

Dr. Caeiro da Matta

DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

I

PARTE GERAL

Propriedade e edição do auctor



COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1907

*Lições feitas na Universidade
de Coimbra ao curso da terceira
cadeira da Faculdade de Direito
de 1907-1908.*

LIVRO I

Do direito objectivo

CAPITULO I

Noções fundamentaes

1. — Origem do phenomeno jurídico.

Animal politico, na celebre e luminosa expressão de Aristoteles, o homem tende, naturalmente, a associar-se aos seus semelhantes, impellido, como é, pelo instincto de prover, com o menor esforço, ás varias necessidades da vida.

Abstrahindo da evolução dos sentimentos sexuaes e das relações de parentesco, que determinam o primeiro esboço de aggregação societaria e que podem estender-se ate dar logar á formação de um verdadeiro grupo social, apresenta-se, como principal facto gerador das primitivas communidades (1), a consciência da insufficiencia da força in-

(1) Divergem os sociologos quanto ao facto gerador das sociedades humanas. Os factores invocados são de natureza diversa: physicos (raça, meio physico e geographico), biologicos (symbiose ou solidariedade organica, psychismo social, adaptação, gregarismo), economicos (evolução economica), psychologicos (condições externas da população,

dividual e o reconhecimento da necessidade de, em beneficio commum, fundir e disciplinar as actividades singulares.

Attrahidos os individuos á vida em commum, o aggregado vac-se constituindo e robustecendo gradualmente, pelo desinvolvimento dos sentimentos sociaes e sympathicos; e comprehende-se como devam os membros do grupo, pela necessidade de mutua cooperação, adaptar-se e perder successivamente parte da propria liberdade, pois que na sociedade humana, como em toda a aggregação natural, a integração exige o sacrificio da parte de autonomia individual necessaria á formação do grupo (1).

Por um processo de abstracção, chega a conceber-se o dever de, limitando a propria actividade, não invadir a esphera da actividade alheia, estabelecendo-se uma especie de equilibrio na actividade dos individuos no seio do aggregado. Mais tarde,

consciencia da especie, contracto, imitação, synergia social).
Vej. Palante, *Précis de sociologie*, 1901, pag. 38 e segg.

(1) Sobre a origem e evolução dos sentimentos sympathicos e sociaes e génese da consciencia juridica — veja-se D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, 1890, pag. 97 e segg. e 129 e segg.; Letourneau, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, 1891, pag. 21 e segg.

este equilibrio, saindo dos limites do grupo, vem a estabelecer-se entre communidades successivamente mais largas e comprehensivas.

Assim, as condições da coexistencia, determinando esta limitação de actividades, vem originar a ideia do que é conforme e do que é contrario ás necessidades da vida social e o sentimento correlativo. E quando, pela successiva manifestação d'este sentimento duplamente representativo e ego-altruistico, como diria Spencer (1), se vem a conceber um modo de conducta com que todos se devem conformar, surge a ideia do *direito*.

2. — Primitiva confusão das normas da vida social; sua posterior differenciação.

A analyse das sociedades humanas, que attingiram um grau elevado de civilisação, mostra-nos a coexistencia de varias especies de normas de conducta, distinctas pelos seus caracteres e pela sua função, e traduzindo o principio fundamental da divisão do trabalho. Não assim nas sociedades primitivas, em que, na massa homogenea de regras sociaes, na incerteza nebulosa dos costumes, appa-

(1) *Principes de psychologie*, trad. par Ribot et Espinas, 1875, t. II, pagg. 605 a 660.

recem confundidas normas respeitantes á religião, á moral e ao direito.

A natureza, o homem e Deus apresentavam-se á intelligencia do homem primitivo em uma synthese confusa: para elle, a natureza é uma revelação exterior da divindade e esta não é mais do que o espirito que anima e rege a natureza universal; a pessoa humana ora toma para elle as proporções de uma divindade, como o antigo *pater-familias*, ora parece a personificação de uma determinada força natural. As forças naturaes são por elle symbolisadas em outras tantas divindades e a divindade, por seu lado, revela-se em cada phenomeno da natureza.

Assim, o direito primitivo se, por um lado, reflecte a violencia das paixões desenfreadas, que então dominam, por outro lado apparece circumdado por uma auréola religiosa de reverencia e respeito e promulgado como uma palavra divina, como um *Fas* mysterioso, inaccessivel ao vulgo (1).

Fundidas na mesma unidade material e formal, aquellas varias normas foram-se, porém, gradualmente diferenciando e especialisando, por fôrma a scindirem-se em grupos, certamente affins quanto

(1) Veja-se Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. par O. de Meulenaire, 1886, t. 1, pag. 266 e segg.

ao intuito geral, mas differentes pelo character, pela estrutura, pela esphera de acção, pela função especifica e differencial que exercem e pela garantia que as defende e actúa.

Assim é que, na sociedade civilisada contemporanea, vemos, ao lado das normas religiosas, que, prescriptas pelas auctoridades religiosas ou ecclesiasticas e garantidas pelo poder da divindade, carecem de conteúdo especifico e delimitado, as normas moraes, cuja observancia é garantida exclusivamente pela consciencia publica ou individual, e as normas juridicas, cujo character especifico reside em serem reconhecidas e applicadas coactivamente pelo Estado, mediante órgãos proprios.

3. — Moral e direito.

Precisemos os caracteres distinctivos das normas moraes e juridicas e as relações entre ellas — problema que, no dizer de Von Ihering, representa o cabo Horn da philosophia do direito. É que, na verdade, não só ha uma semelhança innegavel entre as normas moraes e juridicas, pois que ambas traduzem regras de conducta obrigatorias, mas até se confunde parte dos respectivos dominios (1): as

(1) Bentham escreve que as prescripções juridicas se podem representar por um circulo inscripto no circulo maior dos preceitos da moralidade. Pelo contrario Fichte

regras jurídicas, por exemplo, que estabelecem sanções penaes são, simultaneamente, princípios de moral.

Una e indecomponível, tanto no seu processo interno como no externo, é a acção humana; e, assim, não basta afirmar-se o character externo do direito e o interno da moral, porisso que se a moral se refere, principalmente, á intenção e o direito respeita, particularmente, á acção, certo é que também aquella se estende á acção e este comprehende a intenção. «Uma e outro não podem, diz Miraglia (1), como ramos da etica, contradizer a sua origem e abstrahir inteiramente da acção ou da intenção».

