a este averbamento, sendo lançado nos proprios titulos e nos respectivos livros de registo da mesma Junta.

Mas nem todas as *inscripções de assentamento* são immoveis por disposição da lei, pois que o n.º 3.º do art. 375.º só considera taes as *que se acharem immobilisadas perpetua ou temporariamente.*

No direito antigo era opinião geral, fundada no Alvará de 13 de março de 1797, que todas as inscripções eram bens immoveis (1).

Mas perante o codigo civil a regra é que as inscripções são cousas moveis, a não ser que excepcionalmente tenham sido immobilisadas.

É a doutrina que resulta expressamente, e sem sombra de duvida, do confronto do n.º 3.º do art. 375.º com o art. 376.º.

Mas quaes são as inscripções immobilisadas perpetua ou temporariamente?

A doutrina a este respeito estabelecida é que são *immobilisadas perpetuamente* as inscripções averbadas em favor de corporações de utilidade publica, como misericordias, asylos, cabidos, seminarios, confrarias, parochias, etc.; e *immobilisadas temporariamente* as que forem averbadas a menores, ausentes, interdictos, como fazendo parte de um dote, de um usufructo ou de uma caução, etc. (2).

Esta doutrina, porém, apezar de ter tido uma consagração geral e constante, mesmo nas decisões dos tribunaes, não nos parece juridicamente bem fundamentada.

Parte-se do principio que a immobilisação resulta da *inalienabilidade temporaria* ou *perpetua,* dizendo por

(1) Entretanto esta opinião foi combatida por MARTENS FERRÃO, num erudito *Parecer da Procuradoria Geral da Corôa — Direito,* III, pag. 588.

(2) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pag. 117; Dr. DIAS FERREIRA, I, pag. 378; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* XXXI, pag. 328.

isso a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* que a expressão *fundos consolidados* do n.º 3.º do art. 375.º significa — *titulos de divida publica, que, perpetua ou temporariamente, não podem ser alienados pela pessoa a favor de quem são averbados.*

E, assim, conclue a mesma *Revista* que as inscripções averbadas em nome das corporações publicas são *fundos immobilisados perpetuamente,* porque nenhuma das entidades, em nome de quem estão averbados, póde aliena-los por si livremente, e taes fundos só poderão ser alienados, quando a sua alienação seja auctorisada por lei; e que são *immobilisadas temporariamente* as inscripções averbadas em favor de menores não emancipados, ou como dotaes em favor de mulher casada, porque não podem ser alienadas livremente pela pessoa a quem pertencem, emquanto a sua alienação não fôr auctorisada judicialmente, ou emquanto não acabe o estado do seu dono que determina a immobilisação, isto é, emquanto o menor se não emancipe, ou a mulher não fique no estado de viuvez (1).

A verdade, porém, é que não ha texto de lei nem principio juridico que auctorise identificar a *immobilisação* do n.º 3.º do art. 375.º com a *inalienabilidade,* absoluta ou relativa, dos respectivos bens.

Aquella *immobilisação* não tem outro significado nem outro alcance senão o de applicar áquelles fundos o mesmo regimen e as mesmas garantias juridicas de que a lei faz cercar os bens immoveis.

Se a *immobilisação* significasse *inalienabilidade,* seriamos então levados a concluir que todos os immoveis são inalienaveis, o que é um absurdo e um contrasenso.

Por outro lado, tambem não é verdade que as inscripções das corporações de utilidade publica só possam ser alienadas, quando a sua alienação seja

(1) Cit. *Revista,* log. cit.

auctorisada por lei. Basta simplesmente que a deliberação de as alienar seja approvada pela auctoridade tutelar competente, como acontece, por exemplo, com as camaras municipaes, que precisam da approvação do governo, nos concelhos de primeira ordem, e da commissão districtal, nos de segunda (codigo administrativo, art. 56.°, n.° 4.°), e com as juntas de parochia, que precisam da approvação do governador civil (cit. codigo, art. 180.°, n.° 3.°).

Estas mesmas disposições do codigo administrativo mostram bem que o legislador não considerou como *immobiliarias* as inscripções dos corpos administrativos dizendo:

« Sobre acquisição ou alienação de *bens immobiliarios,* titulos, acções, *inscripções,* e em geral de quaesquer papeis de crédito. »

Tambem os bens dotaes não são inalienaveis, pois o codigo civil permitte a sua alienação nos differentes casos enumerados nos n.os 1.° a 7.° do art. 1149.°, e por isso já o celebre jurisconsulto ALEXANDRE DE SEABRA sustentou que as inscripções dotaes não são immobiliarias (1).

Dizer-se das inscripções dotaes que ellas são *immobilisadas,* porque são *inalienaveis* durante a constancia do matrimonio (cod. civ., art. 1149.°), é apenas formular um circulo vicioso, pois que só póde dizer-se, nos termos do art. 1149.°, que ellas são *inalienaveis* se se demonstrar primeiro que ellas são *bens immobiliarios.*

Por isso, somos forçados a concluir que as inscripções dotaes, em regra, são bens mobiliarios; e só podem immobilisar-se por declaração da vontade do seu proprietario (dotada ou dotador). Nada se oppõe, com effeito, a que no contracto ante-nupcial a dotada ou o dotador consignem a clausula de immobilisação das inscripções dotaes.

(1) *Direito,* XIII, pag 43.

E a mesma doutrina deve, pois, generalisar-se a todas as inscripções, no sentido de que só são immoveis por disposição da lei, quando tiverem sido declaradas immoveis por acto legitimo da vontade do seu dono.

De outro modo não se póde determinar o sentido e alcance do n.° 3.° do art. 375.°.

Desta maneira nós entendemos, contrariamente á jurisprudencia corrente, que as inscripções dotaes podem ser livremente alienadas pelo marido, salvo se outra cousa tiver sido estipulada (art. 1148.°).

Note-se finalmente que o codigo civil, determinando no art. 1140.° as especies de bens em que deve ser convertido o dote ou a parte delle que fôr em dinheiro, expressamente exclue da categoria dos immoveis as inscripções de assentamento, que são para este effeito equiparadas ás acções de companhias, sendo certo que estas são unanimemente consideradas bens moveis.

A disposição do § unico do art. 375.°, resalvando quaesquer immobilisações decretadas por lei especial para certos e determinados fins, torna-se desnecessaria, pois que a lei especial prevalece sempre sobre a lei geral.

114. Cousas moveis; suas especies. — As cousas moveis são determinadas pelo art. 376.°:

« *São moveis por natureza todos os objectos materiaes não comprehendidos nos dois artigos precedentes, e por disposição da lei todos os direitos não comprehendidos em o n.° 2.° do artigo anterior.* »

Vê-se, pois, que ha duas especies de *moveis:*

a) *por natureza,* todos os objectos materiaes, que não forem predios nem por lei declarados immoveis; e

b) *por disposição da lei,* todos os direitos que não forem inherentes a predios, nem *por outro motivo immobilisados.*

Esta ultima expressão, ou outra equivalente, como — *e que por lei não foram declarados immoveis* — é indispensavel para completar o pensamento do art. 376.º, pois ha direitos que, apezar de não serem comprehendidos no n.º 2.º do art. 375.º, nem por isso são *moveis,* como os do n.º 3.º do mesmo artigo, que são verdadeiros *direitos pessoaes* ou *de credito,* sem fallar dos direitos essencialmente constitutivos da personalidade humana (meramente pessoaes), que não constituem cousas, e por isso não podem classificar-se nem como moveis nem como immoveis.

115. Cousas publicas, communs e particulares; fundamento desta classificação. Esta classificação encontra-se no art. 379.º, e os seus termos são definidos nos artt. 380.º-382.º.

Diz o art. 379.º:

« *As cousas, em relação ás pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que d'ellas se podem livremente aproveitar, dizem-se publicas, communs e particulares.* »

O projecto primitivo do codigo não continha a doutrina dos artt. 379.º-382.º, que só foram formulados quando, a proposito da occupação das aguas, appareceu a necessidade de definir o *uso publico* e o *uso commum* (1).

Na maior parte dos codigos modernos foram consignadas, embora seguindo criterios differentes, certas disposições destinadas a separar da *propriedade privada,* objecto do direito civil, os bens que estão na posse e mesmo no dominio das pessoas sociaes ou corporações publicas, os quaes na sua maior parte pertencem á esphera da acção do direito publico e administrativo.

No meio da grande variedade de disposições reguladoras dos bens possuidos pelas corporações ou

(1) *Actas,* pag. 140 e 446.

pessoas publicas, uma ideia fundamental é commum a todas as legislações: é que essas pessoas podem ter duas especies de bens — a *propriedade privada,* sujeita ao direito civil, e outra classe de bens, *de natureza diversa,* que são destinados ao uso ou serviço publico.

O nosso codigo consigna claramente esta doutrina, tratando nos artt. 380.º e 381.º de cousas de uso publico e commum, que estão na posse ou administração do Estado ou de corporações publicas, e declarando no § unico do art. 832.º que o Estado, os municipios e as parochias, como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular.

Já no nosso direito antigo COELHO DA ROCHA classificava os bens, emquanto aos possuidores, em *nacionaes, municipaes, dos estabelecimentos publicos,* e *particulares* (1).

E tambem já COELHO DA ROCHA accentuava a distincção dos bens nacionaes e municipaes em duas especies perfeitamente differenciadas — os bens de *uso publico* e os bens *patrimoniaes* do Estado ou do municipio, juridicamente equiparados aos dos particulares.

Foi esta distincção, entre as duas especies de bens possuidos pelo Estado ou pelas corporações publicas, que levou alguns legisladores e jurisconsultos a tomar como base da classificação das cousas em *publicas,*

(1) « *Nacionaes,* escrevia COELHO DA ROCHA, são os que pertencem ao Estado ou nação. São de duas especies: 1.ª daquelles, que de tal maneira estão na propriedade publica, que não podem deixar de lhe pertencer, sem mudar de natureza, e por isso, na phrase do direito romano, se diziam estar fóra do commercio: taes são os tributos, as estradas, os rios navegaveis, as praças, portos, ancoradouros, caes, etc; 2.ª daquelles que, não obstante pertencerem ao Estado, podem comtudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou ainda prescripção: taes são os *proprios* do Estado, os bens vacantes, as ilhas e mouchões que se formam nos rios navegaveis, os palacios e quintas destinados á familia real, e estabelecimentos do Estado.

« *Municipaes* dizem-se aquelles bens, cuja propriedade pertence aos povos de um concelho ou municipio Estes tambem se podem reduzir a duas especies: 1.ª daquelles cujo uso está patente a todos, como as

communs e *particulares* a natureza das pessoas a quem pertencem ou que teem a sua posse, como que estabelecendo o principio de que a natureza juridica das cousas é variavel com a qualidade das pessoas a quem pertencem.

Um escriptor italiano (BORSARI) chega até a affirmar que *i beni recevono qualità dalle persone a cui appartengono.*

Mas tal doutrina é inacceitavel, sendo mesmo necessario inverter aquelle principio no sentido de que as cousas só pela sua diversa natureza ou funcção especial são consideradas como publicas ou communs, e não pelo simples facto de pertencerem ao Estado ou a corporações publicas, pois que tambem estas pessoas moraes são susceptiveis de propriedade particular.

Certas cousas são *publicas* ou *communs*, pela simples razão de que por sua propria natureza são destinadas ao uso de toda a gente ou de uma generalidade de pessoas, e não por pertencerem ao Estado ou a corporações publicas.

E não se dizem publicas ou communs por pertencerem a estas pessoas moraes; mas entrega-se-lhes a sua posse e administração, precisamente por serem publicas ou communs.

E quando a lei subordina a certas restricções e formalidades a alienação e administração destas cousas, é menos em razão da propria natureza objectiva das mesmas cousas, do que em virtude de *uma certa incapacidade* das pessoas moraes que as possuem.

É o mesmo que acontece com os bens pertencentes a menores, interdictos, ausentes e casados segundo o

ruas, os baldios e maninhos; 2.ª daquelles cujo uso e rendimento é especialmente applicado para as despezas da municipio. O mesmo é applicavel aos bens das *parochias*.

« Os bens dos *estabelecimentos publicos*, como Egrejas, Mosteiros, Hospitaes, Misericordias, Universidades, são, para os effeitos juridicos, equiparados aos dos particulares, com as excepções ou privilegios, que as leis lhes concedam.

« Os bens dos *particulares* são os que fazem o objecto principal do direito civil » — COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 86 a 89.

regimen dotal, que só em certos casos, e mediante certas formalidades, podem ser alienados.

O nosso codigo, tanto na rubrica do titulo em que está collocada esta materia, como na primeira parte do art. 379.º, parece ter tomado como fundamento da classificação o conceito erroneo da diversa qualidade das pessoas a quem as cousas pertencem.

Mas este criterio é apenas apparente, porque o mesmo art. 379.º consigna um outro fundamento equivalente, expresso nas palavras — *ou que d'ellas se podem livremente aproveitar* —, mostrando assim que o seu pensamento foi attender ás pessoas que das cousas podem utilisar-se, declarando-se publicas, communs ou particulares, conforme o seu uso pertence a toda a gente (art. 380.º), a uma certa generalidade de individuos (art. 381.º), ou só a certas e determinadas pessoas (art. 382.º).

E assim, as duas expressões do art. 379.º, que traduzem o fundamento da classificação, devem considerar-se synonimas, não só porque attribuir-se-lhes diverso sentido seria admittir duas bases differentes para a mesma classificação, mas porque, em regra, só póde dispôr livremente duma cousa o seu proprio dono.

116. Noção e caracteres distinctivos das cousas publicas, communs e particulares.

Cousas publicas são (art. 380.º):

« *as cousas naturaes ou artificiaes, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações publicas, e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos, individual ou collectivamente, utilisar-se, com as restricções impostas pela lei, ou pelos regulamentos administrativos.* »

Cousas communs são (art. 381.º):

« *as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar pro-*

veito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica. »

Cousas particulares são (art. 382.º):

« *as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguem póde tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento.* »

A definição legal das cousas publicas é, com ligeiras alterações, a que foi apresentada á Commissão revisora do projecto do codigo civil por ALEXANDRE HERCULANO (1).

Por esta definição vê-se que ha duas especies de *cousas publicas:* as *naturaes,* que fazem parte da propria natureza physica do globo, como as aguas navegaveis ou fluctuaveis, e as *artificiaes,* que são produzidas pelo Estado ou por alguma corporação publica, como as fontes e as estradas.

Mas tanto umas como outras teem esta caracteristica essencial — *serem destinadas ao uso de toda a gente, nacionaes ou estrangeiros* (art. 380.º comp. com o art. 26.º).

As *cousas communs* são tambem naturaes ou artificiaes, e distinguem-se das *publicas* por serem destinadas sómente ao uso dos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica.

Quer dizer: tanto umas como outras são destinadas ao *uso publico,* mas emquanto que as publicas são de *uso publico geral,* as communs são apenas de *uso publico local* ou restricto aos membros de certas corporações publicas.

(1) A definição apresentada por ALEXANERE HERCULANO era assim formulada:

« São de *uso publico* as cousas naturaes ou artificiaes apropriadas ou produzidas pelo Estado e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos, individual ou collectivamente, utilisar-se com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos. » Cfr. Actas da Commissão revisora, pag. 176.

Na determinação do conceito juridico das cousas publicas e communs distinguem alguns escriptores entre *uso publico* e *serviço publico.*

Ambas as expressões se referem á utilidade ou proveito que todos os cidadãos ou uma certa generalidade delles podem tirar daquellas cousas; mas o *uso publico* refere-se só ás cousas que o publico póde utilisar directamente, por si mesmo, aproveitando-se das utilidades que constituem o proprio e especial destino das mesmas cousas; emquanto que o *serviço publico* se refere apenas ás utilidades que os cidadãos indirectamente podem tirar de certas cousas que estão na posse real e effectiva da administração publica, e que por intermedio dos seus agentes tambem prestam serviços á collectividade, como são, por exemplo, os estabelecimentos e repartições publicas.