E não se póde fazer consistir a distincção entre a moral e o direito no character negativo das normas moraes e no character positivo das normas jurídicas, como pretendiam Kant e Spencer (2), porisso que, se reduzirmos os principios da conducta social ao principio do respeito mutuo, da retribuição e da assistencia reciproca, como fazem, em

propugna theoria diametralmente opposta, sustentando que moralidade e direito são termos antitheticos. Vej. Marchesini, *La teoria dell'utile*, 1900, pag. 136 e segg.

(1) *Filosofia del diritto*, 1903, t. I, pag. 115 e segg.

(2) Veja-se D'Aguanno, *La filosofia etica-giuridica di Kant e Spencer*, 1895, pag. 5 e segg.

geral, os escriptores, teremos de concluir que o ambito de efficacia do direito coincide quasi inteiramente com a orbita de acção das normas de respeito reciproco e de retribuição e os limites da moral são circumscriptos quasi absolutamente pelos limites do principio da reciproca assistencia.

Podemos, entretanto, com Groppali (1), indicar como características differenciaes das normas moraes e juridicas :

- a) a indeterminação dos preceitos moraes e a determinação das regras juridicas. De facto, emquanto n'estas são rigorosamente determinados tanto o Estado, que impõe coactivamente as normas, como o juiz que as applica e o processo a seguir, nos preceitos moraes, ao contrario, tudo é abandonado á opinião publica e ao juizo da consciencia geral, que, producto dos elementos mais heterogeneos, nunca é univoca e concorde.
- b) a unilateralidade das relações eticas e a bilateralidade das relações juridicas. Como norma de garantia dos interesses fundamentaes da sociedade, o direito, emquanto,

(1) *I caratteri differenziali della moralità e del diritto*, 1901, pagg. 173 e segg.

por um lado, impõe obrigações, por outro concede e protege interesses, faculdades e pretensões, chamadas direitos subjectivos, obrigações e faculdades que reciprocamente se condicionam, constituindo um binomio inscindível. Tal a obrigação imposta aos paes pelo codigo civil de dar a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado (1), que presuppõe nos filhos o direito subjectivo correspondente.

Contrariamente, as prescripções da moral são unilateraes, porque, impondo deveres, não protegem alheias pretensões e exigencias. Assim, os deveres affectivos entre paes e filhos (2) permanecem sempre dois deveres entre si inconvertiveis, sem suscitar o *correlatum* de um egual direito, de uma pretensão exigivel.

c) a diversa obligatoriedade das normas moraes e juridicas. Ambas traduzem, como dissemos, regras de conducta obligatoria, mas, ao passo que a coacção exercida por meios

(1) Cod. civ., artt. 140.º e 2379.º. Vej. tambem os artt. 148.º n.º 2.º e 224.º n.º 7.º

(2) Vej. Cod. civ., artt. 142.º e 143.º

externos caracteriza o direito, a moral não impõe, por tal fôrma, os seus preceitos: é uma norma obrigatoria pela coacção intima que a acompanha, mas sem que a nenhum poder externo, a nenhum órgão especial incumba, fazer a todo o custo respeita-la. A obrigação moral implica uma relação entre a lei moral e a vontade do agente, mas relação puramente interna.

- d) o differente grau de protectividade das normas moraes e juridicas. O direito, cuja funcção social *protectora* Bovio (1) põe em relevo, constitue a parte central da vida social: recorrendo, quando necessario, á coacção, elle constitue aquelle *vinculum humanae societatis*, de que falla o Dante, obrigando todos os individuos a obedecer a uma lei que poderia dizer-se, simultaneamente, de gravitação e de proporção social. A moral desempenha uma funcção *perfectiva*, attenuando os attritos derivados dos interesses em conflicto, evitando que se recorra á *ultima ratio* da força coactiva do poder para fazer respeitar um direito e exercendo uma pressão doce, mas efficaz, sobre as determinações da vontade.

(1) *Filosofia del diritto*, 1885, pag. 216 e segg.

4. — A coacção como elemento do direito.

Intencionalmente destacámos para este logar das características differenciaes da moral e do direito a coacção, que para a maioria dos escriptores constitue, precisamente, a razão precípua da distincção entre as normas moraes e juridicas (1).

Constituirá, de facto, a coacção, a sancção do Estado, pela qual elle reconhece e applica mediante um órgão especial uma determinada norma de direito, a condição imprescindivel da sua existencia differenciada do *ethos* amorpho?

Não o cremos. A força especifica inherente á norma juridica concretisa-se, como agudamente nota Vanni (2), em dois momentos differentes: n'um revela-se como *força psychica*, n'outro como *força physica*, como coacção.

Sempre, implicita ou explicitamente, acompanhada de *sancção*, a norma juridica comprehende,

(1) Veja-se, n'este sentido, Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, 1904, t. I, pagg. 7 e 8; Von Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1893, t. I, pag. 320 e segg.; Siotto Pintor, *Il rinnovamento scientifico del così detto diritto internazionale*, 1900, pag. 16 e segg. Indecisamente, adhere a esta doutrina Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, 1891, pagg. 29 e 30.

(2) *Lezioni di filosofia del diritto*, 1904, pag. 97; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, t. I, pag. 114 e segg.

além das disposições que constituem a substância do imperativo, disposições que estabelecem as consequências emergentes da eventual violação da mesma norma. Quer pelo motivo, essencialmente egoísta, do temor da sanção, quer por motivos de character eminentemente social (como o respeito pela auctoridade que dictou a norma, o sentimento e o habito do respeito espontaneo da ordem juridica, o sentimento da sociabilidade, etc.) (1), o preceito cumpre-se, normalmente, independentemente da coacção; e, só quando a força psychica — a garantia psycho-social, de que falla Iellinek (2), se mostra insufficiente, se affirma a norma juridica, em um segundo momento, como força physica ou mechanica, para constranger ao cumprimento da prescripção da norma ou para fazer soffrer as consequências da sua violação.

A coacção *effectiva* não é, pois, elemento essencial e característica differencial do direito, mas a *possibilidade eventual* da coacção.

Demais, se a falta do reconhecimento e da applicação por parte de um órgão do Estado implica que

(1) O proprio Von Ihering (obr. cit., t. I, pag. 368) falla do *sentimento do direito* (*Rechtsgefühl*) como garantia do direito. Não corresponde esta garantia, precisamente, á sanção psychica?

(2) *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, pag. 12.

o direito ainda não attingiu o ultimo estadio de evolução e ainda não adquiriu todos os seus caracteres differenciaes, não impede que elle, embora em incompleta formação, já exista.

E muitas regras existem mesmo que, consagradas ao menos implicitamente pela lei positiva, longe de serem sancionadas por meios de coacção directos e materiaes, não têm, na realidade, senão uma sanção por via de coacção psychologica. N'este caso as leis penaes. E, porque o Estado não pôde dirigir-se a si mesmo, formulando regras acompanhadas de sanção coactiva, as leis constitucionaes organicas — *supremae leges* — deixariam de ser normas de direito.