As cousas de *uso publico,* por isso mesmo que são destinadas ao uso directo dos cidadãos, estão fóra do commercio, não constituindo bens patrimoniaes do Estado ou das corporações publicas, considerados como pessoas moraes, ao contrario das cousas que o Estado ou as ditas corporações possuem para a execução de *serviços publicos,* que constituem verdadeiros bens patrimoniaes ou propriedade privada (§ un. do art. 382.º).

Ha, porém, muitos escriptores (ZACHARIAE, DEMOLOMBE, HANRIOU, MANTELLINI, MAZZONI, RANELETTI, e outros) que não admittem esta distincção entre o *uso publico* e o simples *serviço publico,* considerando publicas todas as cousas destinadas ao uso publico, quer seja o uso directo quer o indirecto (1).

Essencialmente diversas das cousas publicas e communs são as *particulares,* porque, pertencendo a certas e determinadas pessoas, singulares ou collectivas, physicas ou moraes, constituindo o seu *patrimonio,* só por estas pessoas podem ser directamente utilisadas, ou

(1) RANELETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio publico,* na *Giurisprudenza Italiana,* XLIX, pag. 330.

ainda por outras que por estas sejam para isso auctorisadas (art. 382.º).

Da propria natureza das tres especies de cousas resulta que tambem ellas se distinguem, em regra, umas das outras, pelas pessoas a quem é confiada a sua administração, que são, em geral: o Estado para as publicas, as corporações publicas para as communs, e os individuos, ou o Estado e as corporações como pessoas moraes, para as particulares.

Mas esta regra tem excepções importantes, havendo cousas communs administradas pelo Estado, como são as correntes não navegaveis nem fluctuaveis de uso commum, e cousas publicas administradas por corporações administrativas, como as estradas municipaes ou parochiaes.

A caracteristica differencial está, pois, nas pessoas que das cousas se podem livremente utilisar, sendo comtudo certo que o uso das cousas publicas e communs não é inteiramente livre para as pessoas a quem são destinadas, porque, no proprio interesse da collectividade, está sujeito ás restricções e limitações impostas pelas leis e regulamentos administrativos, no sentido do seu melhor aproveitamento.

Note-se finalmente que a lei, definindo as cousas communs pelas pessoas que as podem utilisar, refere-se ao uso proprio e especial a que ellas são directamente destinadas, como a irrigação, os usos industriaes e gastos domesticos, relativamente ás aguas, e não a qualquer uso accidental e indirecto, como por exemplo, o da pesca nas aguas publicas e communs, que é reconhecido a toda a gente nos termos do art. 395.º.

E ainda assim a definição legal das cousas communs mal póde adaptar-se ás aguas de uso commum, pois que o seu uso não pertence a todos os individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica, mas apenas aos proprietarios marginaes e seus visinhos, conforme o disposto nos artt. 434.º e segs.

Este facto levou a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* a concluir que para o uso das cousas communs se attende umas vezes á *circumscripção administrativa*, e outras á *natural* sómente (1).

A verdade, porém, é que não ha circumscripções puramente *naturaes*, e a definição do art. 381.º é adaptavel tambem ás aguas de uso commum, entendendo-se que o uso das cousas communs não pertence sempre a *todos* os individuos comprehendidos em certa circumscripção ou corporação publica, mas apenas á generalidade dos que se encontrarem nas condições legaes de se aproveitarem dellas.

Esta interpretação é mesmo a que melhor se harmonisa com o preceito do art. 381.º, que não emprega a palavra *todos*, que aliás se encontra no art. 380.º

Restricção semelhante se verifica nos baldios *municipaes* ou *parochiaes* (art. 381.º, n.º 1.º), cujo uso não pertence a todos os municipes ou parochianos, mas apenas aos visinhos de certas localidades, como adeante veremos.

117. A questão da propriedade das cousas publicas e communs. — E' uma questão muito controvertida a da propriedade das cousas publicas e communs, embora a sua discussão e solução, nos termos em que se apresentam, não offereça interesse prático.

Relativamente ás publicas, sustenta a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* que a sua propriedade pertence ao Estado ou ás corporações publicas, conforme por aquelle ou por estas foram apropriadas ou produzidas. Assim diz a *Revista:*

« Pertencendo nestas cousas ao Estado ou ás corporações publicas o direito de exclusão e defeza, o direito de restituição e de indemnisação, e a *faculdade*

(1) Cit. *Revista*, XIII, pag. 162, nota 8.

de dispôr dellas como bens proprios logo que percam a qualidade de publicas, podemos dizer que aquellas entidades teem direitos de *propriedade* sobre os objectos desta natureza. E como o direito de dispôr é o que mais caracterisa o dominio, e este direito pertence ao Estado ou corporações publicas sobre aquella especie de bens, e *tanto que o podem exercer assim que estes bens não sirvam para o uso de todos,* entendemos que o *dominio delles é do Estado, ou districto, ou municipio, ou parochia,* e o direito de os fruir ou utilisar é de todos os homens sejam elles quaes forem » (1).

Por seu lado, o Dr. Dias Ferreira escreveu:

« Os bens publicos descriptos no art. 380.º pertencem em *plena propriedade* á Nação, por direito de soberania, e no uso a todo o mundo, formam parte do territorio nacional, e não podem ser alienados, nem adquiridos por prescripção » (2).

Esta doutrina, porém, é manifestamente inadmissivel na parte em que attribue tambem ao Estado a propriedade das proprias cousas publicas, que nos termos do art. 380.º foram apropriadas ou produzidas por outras corporações publicas.

A doutrina da *Revista de Legislação* foi naturalmente suggerida pelas palavras « *apropriadas ou produzidas* » do art. 380.º

E neste sentido poderia ainda invocar-se a disposição do art. 2263.º, que expressamente falla de terrenos publicos *que pertençam* a *freguezias,* a *municipios* ou ao *Estado.*

Entretanto as cousas teem de ser necessariamente o que realmente são em face da lei, e não o que apenas resulta das palavras empregadas pelo legislador.

Ora a verdade é que a lei não reconhece ao Estado nem ás corporações administrativas o *dominio* ou *direito de propriedade* sobre as cousas *publicas,* senão quando ellas passam á categoria de *bens patrimoniaes*

(1) Cit. *Revista,* xiii, pag. 146.
(2) Dr. Dias Ferreira, i, 69.

ou *cousas particulares,* por deixarem de servir para o uso publico a que eram destinadas.

A propria *Revista de Legislação,* ao fundamentar a sua doutrina, affirma duas vezes, por uma fórma expressa e terminante, esta mesma ideia.

E se é certo, como diz a mesma *Revista,* que o *direito de dispôr é o que mais caracterisa o dominio,* e é indiscutivel que as cousas publicas são inalienaveis, e até imprescriptiveis, emquanto não deixarem de servir para o uso publico, a conclusão tem de ser que, se alguem tem *dominio* sobre estas cousas, são os proprios individuos que dellas se utilisam, e não o Estado ou as corporações publicas, que as apropriaram, ou produziram.

E as palavras « *apropriadas ou produzidas* » do art. 380.º explicam-se perfeitamente no sentido de que o Estado ou as corporações apropriam estas cousas em nome de todos os individuos, para o uso de toda a gente, mas não para as possuirem como bens proprios.

Mas dizendo-se que o *dominio* das cousas publicas pertence a todos os individuos que dellas se podem utilisar, não se entende a palavra *dominio* no seu rigoroso sentido, como synonimo de *propriedade,* como a define o art. 2167.º, mas simplesmente o direito que todos teem de usufruir directamente as utilidades das mesmas cousas.