5. — Função específica do direito.

A função específica da norma juridica é, na expressão technica, função de garantia.

Longe de se limitar a exercer uma função puramente negativa ou limitadora, qual é a de prohibir lesões, o direito é tambem, na sua realidade viva, principio de integração reciproca entre os individuos, impondo a subordinação de cada um aos outros e ao todo organizado.

No primeiro caso, o direito, prohibindo actos perturbadores da esphera da actividade alheia, actos que impediriam aos outros a realisação de seus fins, a manutenção de certas condições de

vida, procura garantir o cumprimento d'estes mesmos fins; no segundo, impondo a execução das prestações dependentes da reciprocidade contractual, o direito tem em vista impedir lesões e, por consequencia, procura ainda garantir a realisação de um determinado fim.

Assim, impondo que a acção de cada um se coordene com os fins dos outros e da sociedade, o direito viza sempre á *garantia das condições de existência e desinvolvimento do individuo e da sociedade*.

Era já a concepção de Dante: *«jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata, hominum servat societatem, et corrupta corrumpit»*.

6. — Divisão do direito: direito natural e positivo.

Prendendo-se, pelas suas raizes remotas, ás doutrinas de Socrates e Aristoteles ácerca das «leis não escriptas, que em toda a parte vigoram, e que procedem de Deus», a concepção do direito natural — da *vera lex*, de Cicero —, em opposição ao direito positivo, isto é, ao direito objectivo constituido em lei pelos competentes órgãos do Estado (1),

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1904, pag. 8. Sobre o conceito do direito objectivo: Bianchi, *Principii generali delle leggi*, 1888, pag. 5 e segg.; Scialoja, *Il diritto positivo e l'equità*, 1880, pag. 21 e segg..

dominou na philosophia do direito nos seculos XVII e XVIII. Partindo da ideia de que o direito é um producto da razão humana, independente do meio social em que deve vigorar, os jurisconsultos da escola do direito natural ensinam que acima das legislações positivas existe um direito ideal, constituido por um conjuncto de principios immutaveis, permanentes e universaes, especie de modelo, do qual o direito positivo é apenas uma imperfeita reproducção.

Mas esta construcção racionalista do direito, que chegava ao subjectivismo puro e simples, e que tão decisiva influencia exerceu sobre a organização dos codigos dos principios do seculo findo, cahiu perante a concepção evolucionista da escola historica (*historische Schule*). Para os chefes d'esta escola — Savigny, Hugo, Puchta —, o direito é um producto não do raciocinio mas da historia; nasce das condições economicas e das aspirações de cada epocha, da luta das classes para a defesa dos seus interesses divergentes. O seu desenvolvimento, longe de ser arbitrario, é, de algum modo, necessario: realisa-se em harmonia com as tradições e os costumes do povo, transformando-se incessantemente, insensivelmente, como a propria lingua.

Chegando a conclusões excessivas, como a de

que a criação do direito era puramente automática e subtrahida á vontade do homem (1), a escola historica — «escola de scepticismo disfarçado com um nome novo», como escreveu Gabba (2), não conseguiu, porém, eliminar de todo o conceito do direito natural, que reappareceu, sob uma nova fórma.

O direito natural passou a ser constituido por um pequeno numero de maximas, fundadas na equidade e no bom senso, que se impõem ao legislador, e segundo as quaes a obra legislativa poderá ser apreciada. O direito natural não é, diz Planiol (3), a lei, nem o ideal da lei: é a regra suprema da legislação.

É constituido por principios superiores á lei, que inutil seria formular em artigos de direito positivo.

(1) Sob este aspecto, os partidarios da escola historica approximavam-se de Bain, Stuart Mill e Spencer, que, admitindo a omnipotencia do legislador, sustentam, todavia, que o povo é puramente inerte, passivo na obra legislativa, tendo uma consciencia moral e juridica puramente reflexa. Vej. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, 1905, pag. 31 e segg.

(2) *Intorno ad alcuni più generali problemi della scienza sociale*, 1876, t. I, pag. 21.

(3) *Traité élémentaire de droit civil*, 1904, t. I, pagg. 3 e 4.

Contra esta concepção metaphysica dos principios superiores do direito levantou-se a maioria dos escriptores, contestando uns a existencia do direito natural (1), e pretendendo outros ver n'elle as ideias ou principios fundamentaes que inspiram e dirigem a organização juridica, ou, no dizer de Saleilles (2), o systema de principios que deve orientar o legislador na organização das leis destinadas a realizar o ideal de justiça proprio de cada sociedade. N'este sentido comprehenderia o direito natural todas as instituições juridicas exigidas pelas necessidades sociaes e ainda não traduzidas em direito positivo. Em tal concepção, a distincção entre o direito e a moral corresponderia, approximadamente, á distincção classica do direito já constituido em lei (*de jure constituto*) e do direito que representa em uma dada sociedade ainda uma aspiração a converter-se em direito positivo (*de jure constituendo*).

7. — Continuação: direito publico e privado. —

Subdivisões.

Distincção fundamental do direito positivo é a

(1) N'este caso o Sr. Dr. Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, liv. I, pag. 2.

(2) *École historique et droit naturel*, apud *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, pag. 81 e segg.

que o separa em publico e privado, distincção já traduzida na passagem de Ulpiano:

«*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*» (1).

Tem esta distincção grande importancia juridica: bastaria a regra — *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* — (2) para mostrar que em todos os contractos (nupciaes, successivos, commerciaes, etc.) é necessario examinar a que especie de normas legaes as partes pretenderam substituir as proprias disposições.

Tem esta separação scientifico-fundamento? Qual a nota especifica de taes direitos?

Prescindindo de algumas distincções feitas pelos juristas allemães e que, não obstante o seu valor intrinseco, não são de acceitar em face da nossa organização juridica, destacaremos, dentre os numerosos criterios distinctivos propostos pelos escriptores:

a) criterio do sujeito do direito: o sujeito do direito privado é um particular ou uma pes-

(1) Fr. 152, *D. de just. et jure*, I, 1; § 4, *Inst. de just. et jure*, I, 1.

(2) *D.*, II, 14, 38.

soa collectiva privada ; o do direito publico é ou o Estado ou outra pessoa social administrativa. Mas, além de extrinseco e formal, este criterio não corresponde á realidade objectiva da vida juridica, visto que não só um particular póde ser sujeito de direito publico (v. g., direito de suffragio), mas tambem o Estado o póde ser de direito privado, como succede quando realisa actos de gestão patrimonial (1).

b) criterio do objecto da pretensão juridica, segundo este objecto consiste em uma utilidade patrimonial (direito privado), ou não patrimonial (direito publico). Tambem tal criterio é contrario á realidade: se nem sempre o character não patrimonial do objecto da pretensão juridica implica a existencia de uma norma de direito publico (2), tambem não podemos affirmar que o character patrimonial do mesmo objecto presupponha necessariamente a existencia de normas de direito privado (v. g., direito tributario).

(1) Vej. Cod. civ., artt. 3.º, 37.º, 382.º § un., 516.º, 906.º n.º 1.º

(2) Vej., por ex., Cod. civ., artt. 137 e segg.

- c) criterio da acção ou das consequencias juridicas do direito: pertencem ao direito privado as normas a que compete uma acção privada, constituindo objecto do direito publico as normas cuja violação é removida mediante uma acção publica exercida pelo Estado.

Mas fácil é de ver que se considera, assim, como antecedente, o que é simplesmente o consequente, porisso que a natureza privada ou publica da acção depende precisamente da natureza publica ou privada do direito.

- d) criterio do fim das normas juridicas ou seja o criterio romanista da utilidade. Segundo esta theoria, no direito publico o todo, isto é, a sociedade politicamente organizada, apresenta-se como fim, enquanto no direito privado o fim reside no individuo.

«Se uma certa relação juridica, diz d'Aguanno (1). se refere ao modo de ser ou de funcionar do organismo social, ou essa relação seja iniciada pela actividade do individuo, Estado ou administração pu-

(1) Obr. cit., pag. 690 e segg.

blica, estamos no dominio do direito publico; se, porventura, essa relação se refere directamente a interesses individuaes — quer os individuos a que pertencem esses interesses sejam individualidades *physicas* ou *moraes*, quer administrações privadas, encontramos-nos na esphera do direito privado.

Semelhante criterio incorre no vicio de abstrahir do elemento da obrigatoriedade, absolutamente inseparavel do conceito de organização politica: não ha relação de direito publico que não implique a relação de *imperium* e, correlativamente, de subordinação. Ora, quando o Estado realisa actos de gestão, embora tenham por fim o Estado, as relações juridicas que d'elles procedem são, como já notámos, relações de direito privado.

- e) criterio que attende ao caracter voluntario do direito privado e obrigatorio do direito publico. Contrariamente a este, o direito privado seria essencialmente alienavel.

Argumento que, parcialmente verdadeiro, não é, todavia, decisivo: tambem o direito privado pôde ser essencialmente inalienavel e obrigatorio, v. g. o direito de familia.

Reconhecendo a impossibilidade de um criterio exclusivo — formal ou substancial — de distincção entre o direito publico e o direito privado (1), os escriptores procuraram fundamenta-la na natureza do sujeito da relação juridica e no objecto ou natureza d'essa relação.

Assim, entende-se por *direito publico* o que determina e regula a organização do Estado e de suas fracções organicas e as suas relações com os individuos na sua qualidade de cidadãos, isto é, como membros do Estado ou d'aquellas fracções organicas; e por *direito privado* o que regula as relações sociaes dos individuos considerados como particulares, e as das entidades sociaes ou corporações quando consideradas tambem como particulares (2).

(1) Pretendendo apresentar um criterio de distincção verdadeiramente objectivo e intrinseco, Jellinek e Vanni fizeram consistir tal criterio em que no direito privado o fim garantido é predominantemente e immediatamente privado, emquanto no direito publico esse fim é predominantemente publico, isto é, fim da comunidade organizada em Estado. Basta o adverbio *predominantemente* para destruir o criterio que se propõe. Vej., para o desinvolvimento d'esta doutrina, Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1900, t. 1, pag. 124 e segg.; Sr. Dr. Abel Andrade, *Commentario ao codigo civil portuguez*, 1895, pag. CXIV e segg.

(2) Impugnando o valor theorico e pratico da divisão

As normas do direito publico scindem-se em varios ramos: assim, o direito pelo qual se consti-

geral do direito em publico e privado, Van Bemmelen (*Nociones fundamentales del derecho civil*, trad. de Navarro de Palencia, 1901, pag. 109) procurou agrupar as differentes partes do direito, sob o ponto de vista theorico do objecto da relação juridica, pela fôrma seguinte:

- 1) direito *individual* (não economico);
- 2) direito de familia e de protecção (não economico);
- 3) direito economico (relativo aos individuos e ás instituições familiares e de protecção);
- 4) direito social;
- 5) direito politico.

Tomando como base a funcção propria do direito — garantia das condições de existencia e desinvolvimento da sociedade, o Dr. Garcia (*Apontamentos d'algumas lições de sciencia politica e direito politico*) dividiu o direito em *politico*, *economico*, *administrativo*, *moralisador* ou *penal*, em correspondencia com as condições de formação, constituição e renovação da sociedade (politica), de vitalidade ou nutrição (economia), de conservação e persistencia (administração), de aperfeiçoamento (moral) e de garantia (direito).

O Sr. Dr. Affonso Costa (*Lições de organização judicaria*, 1898, pag. 5) divide o direito em *economico*, *familiar*, *administrativo* e *politico*, em harmonia com as quatro sciencias sociaes concretas: economia (sustento e reparação das sociedades por meio da preparação, circulação e emprego das utilidades), sciencia familiar (estructura e vida da familia), administração (estructura e vida dos organismos

tue o Estado, determinando-se as suas funcções organicas, chama-se *politico*; o que regula o exercicio d'essas funcções, *administrativo*; o que determina os factos offensivos das condições essenciaes da ordem social (*crimes*) e os meios de defesa da sociedade (principalmente as *penas*), *penal* ou *criminal*; o que regula a fórma por que nos tribunaes competentes se resolvem os direitos controvertidos, *processual*.

O direito privado, regulando, em principio, todos os actos dos particulares, deveria formar uma

secundarios do Estado), politica (funcção de coordenação e direcção de todas as actividades sociaes).

Em conformidade com a sua classificação de phenomenos sociaes, De Greef (*Introduction à la sociologie*, 1886, t. I. pag. 158 e segg.) dividiu o direito em:

- 1) direito economico (commercial, industrial, agricola e predial);
- 2) direito familiar ou genesico (casamento e divorcio, paternidade e filiação);
- 3) direito mixto ou successorio;
- 4) direito artistico;
- 5) direito scientifico e philosophico;
- 6) direito moral e penal;
- 7) direito administrativo e publico interno;
- 8) direito internacional privado;
- 9) direito publico externo.