De resto, a verdade é que as cousas publicas, emquanto se mantiverem como taes, são cousas *nullius* e *fóra do commercio,* embora algumas possam ser parcialmente adquiridas por occupação, como acontece com as aguas.

Relativamente ás cousas communs, entende a *Revista de Legislação* que o codigo não diz a quem a sua propriedade pertence, acrescentando que « nem o podia dizer, já porque não está ainda bem assente este ponto de direito, já porque, ainda que o estivesse, seria mister estabelecer tantos principios quantas as

especies de bens comprehendidos na denominação de cousas communs ». E, procurando determinar os proprietarios das cousas communs, diz a mesma *Revista* que são: os proprietarios dos predios marginaes, para as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, os municipios ou as parochias, para os terrenos baldios e para as fontes construidas e administradas pelas respectivas corporações administrativas (1).

Examinando, porém, os artt. 434.º e segg., especialmente o art. 440.º, vê-se logo que os proprietarios marginaes não teem o direito de *propriedade* sobre as aguas, mas apenas o direito de se servirem dellas para o serviço ou exploração dos seus predios. E' um direito de occupação no systema do codigo, e que bem mostra serem *nullius* as aguas communs, assim como as publicas, e até mesmo as particulares, como adeante veremos.

A doutrina que attribue ao municipio ou á parochia a propriedade dos *baldios* funda-se nas leis de 26 de julho de 1850 e 28 de agosto de 1869, e no regulamento de 25 de novembro do mesmo anno, que dão áquellas corporações não só os direitos de exclusão e defeza, de restituição e indemnisação, mas tambem o de receber o preço da venda ou aforamento de taes terrenos.

Mas a verdade é que aquelles direitos bem se justificam pela simples funcção administrativa dos mesmos terrenos confiada áquellas corporações; e o direito de receber o preço da venda ou aforamento só se realisa quando o terreno deixa de ser de uso commum.

No sentido do principio geral que faz coincidir a propriedade das cousas com o direito de as usar livremente, já o Supremo Tribunal de Justiça julgou que a propriedade dos baldios pertence aos moradores visinhos (2).

(1) Cit. *Rev.*, XIII, pag. 161.
(2) Accordam de 17 de novembro de 1880, no *Direito*, XIII, pag. 139.

Os *baldios*, emquanto se conservam na qualidade de cousas communs, são cousas não apropriadas, e como taes *nullius* e fóra do *commercio* (1), e só entram no commercio, transformando-se então em cousas particulares, quando nos termos das leis é auctorisada a sua alienação, sendo só neste momento que ao respectivo municipio ou parochia é licito occupa-las.

E da doutrina exposta resulta que a mesma é tambem a condição juridica das *fontes communs*.

118. Enumeração das cousas publicas. — O codigo faz esta enumeração no art. 380.º. Mas é necessario completa-la com o disposto no decreto n.º 8.º de 1 de dezembro de 1892, que regula a organisação dos serviços hydraulicos, começando por determinar quaes são as aguas publicas, as communs, e as particulares.

E assim, pertencem á categoria das cousas publicas:

1.º As estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas publicas, municipaes ou parochiaes;

2.º As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, *portos artificiaes, docas*, fozes, rias e esteiros, e *seus respectivos leitos, caes e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar de aguas vivas;*

3.º Os lagos e lagôas, e os canaes, *vallas* e correntes de agua doce, navegaveis ou fluctuaveis, com os seus respectivos leitos ou alveos e *margens*, e as fontes publicas (2).

A enumeração legal das cousas publicas é apenas exemplificativa, como resulta da propria expressão « *Pertencem a esta categoria* », havendo outras cousas, alem das especificadas no art. 380.º, que já antes do

(1) Accordam da Relação do Porto, de 19 de dezembro de 1879, na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, XVIII, pag. 123.
(2) As palavras sublinhadas representam os acrescentamentos do citado decreto de 1 de dezembro de 1892.

codigo civil eram consideradas *publicas,* taes como os *caminhos de ferro,* com as suas dependencias, e as *linhas telegraphicas,* nelles estabelecidas (decreto n.º 2 de 31 de dezembro de 1864, art. 1.º).

Mas visto que as cousas publicas, assim como as communs, pertencem mais ao direito administrativo do que ao direito civil, limitar-nos-hemos a uma ligeira analyse das categorias mencionadas nos artt. 380.º e 381.º.

119. Estradas e caminhos publicos. — A lei de 22 de julho de 1850 classificava as vias de communicação em *estradas* e *caminhos,* dividindo as primeiras em *estradas de primeira classe* e de *segunda classe,* e os segundos em *municipaes* e *vicinaes.*

A lei de 15 de junho de 1862 fez outra classificação das estradas, dividindo-as em tres classes:

a) *estradas reaes* ou *de primeira ordem;*
b) *estradas districtaes* ou *de segunda ordem;* e
c) *estradas municipaes* ou *de terceira ordem.*

Depois a lei de 6 de junho de 1864 (art. 1.º, §§ 1.º e 2.º) dividiu as *estradas municipaes* em duas classes, pertencendo á primeira « as estradas municipaes de interesse commum para dois ou mais concelhos, e cuja construcção e conservação estiver a cargo de dois ou mais municipios » *(caminhos concelhios),* e á segunda « as de interesse especial de um só concelho, ao qual exclusivamente competirá a sua construcção e custeio » *(caminhos vizinhaes).*

Alem disso, o codigo administrativo falla ainda de *caminhos parochiaes* (art. 176.º, n.º 25.º), de *caminhos vicinaes do uso da parochia, que não estejam classificados como estradas municipaes* (art. 174.º, n.º 24.º), e de *atravessadouros* ou *serventias publicas* (art. 52.º, n.ºs 1.º e 9.º).

Serão cousas *publicas* todas estas differentes especies de vias de communicação?

Se attendermos só aos termos do n.º 1.º do art. 380.º, parece que todos os caminhos construidos e mantidos á custa do Estado, do municipio ou da parochia, entram na mesma categoria, incluindo mesmo os *vicinaes do uso da parochia.*

Mas entre estes ha alguns que são do uso *exclusivo* da parochia ou de uma parte della, como os que se dirigem a um tanque ou lavadouro da freguezia ou a um baldio parochial.

Ora os que se encontrarem nestas condições, não satisfazem ao requisito essencial do uso publico geral, e por isso só podem considerar-se cousas *communs.*

Os *atravessadouros* ou *serventias publicas* podem tambem ser de uso publico ou simplesmente de uso commum sendo assim umas vezes *publicos* e outras vezes *communs* (1).

120. O mar territorial e respectiva margem ou costa. — As aguas do mar, sendo por sua propria natureza insusceptiveis de propriedade exclusiva, quando consideradas no seu conjunto, estão fóra do commercio e são destinadas ao uso de toda a gente.

Mas o direito politico internacional collocou em diversa situação juridica as aguas do *mar costeiro* e as do *alto mar,* declarando este egualmente livre para todos os Estados, e considerando aquelle como um prolongamento do territorio nacional do país por elle banhado.

As principaes razões que justificam o dominio dos Estados sobre o mar territorial são:

a) a necessidade que teem os Estados maritimos de se defenderem contra as abordagens dos outros povos;
b) a necessidade de fiscalisar os navios que entram

(1) Os *atravessadouros* passando por predios particulares foram abolidos pela lei de 9 de junho de 1773, § 12.º, que apenas deixou subsistentes os que se dirigissem a *fontes* ou *pontes, com manifesta utilidade publica.*

nas aguas da costa, não só para a boa policia e desenvolvimento dos interesses geraes, mas tambem por motivos de saude publica ou de interesses commerciaes ou fiscaes;

c) a existencia de populações maritimas, que exige a protecção do Estado para o seu gozo exclusivo da pesca e colheita de substancias vegetaes nas aguas da costa.

O limite exterior do mar territorial é geralmente determinado pelo alcance maximo dos canhões, variando assim com os progressos da balistica, salvo quando por meio de tratados internacionaes se fixa um certo numero de kilometros ou milhas.