Vej. Roguin, *La règle de droit*, 1889, pag. 174 e segg.

massa homogenea e unica. Comtudo, a diversidade das relações de interesse particular, que pôdem surgir entre individuo e individuo, levou á subdivisão do direito privado — direito civil em sentido lato (1) — em *direito civil* propriamente dito e *direito commercial*.

O direito civil ou direito privado *commum* tem como instituições fundamentaes a capacidade civil ou direito de personalidade, a familia, os contractos, a propriedade e as successões, sendo as normas constitutivas d'estes tres institutos applicaveis, salvas as excepções expressas na lei, tanto aos individuos, como ao Estado e aos outros aggregados sociaes, que, em relações juridicas d'esta natureza, teem os mesmos direitos que os individuos.

E, porque, como nota Thaller (2), o commercio

(1) A expressão direito civil é a traducção do *jus civile* dos romanos, que, em opposição ao *jus gentium* — *quo omnes gentes utuntur* —, designava o direito proprio de um povo independente — *quod quisque populus ipse sibi jus constituit* (Gaius, *Instit.*, I, 1). O conceito foi successivamente variando, passando a designar, primeiro, o direito romano, em opposição ao canonico ou ecclesiastico, depois todo o direito privado, e, por ultimo, apenas o direito privado *commum*. Vej. Dernburg, *Pandette*, trad. de Cicala, 1906, vol. 1, pag. 48 e segg.; Landucci, *Storia del diritto romano dalle origini fino a Giustiniano*, 1887, pag. 181 e segg.

(2) *Traité élémentaire de droit commercial*, 1904, pag. 3.

tem necessidade de regras jurídicas e de instituições favoráveis á rapidez das transacções e ao desinvolvimento do credito, criou-se para elle um direito proprio — *direito commercial*, o qual representa, relativamente ao direito civil, um direito singular ou especial (1).

Assim, não obstante a noção legal do direito civil abranger, segundo o artigo 3.º do nosso código, as relações jurídicas do commercio, o legislador português separou do direito civil um regimen juridico especial para o commercio, organisando o código commercial (2).

Em sentido restricto, a expressão direito civil não comprehende esse direito.

A classificação indicada não é extensiva exclusivamente, á legislação interna, propria de cada Estado.

A lei de integração, como elemento determinador da vida social, comprehende, dizem Chironi e Abello (3), não só a existencia e desinvolvimento

(1) Não assim em todos os paizes: o código federal suíço, que começou a vigorar em 1 de janeiro de 1883, intitula-se das obrigações e do direito commercial. Pertence ao mesmo typo a lei federal sobre execuções e sobre quebra, de 11 de abril de 1889.

(2) Vej. Cod. com., artt. 1.º e 2.º

(3) *Trattato cit.*, pagg. 13 e 14.

dos individuos, mas tambem as associações de individuos, qualquer que seja a amplitude dos limites da sua actividade: isto explica a necessidade e a natureza do *direito internacional*, — e a sua distincção em *publico* e *privado*. Aquelle regula as relações que se dão entre Estados, considerados como unidades juridicas, com personalidade propria (relações diplomaticas, tratados, conflictos, etc); este as relações entre individuos pertencentes a nacionalidades differentes, ou possuindo bens ou tendo interesses em diversos Estados.

8. — Continuação: direito universal e particular; commun e singular. Direito individual ou privilegio.

Porque a integração na sociedade humana, longe de se realizar de modo uniforme e constante, varia segundo as necessidades e condições peculiares da sociedade em que se verifica, não podia o direito — meio especial de integração — deixar de reflectir aquella diversidade de condições e necessidades. Assim, pois que, ao lado das condições de vida social, communs a todo o territorio do Estado, outras ha que variam de localidade para localidade, pode haver normas que devam applicar-se em todo o territorio nacional (*direito universal*) e outras que só sejam applicaveis a determinadas regiões (*direito particular*). E, embora legitima a aspiração

de unificar o direito na sua applicação territorial, como um dos mais poderosos meios de cohesão do character nacional, essa unificação terá sempre a contraria-la, se não a força das tradições juridicas, susceptiveis de apagar-se, a ordem natural das cousas, que o legislador não poderá alterar.

Tambem a situação especial de certas categorias de pessoas e a natureza de determinadas relações juridicas podem exigir, ao lado do direito *commum* — constituido por normas juridicas applicaveis a todas as pessoas e relações, desde que se verifiquem as condições por aquellas determinadas — regras *singulares* de direito, cujo character distinctivo reside na derogação das normas geraes fixadas pelo direito *commum*.

A existencia de um *jus singulare* — *contra tenorem rationis* — (1), que, para Pescatore (2), sãe da esphera juridica, visto repousar sobre principios de moralidade e utilidade publica, só pode justificar-se quando seja determinado pela utilidade geral, a qual, exigindo que as actividades individuaes sejam harmonicamente coordenadas, impõe

(1) L. 16, D. *de leg.*, 1, 3: «*jus singulare, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*».

(2) *Logica del diritto*, 1885, pag. 115 e segg.

ao mesmo tempo que se estabeleçam normas jurídicas adequadas ás condições peculiares de cada uma d'essas actividades. Longe de representar uma infracção ao principio da egualdade, o direito singular, quando determinado por considerações d'esta natureza, traduz aquelle mesmo principio: diversidade de condições, diversidade de garantias (1).

Distincto do direito singular, que contém um principio de character geral, applicavel a todas as relações jurídicas em que se verifiquem as condições exigidas para a applicação d'esse direito, é o *direito individual* ou *privilegio*, tão frequente no antigo direito (2), com que, na terminologia predominante, se designa não só o acto do poder social que regula uma relação jurídica singular (*lex in privos lata*), mas tambem a faculdade que d'este modo se cria.

(1) Vej. Pacifici-Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile italiano*, 1903, vol. I, pag. 8.

(2) A Carta Constitucional declarou abolidos «todos os privilegios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica» (art. 145.º § 15.º). Vej. Sr. Dr. Marnoco e Sousa, *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português*, 1904, pag. 373 e segg. e 390 e segg.

CAPITULO II

Fontes do direito objectivo

9. — Noção e distincção das fontes do direito.

Contra os exaggeros da concepção racionalista, que considerava o direito um producto do arbitrio ou da sabedoria legislativa, e da escola historica, para a qual o direito é, originariamente, o producto immediato da actividade do espirito do povo, reagiu a sciencia positiva, demonstrando que no direito entram dois elementos de egual importancia — um *natural* e outro *logico*, a sociedade e o raciocinio, a consciencia collectiva que reflecte as necessidades sociaes e presente a sua possivel satisfação, e o espirito humano, que formúla a norma destinada a obter a satisfação d'essas necessidades. Taes são as fontes primordiaes do direito.