O limite interior foi fixado pelo decreto de 1 de dezembro de 1892 no maior alcance do *collo da maxima preamar das aguas vivas.*

Os escriptores divergem sobre a natureza do direito que o Estado exerce sobre o mar territorial, sustentando alguns que é de *propriedade,* considerando-o outros como um direito *sui-generis,* de soberania em principio, mas produzindo effeitos de propriedade, e opinando outros que é apenas um direito de *soberania* ou *imperium.*

Esta ultima é a doutrina que nos parece mais scientifica, pois que sobre as cousas *publicas* não pode o Estado exercer, emquanto conservam esta natureza, o dominio privado, ou seja, o direito de propriedade propriamente dito, como já demonstrámos.

O dominio publico do Estado sobre o mar territorial abrange tambem as respectivas costas ou margens, com as suas respectivas dependencias ou obras publicas, nos termos do n.º 2.º do art. 380.º do codigo civil e art. 1.º, n.º 1.º, do decreto de 1 de dezembro de 1892.

121. Lagos publicos, communs e particulares. — O codigo civil, no n.º 3.º do art. 380.º, enumera entre as cousas publicas os lagos e lagôas

navegaveis ou fluctuaveis (1). Mas, confrontando as disposições do codigo com as do decreto de 1892, vê-se que ha outras especies de lagos publicos.

Os lagos communs e particulares teem de commum o não serem navegaveis nem fluctuaveis; mas nem todos os lagos não navegaveis nem fluctuaveis são communs ou particulares.

O codigo civil limitou-se a enunciar as caracteristicas dos lagos communs, determinando assim, por exclusão de partes, os lagos particulares.

Porém, o decreto de 1892 definiu os lagos communs no art. 2.º, e no § unico do art. 3.º os particulares.

Nos termos deste decreto, são lagos *communs:*

1) os situados em terrenos municipaes ou parochiaes;

2) os circundados por differentes predios particulares;

3) os circundados por terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes.

E *particulares* são « os situados *em um só predio particular,* e por elle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum. »

Ficam fóra desta classificação:

1) os situados em terreno publico;

2) os situados num só predio particular, quando alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum;

3) os circundados por terrenos cultivados publicos, municipaes ou parochiaes.

Os lagos situados em um terreno publico não podem deixar de ser considerados como publicos,

(1) Nem o codigo nem o decreto de 1892 definem o que sejam lagos navegaveis ou fluctuaveis Mas devem definir-se em harmonia com o disposto no § 1.º do art 380.º, e no § 1.º do art 1.º do decreto de 1892, para as correntes. E, assim, entende-se por lago navegavel aquelle que é ou vier a ser accommodado á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer forma, construcção e dimensões; e por lago fluctuavel aquelle por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou que de futuro fôr declarado tal pela auctoridade competente.

pela mesma razão que são, em regra, communs os situados em terreno municipal ou parochial, e particulares os situados num terreno particular.

Os situados em terreno particular, que forem alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum, devem naturalmente ser publicos ou communs, conforme forem ou não alimentados por uma corrente publica.

E os circundados por terrenos cultivados publicos, municipaes ou parochiaes, devem considerar-se communs, por analogia com o terceiro grupo do art. 2.º do decreto de 1892.

De modo que, alem dos navegaveis e fluctuaveis, são tambem lagos publicos:

1) os situados em um terreno publico; e

2) os situados em um predio particular, quando alimentados por alguma corrente publica.

Note-se finalmente que nem sempre se póde dizer que sejam *communs* os lagos não navegaveis nem fluctuaveis circundados por differentes predios particulares; assim como nem sempre se póde dizer que sejam particulares os lagos situados completamente num só predio particular não sendo alimentados por alguma corrente publica ou commum.

Com effeito, se o predio particular, no qual está situado um lago tambem particular, é dividido por duas ou mais pessoas, nem por isso o lago perde a sua natureza de particular, para passar á categoria de commum.

Do mesmo modo, se os differentes predios particulares, que circundam um lago commum, se confundem na propriedade do mesmo dono, constituindo assim um só predio, nem por isso o lago ha de passar de commum para particular.

122. Correntes publicas, communs e particulares. — O codigo civil refere-se apenas a

correntes publicas (art. 380.º, n.º 3.º) e communs (art. 381.º, n.º 2.º).

Mas o decreto de 1892 define tambem as correntes particulares, no art. 3.º:

« São particulares as aguas que nascem num predio particular e por elle correm, emquanto não ultrapassam os limites do mesmo predio; ou que, ultrapassando esses limites e correndo por predios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma *outra corrente* publica ou commum. Se porém se lançarem em alguma outra corrente publica ou commum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do predio onde nascem. »

O decreto de 1892, á semelhança do codigo civil, parece identificar as correntes publicas com o simples facto de serem *navegaveis* ou *fluctuaveis,* pois que o seu capitulo primeiro se inscreve — *Aguas publicas (navegaveis ou fluctuaveis), communs ou particulares.*

Mas se é certo que todas as correntes navegaveis ou fluctuaveis são *publicas,* não se póde dizer que a reciproca seja verdadeira, pois tambem ha correntes não navegaveis nem fluctuaveis, que, não sendo communs nem particulares, teem de se considerar publicas.

Torna-se, pois, necessario definir as correntes não navegaveis nem fluctuaveis communs e particulares, para se determinar por exclusão as que são publicas.

Pela definição do decreto de 1892 vê-se que são requisitos das correntes particulares:

1) não serem navegaveis nem fluctuaveis;

2) nascerem num predio particular;

3) correrem por predios particulares onde sejam consumidas, sem se lançarem em alguma outra corrente publica ou commum; e

4) só são particulares emquanto correm no predio particular onde nascem, se vão lançar-se em alguma corrente publica ou commum.

Mas é facil ver que nem todos estes requisitos são essenciaes para que uma corrente deva considerar-se particular.

Se uma corrente *nasce em terreno publico ou commum,* satisfazendo ao primeiro e ao terceiro requisito, deve considerar-se *particular* nos predios que atravessa e onde é consumida, pois que os respectivos proprietarios teem direito a aproveitar as suas aguas, como as de qualquer outra corrente particular.

Se as aguas nascem e correm por terrenos publicos, ou por terrenos communs, onde são consumidas, devem respectivamente considerar-se *publicas* ou *communs,* em face das definições do codigo civil.

Se nascem e correm successivamente por terrenos publicos, communs e particulares, sendo nelles consumidas antes de se lançarem em alguma corrente publica ou commum, deve a corrente ser parcialmente publica, commum ou particular, dentro dos respectivos terrenos onde é utilisada.

De modo que dos requisitos apontados só são essenciaes o primeiro e o terceiro.

Relativamente ás correntes communs, o codigo só considerava taes « as não navegaveis nem fluctuaveis que, atravessando terrenos municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel. »

E assim deixava fóra da classificação:

1) as que vão lançar-se directamente no mar;

2) as que vão lançar-se em outras correntes não navegaveis nem fluctuaveis;

3) as que atravessam só terrenos publicos.

O decreto de 1892 ampliou a definição, de modo a abranger todas estas correntes, dispondo que são communs « as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar, ou em alguma outra corrente de agua publica ou commum » (art. 2.°).

Esta disposição parece revelar no legislador o proposito de considerar communs todas as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, que não sejam particulares, o que levaria assim a identificar a natureza das correntes publicas simplesmente com o facto de serem navegaveis ou fluctuaveis, em harmonia com a rubrica do capitulo primeiro do decreto, como acima dissémos.

E assim, por analogia com a referida disposição do art. 2.° do decreto, seriam tambem simplesmente communs, e não publicas, as correntes que nascem ou correm por terrenos publicos, onde são completamente consumidas, contrariamente á doutrina que acima enunciámos.

Entretanto a definição de correntes communs, consignada no art. 2.° do decreto, é ainda incompleta, porque não faz referencia ás que vão lançar-se nos lagos.

Estas, porém, não podem deixar de ser classificadas do mesmo modo, por analogia.

Em conclusão, devem considerar-se *communs,* alem das que atravessam terrenos communs, onde são consumidas, as correntes não navegaveis nem fluctuaveis que vão lançar-se no mar, ou em alguma corrente ou lago de uso publico ou commum.

O Dr. Teixeira d'Abreu, partindo do principio que as aguas só constituem juridicamente uma *corrente* quando ultrapassam os limites do predio, e que é requisito essencial das aguas *particulares* serem consumidas nos predios que atravessam, conclue que toda a corrente desaguando num lago ha de ser necessariamente publica ou commum, e que, portanto, nos termos do § unico do art. 3.° do decreto, é requisito essencial dos lagos particulares não se lançar nelles corrente alguma (1).

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 170 e nota.

Parece-nos, porém, que, nos termos do art. 3.º do decreto, todas as correntes que nascem num predio particular são particulares na extensão do mesmo predio; e, portanto, se uma tal corrente passar em seguida para um outro predio, no qual exista um lago onde ella vá lançar-se, tanto a corrente como o lago são particulares.

Note-se, finalmente, que a classificação tripartita das aguas, segundo o decreto de 1892, não corresponde, nem póde corresponder, exactamente á classificação das cousas em publicas, communs e particulares.

As aguas publicas e communs entram naquella classificação (artt. 380.º e 381.º), mas não podem nella ter logar, no sentido do art. 382.º, as chamadas aguas particulares.

As aguas particulares, que melhor poderiam incluir-se na noção juridica do art. 382.º, são aquellas cujo aproveitamento o codigo regula nos artt. 444.º e seguintes, sob a rubrica — *Das fontes e nascentes.*

Mas a verdade é que taes aguas não são cousas particulares, no sentido do art. 382.º, porque sendo licito a todos explorar, por meio de minas, poços, etc., as aguas subterraneas do seu predio (art. 450.º), muitas vezes acontece que por esta fórma um proprietario vae occupar as aguas que precisamente alimentavam uma fonte ou nascente do seu visinho.

« Nem se diga que a lei não considera como particulares as *aguas subterraneas* — unicas que foram occupadas por terceiro no exemplo apontado — mas sómente as que manam á superficie do sólo, natural ou artificialmente; porquanto, se a doutrina que combatemos se resume em considerar apenas como *cousas particulares* as aguas das nascentes, quando tenham sido já occupadas pelo dono do predio, quer represando-as em reservatorios convenientes, quer recolhendo-as em qualquer vaso ou bilha, tal doutrina não offerece novidade, nem diz cousa que não seja applicavel a todas as especies de aguas.

« A agua que eu tenho num cópo, e da qual posso, consequentemente, dispôr livremente, é sempre uma *cousa particular,* ou essa agua fosse colhida no mar, ou nalguma corrente, ou numa simples nascente. Depois de individualmente occupadas todas as aguas são particulares; sobre ellas tem o occupante inteiro e completo dominio.

« A questão, portanto, não póde ser tomada neste campo; o que se discute é se antes da *occupação,* as aguas das *fontes* e *nascentes* são ou não *particulares,* no sentido do art. 382.º. E posta assim a difficuldade, a resposta não póde deixar de ser negativa.

« Mas se tivesse de ser affirmativa, a coherencia mandava que se eliminasse deste capitulo a materia das *fontes* e *nascentes,* pois não póde fallar-se de *occupação* a proposito de cousas que *já teem dono,* porque *cousas particulares* e *cousas nullius* exprimem ideias incompativeis » (1).

123. O leito e as margens das correntes navegaveis ou fluctuaveis. — As correntes navegaveis e as fluctuaveis foram definidas pelo codigo civil, no § 1.º do art. 380.º:

« Entende-se por corrente navegavel a que, durante o decurso inteiro do anno, é accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção e dimensão; e por corrente fluctuavel aquella por onde estiver effectivamente em costume, no acto da promulgação d'este codigo, fazer derivar objectos fluctuaveis, durante o decurso do anno inteiro, com fins commerciaes, ou a que de futuro fôr declarada tal pela auctoridade competente. »

Mas o decreto de 1892 (§ 1.º do art. 1.º) modificou esta doutrina, definindo corrente *navegavel* a que é

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 395.

ou vier a ser accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção ou dimensões; e *fluctuavel* aquella por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou a que de futuro fôr declarada tal pela auctoridade competente.

Quando a corrente não fôr toda navegavel ou fluctuavel, mas só parte della, apenas a esta parte pertencerá a correspondente qualificação (cod. civ., art. 380.º, § 2.º, e dec. de 1892, art. 1.º, § 2.º).

E a corrente navegavel que durante cinco annos consecutivos não serviu á navegação passará á categoria de corrente fluctuavel; assim como a corrente fluctuavel que durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação, será incluida nas correntes de uso commum; e a mesma doutrina é applicavel aos lagos naturaes de agua doce (cod. civ., art. 381.º, §§ 1.º, 2.º e 7.º).

A modificação feita pelo decreto de 1892, na definição das correntes navegaveis e fluctuaveis, é perfeitamente justificada, porque a exigencia da navegação ou da fluctuação, *durante o decurso do anno inteiro,* é tam excessivamente rigorosa, que difficilmente se encontraria no nosso país um rio navegavel.

A classificação das aguas foi incumbida ás direcções das circumscripções hydraulicas, creadas pelo decreto n.º 2 de 1 de dezembro de 1892.

Mas estas foram extinctas pelo decreto de 24 de setembro de 1898 (art. 1.º), passando, em geral, as suas attribuições para as direcções das obras publicas dos districtos (art. 2.º do mesmo decreto).

Em harmonia com os §§ 1.º e 2.º do art. 381.º do codigo, dispõem o decreto de 1892 e o respectivo regulamento, de 19 de dezembro do mesmo anno, que as classificações das aguas feitas pelas circumscripções hydraulicas devem ser revistas e novamente decretadas de cinco em cinco annos, podendo mesmo a revisão fazer-se antes desse periodo, por ordem do

Ministerio das Obras Publicas, quando o julgar conveniente; ficando tambem livre a qualquer interessado o direito de, passados tres annos sobre qualquer classificação ou revisão, promover que se proceda a nova revisão total ou parcial, requerendo-a ao director da respectiva circumscripção (artt. 12.º do dec. e 14.º do regulamento).

A lei considera como *leito* ou *álveo* a porção de superficie, que a corrente cobre, sem trasbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto (cod. civ., art. 380.º, § 3.º).

O leito das correntes publicas é tambem do dominio publico; mas deixa de o ser, para se transformar em cousa particular, quando a corrente mudar de direcção, nos termos do art. 2293.º.

Alem do leito ou álveo, tambem o decreto de 1892 considera como publicas as *margens* das correntes navegaveis ou fluctuaveis.

Por *margem* entende-se uma faxa de terreno adjacente, junto á linha de agua, aos lagos, lagôas, rios, vallas, esteiros, e mais correntes, a qual se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hydraulicos, de policia, ou accessorios da navegação e fluctuação; as margens comprehendem os comoros, mottas, vallados e diques, e terão geralmente tres a trinta metros, e excepcionalmente até cincoenta metros, a contar da linha que limita o leito ou álveo; e quando não tenham entrado por modo legitimo no dominio publico, serão adquiridas pelo Estado, nos termos das leis da expropriação por utilidade publica (dec. de 1892, art. 4.º, n.º 1.º e § 3.º).

Foi assim modificada a doutrina do § 4.º do art. 380.º do codigo, que dispunha: « As faces ou rampas, e os capellos dos comoros, vallados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no dominio publico, se á data da promulgação

do codigo civil não houverem entrado nesse dominio por modo legal ».

124. Fontes publicas, communs e particulares. — O codigo emprega em varios logares, nomeadamente nos artt. 380.°, 381.°, 444.° e 451.°, a palavra *fonte,* mas sem a definir.