Mas, além da força geradora da regra juridica, ou *origem*, podem as fontes do direito ser consideradas — e é este o significado particular que tem entre os cultores do direito —, como os órgãos sociaes e politicos de que immediatamente derivam as normas juridicas, ou, em uma accepção mais technica, os modos de formação das normas

juridicas ou as fórmãs que essas normas revestem (1).

Sem duvida, nas sociedades modernas, a fonte principal da norma juridica é a lei, que exprime de modo immediato e directo a vontade do Estado.

Mas, além da lei propriamente dita, isto é, da lei no seu sentido mais geral de regra social obrigatoria — fonte *immediata* do direito, outras fontes do direito admittem os escriptores — fontes *mediatas*, constituídas por normas que, não tendo de per si força obrigatoria, a adquirem, quer em virtude de expressa disposição da lei, quer por serem necessarias para a sua interpretação.

A multiplicidade de relações da vida social e o seu incessante desinvolvimento, não permittindo ao legislador formular normas que regulem todos os casos concretos, e a impossibilidade de, por vezes, se determinar o sentido do texto legal independentemente de outros elementos que permittam reconstituir o pensamento do legislador, explicam a necessidade d'esta segunda especie de fontes do direito.

(1) Hauriou (*L'Histoire externe du droit*, 1884, pag. 2 e segg.) distingue entre fontes e monumentos do direito: aquellas seriam os organismos politicos de que derivam as normas juridicas, estes os textos que as exprimem.

As fontes mediáticas, também chamadas *geradoras*, abrangem, para uns (1), o costume; para outros (2), aquelle e a jurisprudencia dos tribunaes; alguns (3), consideram tal também a sciencia do direito; outros (4) comprehendem ainda, n'aquella expressão, os principios geraes de direito e a equidade, e, finalmente, outros (5) estendem tal designação ao direito autonomo das pessoas collectivas.

Notando que, se a formação do direito não é obra exclusiva do Estado, é, todavia, certo que, áparte os exaggeros da escola inglesa de jurisprudencia analytica, qualquer que seja a fonte de que a norma proceda, é sempre o Estado que, pelo seu reconhecimento, lhe imprime o character de verdadeira e propria norma juridica, nós distinguiremos:

- a) as fontes immediatas ou formaes, constituidas pelas leis — expressão directa da vontade do Estado, e pelo costume;

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., pag. 5.

(2) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, cit., pag. 21 e segg.

(3) Vej. Van Bemmelen, *Nociones fundamentales*, cit., pag. 29 e segg.

(4) Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pag. 22 e segg.

(5) Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pag. 83 e segg.

- b) as fontes mediatas, abrangendo a sciencia do direito e a jurisprudencia dos tribunaes ;
- c) as fontes subsidiarias do direito, isto é, os principios juridicos applicaveis aos casos não previstos na lei.

10. — O costume: *theoria historica*.

Na sua manifestação exterior, o costume apresenta-se-nos como um facto, ou, antes, como um conjuncto de factos reveladores de um sentimento juridico, e póde definir-se a observancia uniforme de uma norma, cuja força obrigatoria assenta no facto do seu exercicio prolongado e constante, acompanhado da convicção da sua necessidade juridica (*opinio juris, opinio necessitatis*) (1).

Dois elementos, pois, indissoluveis e coessentialaes á existencia do costume, podemos distinguir n'elle: um *externo*, ou material, — a *consuetudo* dos

(1) Este ultimo elemento, verdadeiramente especifico do costume juridico, exclue do seu dominio certas praticas sociaes que, embora solidamente estabelecidas, não pôdem constituir fontes de direito privado positivo, porque o uso que as sanciona não implica ideia alguma de coacção: taes as regras de urbanidade, as praticas moraes e religiosas, os costumes do povo ou de uma classe social, etc. Vej. sobre os habitos sociaes e sua função na vida, Von Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1899, t. II, pag. 50 e segg.

textos latinos, *Uebung* da doutrina allemã — o elemento de facto, que serve ao costume de *abstractum* necessario; outro *interno* ou *psychologico* — *opinio necessitatis*, *Rechtsüberzeugung*, — o sentimento da obrigação, a crença na existencia de uma sancção, que imprima ao costume o caracter de necessidade juridica.

Durante muito tempo, emquanto dominou como fonte de direito positivo, não se pensou em justificar a força creadora do costume; invocava-se e impunha-se como um facto indiscutivel: «*Im Anfang war die That*», como diz Goethe. Mas, á medida que, com o alargamento da esphera das outras fontes, se restringe a do costume, julgou-se necessario comprovar a sua auctoridade.

Assim, tres maneiras de comprehender este elemento intellectual, que transformam o simples uso em regra juridica, teem sido, como diz Lambert(1), successivamente adoptadas pelos constructores da doutrina actualmente dominante:

- a) A primeira, — a explicação romanista do costume, mais tarde seguida pelos glosadores e post-glosadores, via o elemento *psychologico* indispensavel ao costume em uma

(1) *La fonction du droit civil comparé*, 1903, pag. 111 e segg.

especie de consentimento implicito do povo, em uma approvação e convenção tacita do conjuncto dos cidadãos: *tacitus consensus populi, tacita civium conventio* (1) — legitimando os factos materiaes do exercicio da norma.

Mas é visivel que esta theoria, inventada com o fim exclusivo de dar a esta fonte do direito o mesmo fundamento que á lei, constituia antes uma tentativa de explicação do que uma analyse scientifica do costume. A doutrina romana do costume foi creada pelos jurisconsultos dominados pela ideia da omnipotencia legislativa e pela convicção de que a auctoridade das regras juridicas não podia provir senão de uma ordem dada ao individuo pela collectividade ou pelos representantes d'esta collectividade; e, porque o phenomeno da creacção extra-legislativa do direito desmentia a cada passo esta concepção aprioristica da natureza do direito positivo, recorreram á ficção do consentimento tacito. Confundia-se a base natural do direito com o seu fundamento politico.

Substituido o consentimento tacito do

(1) Ulpiano (1, 4) definira elegantemente o costume: «*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*».

rica, se liga directamente á repetição de actos, que elle especifica, e consiste, para aquelles que os praticam, no sentimento de que procedem em virtude de uma regra não expressa, que se impõe como regra de direito objectivo. A força do costume juridico, como fonte de direito objectivo, reside no facto de que elle corresponde a uma verdadeira e permanente necessidade social. E, com razão diz Geny (1), que «se se quizer ir mais além e investigar a razão ultima d'esta necessidade social, d'este sentimento natural, de este reconhecimento espontaneo dos interesses implicitos no phenomeno social do costume, temos que sair do dominio das realidades objectivas, levando-nos para o campo das concepções puramente subjectivas, das hypotheses mais ou menos scientificas . . . ».