Nos artt. 444.° e segs. trata-se das *fontes* e *nascentes,* empregando como synonimas estas palavras, embora alguns escriptores procurem estabelecer entre ellas certa diversidade de sentido.

Alguns, como o Dr. DIAS FERREIRA, dizem que, na linguagem ordinaria e no uso commum, fonte e nascente significam cousas diversas, porque a *fonte* presuppõe algum trabalho para o aproveitamento das aguas, e a palavra *nascente* emprega-se para designar a agua que brota naturalmente do solo, embora em direito as duas palavras exprimam a mesma ideia (1).

Outros consideram como *nascente* o logar onde a agua sahe do seio da terra; e como *fonte* o logar para onde o homem a conduz, subterraneamente ou a descoberto, afim de ahi melhor a aproveitar (2).

É, porém, certo que o codigo, no art. 444.°, emprega como synonimas as palavras *fonte* e *nascente,* para designar as aguas que brotam á superficie do solo, naturalmente, ou por obra do homem.

Nos artt. 380.° e 381.°, onde o codigo falla de fontes publicas e communs, refere-se propriamente ás nascentes de aguas destinadas a usos domesticos e pessoaes.

Embora a lei só falle de fontes publicas e communs, é claro que ha tambem as particulares.

(1) Dr. DIAS FERREIRA, I, pag. 315.
(2) Dr. ASSIS TEIXEIRA, *Das fontes e nascentes,* pag. 33 e 34; Dr. AFFONSO COSTA, *Lições de Direito Civil,* pag. 71 e 72.

Taes são todas as fontes ou nascentes situadas em predios particulares, das quaes só é licito utilisar-se aos respectivos proprietarios ou a outras pessoas certas e determinadas, segundo o preceituado no art. 444.°.

Mas nem o codigo nem o decreto de 1892 nos dizem quaes as caracteristicas differenciaes das fontes publicas e das communs, não havendo outro criterio que não seja o das definições de cousas publicas e communs, segundo os artt. 380.° e 381.°.

As fontes construidas pelo Estado ou por alguma corporação publica devem respectivamente considerar-se *publicas* ou *communs,* pois que o art. 381.°, n.° 2.°, expressamente declara communs os reservatorios, fontes ou poços construidos á custa dos concelhos ou parochias, devendo este preceito applicar-se por analogia ás fontes construidas por qualquer outra corporação.

Do mesmo modo devem tambem considerar-se *publicas* ou *communs,* respectivamente, as fontes que, sendo a principio particulares, cahiram depois no dominio publico geral ou local.

E' o que succederia se, ao tempo da promulgação do codigo, os habitantes de certo logar, ou o publico em geral, tivessem adquirido direito a abastecer-se de certa nascente particular, por uso e costume ou prescripção, que era meio legitimo de adquirir servidões descontinuas.

Ao uso e costume deve attender-se tambem para qualificar de publica ou commum uma fonte, quando se não saiba por quem foi construida, considerando-se publica se toda a gente está no uso das suas aguas, e commum se apenas della se teem utilisado os habitantes de certos logares.

As fontes communs são tambem muitas vezes chamadas *publicas* ou *de uso publico* (art. 451.°); e esta confusão de linguagem resulta do facto de serem do dominio publico tanto as cousas publicas como as

communs, mas com a differença de que emquanto as primeiras são do dominio ou uso publico geral, as segundas são apenas do dominio publico local.

Note-se finalmente que nada se oppõe a que as corporações publicas construam fontes com o fim de poderem ser utilisadas por toda a gente, fontes publicas propriamente ditas, que, por terem agua em abundancia, não devem ser restrictas ao uso commum ou local.

125. Cousas communs — baldios municipaes ou parochiaes. — Pelo estudo summario que temos feito das cousas publicas, conhecemos já as principaes especies de cousas communs, que podem enumerar-se em quatro grupos, segundo o art. 381.º do codigo civil e o decreto de 1892:

1.º Os terrenos baldios municipaes ou parochiaes;

2.º Os canaes, vallas, e correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de agua publica ou commum;

3.º Os lagos, lagôas ou pantanos sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, ou circumdados por differentes predios particulares, ou por terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes;

4.º Os reservatorios, fontes e poços construidos á custa dos concelhos ou parochias.

Já a proposito das cousas publicas tomámos conhecimento das correntes, lagos e fontes communs; e por isso nos limitamos agora a fallar dos *baldios*.

Chamam-se *baldios* ou *maninhos* certos terrenos geralmente incultos, que por antigos usos e costumes se acham na posse e gozo exclusivo e directo dos vizinhos de certos logares do reino.

Os baldios são *municipaes* ou *parochiaes*, pertencendo a esta classe os que são usufruidos pelos

vizinhos de toda a parochia ou de parte della, sendo municipaes todos os outros.

Na antiga jurisprudencia foi muito discutido o significado e alcance da palavra *vizinhos*, para o effeito de se determinar quaes as pessoas com direito á fruição dos baldios.

Entendiam alguns que *vizinhos* deviam considerar-se todas as pessoas que residiam ou tinham bens no logar.

Como, porém, a *vizinhança* não fosse definida nas leis especiaes sobre a posse e fruição dos baldios, sustentavam outros que devia entender-se de harmonia com o disposto na *Ordenação do Reino*, Liv. 2.º, Tit. 56, segundo a qual, quando por foral ou usança antiga das cidades ou logares não estivesse ordenada ou admittida outra cousa, só deviam ter-se por *vizinhos* dum logar:

1.º Os que desse logar ou do seu termo fossem naturaes ou ahi tivessem officio de que vivessem, morando no dito logar e seu termo;

2.º O português ou estrangeiro que casasse com mulher da terra, emquanto ahi morasse, ou onde tivesse a maior parte de seus bens, com tenção e vontade de ahi morar; e se acaso sahisse, com tenção de mudar o domicilio, e depois voltasse, só era havido por vizinho morando ahi de novo quatro annos, com sua mulher, filhos e fazenda;

3.º O que mudasse o domicilio, só passado quatro annos, e nas mesmas condições, era considerado vizinho do novo logar.

O codigo administrativo de 1895 (art. 441.º, § 1.º), e do mesmo modo o de 1896 (art. 429.º, § 1.º), resolveu a questão, determinando que teem direito á divisão dos baldios *todos os chefes de familia que ha mais de um anno sejam compartes na fruição delles, conforme os usos e costumes estabelecidos*.

E' claro que este praso de um anno deve contar-se em relação ao tempo em que se opéra a divisão, e não ao da promulgação daquelle codigo.

O codigo administrativo estabelece o principio da desamortisação obrigatoria dos baldios por meio de aforamento, dividindo-se os terrenos pelos vizinhos compartes na sua fruição, e revertendo o fôro a favor da camara ou da junta de parochia, conforme o baldio fôr municipal ou parochial.

Da desamortisação exceptuam-se, porém:

1.º Os que pelo governo forem declarados indispensaveis ao logradouro commum dos povos (art. 429.º, § 1.º);

2.º Os terrenos arborisados, cuja arborisação fôr necessaria para a fixação das dunas (art. 429.º, § 12.º).

Entretanto esta desamortisação está dependente do inventario que o governo devia mandar fazer de todos os baldios, estando ainda em vigor a antiga legislação sobre baldios, nomeadamente a lei de 28 de agosto de 1869 e respectivo regulamento de 25 de novembro do mesmo anno.

126. O leito e a margem das correntes e dos lagos communs. — O leito ou álveo da torrente ou corrente de uso commum, que atravessa um predio particular, ou nelle se ajunta ou nasce, fórma parte integrante do dito predio (art. 381.º, § 3.º).

A propriedade do leito ou álveo da corrente de uso commum, que passa entre dois ou mais predios, é attribuida aos mesmos predios, com as limitações e servidões expressas na lei, pertencendo a cada predio o tracto do leito ou álveo, comprehendido entre a linha marginal e a linha média do dito leito ou álveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas, cahindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha média (art. 381.º, §§ 4.º e 5.º).