11. — Continuação : direito português.

Manifestando pela sua propria origem, a sua

(1) Geny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. hesp., 1903, pag. 314.

Vej. tambem Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, apud *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, pag. 216 e segg.

oportunidade, o costume exerceu larga influencia no direito, precedendo não só o direito escripto, mas conservando, quando este começou a desinvolver-se, um lugar importante ao lado d'elle. Mas é um phenomeno indiscutivel que, á medida que as relações sociaes se complicam, os grupos ethnicos se fundem e as aspirações nacionaes se modificam sob o influxo do cosmopolitismo e tornam necessaria uma forte centralisação politica, o poder do direito consuetudinario cede ante o lugar cada vez mais preponderante que toma a legislação escripta. Sensível este facto já no direito romano, observa-se com precisão em toda a formação historica do nosso direito: á medida que o Estado se desinvolve, o costume, que nos inicios da monarchia chegára a adquirir predominio decisivo sobre a legislação escripta de character geral (1), restringe-se, em grande parte, e gradualmente, aos aggregados au-

(1) Vej. *Portugaliae monumenta historica, leges et consuetudines*, t. I, pag. 139.

Importantes materias de direito privado se constituíram pela acção quasi exclusiva do costume: organização da propriedade immobiliaria, regimen successorio, direito matrimonial, fórmulas de processo executivo, etc. Mesmo em outras materias, submettidas ao direito romano ou ao direito canonico, a *recepção* d'estas legislações, estranhas ao fundo juridico nacional, fez-se, quasi sempre, na fórmula do direito consuetudinario.

tonomos collocados sob a soberania *commum* (costumes locais); mas, desaparecendo a autonomia d'estes aggregados pela acção absorvente do poder central, limitaram-se, por isso mesmo, as fontes do costume (1).

Modo inferior e primitivo da produção do direito, o costume encontrava na propria incerteza a sua condemnação; e de repellir é, como «prejuizo romantico», na phrase expressiva de Bluntschli, a opinião d'aquelles que, ainda hoje preferem o costume á lei, como expressão perfeita do direito positivo.

Não deixou, todavia, o costume de continuar a ser uma verdadeira, e não pouco importante fonte geradora e formal do direito. Assim o declaram as Ordenações Philippinas (2), que reconhecem o direito consuetudinario, constituído pelos estylos da côrte e pelos costumes do reino, os primeiros respeitantes ao modo de ordenar o processo e á pratica do direito e referentes os segundos ao modo de julgar. E a *lei da boa razão*, de 18 de agosto de 1769, determinava as condições a que o costume

(1) Vej. Sr. Dr. Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, 1885, t. I, pag. 30 e segg.

(2) Liv. III, tit. LXIV, pr. Vej. tambem liv. I, tit. I, § 37.º

devia satisfazer para que devesse ser considerado direito. Eram :

- a) *não se oppôr á lei escripta* (1);
- b) ser conforme á equidade;
- c) ser immemorial, isto é, ter, pelo menos, mais de um seculo.

Se, pois, o costume, havia decrescido, em extensão, pela menor fecundidade das suas fontes productoras, tambem a sua força agora se retrahia ante a lei escripta.

E o codigo civil, preceituando, no artigo 9.º, que ninguem póde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto do seu desuso, não permite que o costume prevaleça *contra a lei*, já que, como demonstrou Savigny (2), uso contrario positivamente á lei (*consuetudo abrogatoria*) e desuso encaminhado a abolil-a por sim-

(1) «Já o decreto de 4 de outubro de 1628 declarára que as resoluções com a clausula *sendo costume* se entendem do costume assentado, fixo, *não contrario a alguma ordem...*» Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, 1839, t. I, pagg. 57 e 58. Vej. Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, 1815, lib. I, pag. 7.

(2) *Traité de droit romain*, trad. par Guénoux, 1875, t. I, pag. 189 e segg.

ples inobservancia (*desuetudo*) são aspectos identicos do problema.

Mas, não podendo estabelecer-se pelo costume direito *contra legem*, e excluido o costume *secundum legem*, que nenhum valor póde ter em materias disciplinadas pela lei, acceitaremos as ideias dominantes na nossa jurisprudencia, que repelle a força geradora do costume *praeter legem*, isto é, do costume referente a actos ou relações não regulados na lei positiva?

Se, theoricamente, se impõe a necessidade de reconhecer o costume como fonte formal de direito positivo, tambem, nos dominios da nossa legislação, cremos poder sustentar que, não obstante a disposição do artigo 16.º do codigo civil, o alcance da disposição imperativa acima referida não vae até ao ponto de negar a força obrigatoria do costume constituido parallelamente á lei e para suppril-a.

Longe de romper com a tradição juridica pre-existente, o legislador teria em vista continual-a; e, talvez deva ver-se a comprovação d'este asserto no silencio feito, na commissão revisora, em torno d'este artigo (1), silencio que mal se comprehen-

(1) Vej. Actas das sessões da commissão revisora do projecto de codigo civil portuguez, 1869, pag. 8.

Nos jurisconsultos do tempo é, pode dizer-se, *commun*

deria a respeito de um preceito de lei tão profundamente innovador.

‘E é nossa opinião, que teremos occasião de desenvolver, que o costume pôde servir não só de complemento ou de extensão a uma regra legal, mediante instituições novas, mas também como meio de esclarecer uma lei obscura, fixar a sua applicação na hypothese de ambiguidade do texto, e estender a sua acção até onde a necessidade o imponha, desde que não contrarie a decisão formal do legislador.

Negando ao costume *contra lei* os fóros de direito, o codigo civil manda, no emtanto, por vezes, attender aos *usos e costumes*, de preferencia aos preceitos absolutos da lei (1).

a ideia de admittir o costume para supprir ou interpretar a lei e repellir o desuso ou o uso contrario a ella. Vej. Dalloz, *Répertoire*, vb. *Lois*, n.^{os} 528, 532 e 536; Eschbach, *Introduction générale à l'étude du droit*, 1856, pag. 35.

(1) «Fica a apreciação do costume dependente do arbitrio do julgador, escreve Dias Ferreira (*Codigo civil português annotado*, 1894, t. I, pag. 19), porque o codigo não lhe fixa os requisitos, e em face do art. 5.^o da lei de 1 de julho de 1867 deve reputar-se revogada a Ord., liv. 3.^o, tit. 64.^o, e a lei de 18 de agosto de 1769 § 14.^o, que determinavam as condições do uso e costume para ser obrigatorio; mas deve ser effectivo no acto da promulgação

A força obrigatória d'esses usos e costumes não deriva, como é visível, da repetição geral e constante dos mesmos actos, mas das proprias disposições da lei.