Estes tractos de leitos ou álveos attribuidos aos predios marginaes, bem como a respectiva margem, ficam subjeitos a todas as servidões, que os regulamentos de policia geral hajam de impor-lhes, para a conservação, desobstrucção e limpeza dos mesmos leitos ou álveos e para o conveniente aproveitamento das aguas (art. 381.º, § 6.º, dec. de 1892, art. 4.º § 2.º, e respectivo regulamento de 19 de dezembro do mesmo anno, artt. 8.º, 206.º e outros). Tambem aos lagos communs se applicam os mesmos principios que forem compativeis com as suas aguas não correntias (art. 381.º, § 7.º).

Mas se a corrente mudar de direcção, os donos dos predios invadidos adquirem direito ao terreno que occupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente (art. 2293.º).

Contrariamente ao leito das correntes publicas, que é do dominio publico, o codigo attribue a propriedade do leito das correntes communs aos proprietarios marginaes.

E' uma incoherencia da lei, que não tem justificação plausivel.

E muito menos se póde justificar o preceito do artigo 2293.º, que afinal vem destruir completamente aquelle direito de propriedade reconhecido no artigo 381.º.

« Comprehendia-se o preceito do artigo 2293.º relativamente ás aguas publicas, diz o Dr. Teixeira d'Abreu, porque, perdendo os donos dos predios invadidos a propriedade do novo leito, que, pelo simples facto de o ser, entrava na classe das cousas publicas (art. 380.º, n.º 3.º), justo era que se lhes desse em compensação o leito abandonado; mas com relação ás aguas communs, mais difficil se tornava justificá-lo, havendo até quem se inclinasse á opinião de que aquelle preceito só era applicavel ás primeiras, o que é manifestamente insustentavel em face da letra expressa e terminante do artigo, e das suas relações com os antecedentes.

« Mas era fundado o reparo, porque tendo o codigo civil attribuido o álveo das correntes de uso commum aos proprietarios marginaes, privando-os de novo

dessa propriedade, sem previa indemnisação, ia ferir o disposto no artigo 145.º, § 21.º da Carta Constitucional, e até o artigo 2360.º do mesmo codigo; e sem razão alguma, porque, em regra, os beneficios das aguas seriam para os predios invadidos muito superiores aos prejuizos que ellas porventura lhes causavam.

« Outra foi a doutrina dos romanos, que attribuiram a propriedade do leito aos proprietarios marginaes, evitando assim um gravissimo inconveniente da doutrina do nosso codigo, e do codigo francês (art. 563.º) que lhe serviu de fonte: ir crear um novo predio de pequenissima extensão e quasi sempre improductivo, no centro das propriedades marginaes, com todo o seu cortejo de servidões, devassamento daquelles predios, e consequentes desavenças entre os respectivos proprietarios, que muitas vezes terão de pagar por alto preço a sua tranquilidade, juntando, assim, aos prejuizos resultantes da falta de agua, as despezas de novas e *precarias* acquisições. »

O codigo civil hespanhol (art. 370.º) e o italiano (art. 461.º) mantiveram nesta parte a doutrina romana, que entre nós, todavia, não encontrara acceitação mesmo no dominio do velho direito, como se vê no *Digesto portuguez*, tomo III, art. 60.º, assim redigido: « Se o rio por si mesmo abriu novo álveo, os donos da terra do novo álveo devem ser indemnisados pelo terreno do álveo antigo, segundo o arbitrio do juiz e louvados » (1).

As *margens* das correntes communs, ao contrario do que acontece com as publicas, conservam a sua natureza de cousas particulares; mas podem ser expropriadas pelo Estado, quando as necessidades publicas assim o exigirem (decreto de 1892, art. 4.º, e respectivo regulamento, art. 8.º, n.º 2.º, b]), devendo

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pagg. 193 a 195.

entender-se que passam então a ser cousas communs, embora sob a posse do Estado.

127. Cousas particulares. — O estudo que temos feito das cousas publicas e communs mostra bem as profundas differenças que as separam das particulares.

As cousas de uso publico geral ou local, diz o Dr. TEIXEIRA D'ABREU, não podem ser objecto de propriedade privada, já porque a propria natureza physica as torna insusceptiveis de apropriação individual, já porque, destinadas por lei ao uso directo dos cidadãos, assumem caracteres juridicos especiaes, que as collocam fóra do campo do direito privado.

A propriedade das cousas particulares ora pertence a pessoas singulares, ora a pessoas collectivas, como o Estado, as corporações administrativas, e quaesquer outras pessoas juridicas, como resulta clara e terminantemente dos preceitos do art. 382.º e seu § unico.

« Quando uma cousa pertence a diversas pessoas simultaneamente, apparece a *propriedade commum*, exercendo cada um dos comproprietarios, conjunctamente com os seus consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que teem naquella propriedade, salvo qualquer limitação expressa na lei (artt. 2176.º e 2177.º). Mas a indivisão só é obrigatoria quando a cousa fôr de sua natureza não-prativel, ou nos casos de casamento e sociedade, conforme se acha preceituado no art. 2180.º do codigo civil.

« Este codigo, fallando de *pessoas collectivas*, no art. 382.º, refere-se manifestamente ás *pessoas juridicas*, e não á propriedade commum, a qual, por ser de varias pessoas, não deixa de pertencer a pessoas singulares.

« As cousas particulares differem, pois, das cousas publicas e communs, não só emquanto aos actos e

contractos de que podem ser objecto, mas tambem relativamente ás pessoas que as podem possuir e administrar, bem como em relação á natureza dos direitos que sobre ellas podem exercer-se.

« Com effeito tanto as cousas publicas como as communs estão *fóra do commercio,* sendo portanto *imprescriptiveis* (art. 506.°), não podendo ser *legadas* (art. 1811.°, n.° 2.°), nem *hypothecadas* (art. 889.°), nem formar objecto de qualquer contracto (art. 671.°, n.° 1.°), o que não succede, em regra, com as cousas particulares, que só muito excepcionalmente, e por motivos de interesse publico, podem encontrar-se em condições em certo modo analogas.

« Alem disso, as cousas de uso publico geral ou local só podem encontrar-se na posse e administração do Estado e corporações publicas, e nunca na dos cidadãos que só teem o seu goso e fruição, na conformidade dos regulamentos administrativos ou da lei; ao passo que as cousas particulares tanto se encontram no poder dos cidadãos, que aliás é o caso mais vulgar, como no daquellas entidades (art. 382.°).

« Finalmente, os direitos que podem recahir sobre as duas classes de cousas são, em geral, de natureza perfeitamente distincta, pois sendo as cousas particulares objecto de *dominio,* as cousas publicas e communs são rigorosamente insusceptiveis dum tal direito, tanto por parte dos cidadãos, que só podem sobre ellas exercer direitos de fruição e uso, como da parte do Estado e corporações publicas, porque estas, tendo por unica missão regular e fiscalisar o exercicio daquellas faculdades, bem póde dizer-se, com BIANCHI, que antes teem a seu respeito *encargos* do que direitos, pois todas as suas faculdades derivam da obrigação, que sobre as mesmas entidades impende, de manterem as cousas publicas e communs em condições de poderem ser utilisadas directamente pelos cidadãos.

« Não devemos, porém esquecer que o legislador português, elevando á categoria de lei o principio de

que *só póde livremente aproveitar-se duma cousa quem tiver a sua propriedade* (art. 379.°), o qual, todavia, não passa duma simples regra geral, considerou tambem como particulares algumas cousas cuja propriedade a ninguem pertence, sómente porque o direito de usar dellas e apropriá-las é exclusivo de certas e determinadas pessoas singulares, v. gr., as aguas particulares, a que já mais duma vez fizemos referencia » (1).

(1) Dr. TEIXEIRA D'ABREU, pagg. 195-198.