Outro, é, porém, o logar em que, sob este aspecto, nos compete tratar do costume.

12. — A lei: noção.

Ao lado do costume — direito não formulado (*ungesetzes Recht*), producto consciente ou semi-inconsciente do conjuncto dos interessados —, e superior a elle, apresenta-se-nos a lei — o verbo perfeito do direito —, como lhe chama Bluntschli (1), que representa a expressão mais elevada, mais eminentemente politica do direito, a sua formula mais reflectida e mais pura (*gesetzes Recht*).

Exprimindo, relativamente á norma juridica que estatúe, a vontade de um órgão social determinado, vasado em uma fórmula verbal que fixa os seus limites e conteúdo, a lei representa como que a in-

do codigo, § 1.º do art. 380.º, e uniforme para não haver duvida sobre a sua existencia, art. 1628.º, incumbindo em todo o caso a prova ao que o allega, ou seja auctor ou réo, art. 2406.º. Vej. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, t. IX, pag. 55.

(1) *Le droit public général*, trad. par Riedmatten, 1885, pag. 6.

tegração da ideia jurídica que fluctuava indecisa na consciencia collectiva e que, agora, se converte em preceito claro, indiscutivelmente obrigatorio.

N'isto reside o valor da lei. E, qualquer que seja o fundamento que assignemos á sua efficácia obrigatoria, quer pretendendo ver n'ella, com Rousseau (1), a expressão da vontade geral, com intuito de regular as condições da vida social; quer considerando o legislador um órgão artificial e imperfecto da consciencia popular, mais real e directamente traduzida no costume (2); quer attribuindo-lhe a função exclusiva de assegurar a ordem entre os membros da communidade social, fixando o direito (3); quer vendo n'ella o reconhecimento por parte dos interessados da sua norma de vida social (4) — sempre ella traduz o acto de uma auctoridade social, regularmente constituida e competente para dictar regras juridicas na fórma de preceitos obrigatorios.

(1) *Contrat social*, liv. II, cap. VI.

(2) Savigny, *Traité de droit romain* cit., t. I, pag. 37 e segg.

(3) Leroy-Beaulieu, *L'état moderne et ses fonctions*, 1890, pag. 108 e segg.

(4) Pedro Dorado, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, apud *Revue de droit public et science politique*, 1899, pag. 5 e segg.

Mas, porque, embora entre nós e nos Estados em que vigora o systema representativo a funcção legislativa pertença ao parlamento, é, em geral, attribuida ao poder executivo e ás autarchias locais competencia para, dentro de certos limites, publicarem normas de character obrigatorio, a palavra lei comprehende, n'aquella generica accepção, não só os diplomas que contenham providencias legislativas, propriamente ditas, mas tambem as determinações do poder executivo (decretos, regulamentos, instrucções e portarias) e os regulamentos dos corpos administrativos (posturas).

No seu sentido proprio e technico, a palavra lei designa a declaração, feita pelo poder legislativo, das normas obrigatorias por que devem regular-se as relações sociaes.

13. — Continuação: o problema da autonomia legislativa.

A força imperativa da lei estende-se a todo o dominio da soberania nacional. Mas implicará o reconhecimento d'este alcance da lei a exclusão de leis particulares a que, em virtude de uma certa autonomia, se encontrem submettidos determinados aggregados ou comunidades, que vivem no seio do Estado?

Acceitaremos, ao contrario, as ideias de Jelli-

nek (1), que estende a funcção legislativa a certos grupos politicos, sociaes ou economicos, sobretudo nas materias relativas á sua actividade corporativa?

Devendo observar que o problema fica limitado ás regras legislativas taes como se impõem aos tribunaes do Estado, porisso mesmo que facil é conceber uma autonomia em sentido mais amplo em favor de certas communitades que, embora vinculadas á vida do Estado, exercem uma acção completamente distincta e, em certo modo, parallela (2), não duvidamos repellir toda a ideia de autonomia legislativa em órgãos independentes do poder central.

Certo que o codigo civil portuguez, como, em geral, os codigos estrangeiros, guardam silencio ácerca da extensão d'aquella manifestação da soberania a determinados grupos sociaes; mas, ainda

(1) *Gezetz und Verordnung*, 1887, pag. 189 e segg. Vej. tambem Roguin, *La règle de droit*, 1889, pag. 130 e segg.

(2) Assim, a Igreja catholica, que, investida de uma missão especial e tendo uma organização completa e independente, representa uma pessoa internacional. Vej. Fedozzi, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, 1897, pag. 126 e segg.

quando não quizéssemos ver n'aquelle silencio a condemnação do principio da autonomia legislativa, que, diga-se de passagem, era outr'ora largamente applicado em favor de cidades, familias e corporações —, parecer-nos-ia irrecusavel a affirmação de que a actividade juridica criadora das pessoas collectivas, quando não represente o exercicio de uma funcção meramente regulamentar, traduz uma delegação do legislador.

E, quanto ao direito reconhecido a certas corporações de estabelecer estatutos obrigatorios para seus membros e cujos effeitos pôdem estender-se a terceiros (1), facil é de ver que não traduzem elles uma verdadeira instituição legislativa, mas simplesmente representam a applicação do principio geral da autonomia da vontade (*Privat autonomie*), que cria entre os interessados, não regras de direito objectivo, mas vinculos de ordem puramente subjectiva.

14. — Continuação : caracteres essenciaes.

a) *A lei positiva contém um principio de direito.*

Porque estabelece uma regra juridica, a lei

(1) Vej. Lei de 3 de abril de 1896 (syndicatos agricolas); decreto de 2 de outubro de 1896 (associações de socorros mutuos); decreto de 18 de abril de 1901 (associações de caracter religioso); lei de 17 de abril de 1902 (casas de detenção e correcção de menores de Lisboa e Porto).

distingue-se do acto individual que, embora traduza uma manifestação da vontade, uma disposição obrigatória, tem por conteúdo exclusivamente direitos e deveres individuais. Oppondo-se, por um lado, á acção judicial (*Rechtsgeschäft*) e, por outro, á prescrição administrativa (*Verwaltungsvorschrift*), como distingue Laband (1), o principio de direito restringe ou estende a liberdade dos individuos, fixando os limites em que póde exercer-se a actividade dos cidadãos e a do Estado. Pouco importa que o principio juridico seja limitado ou illimitado no tempo, applicavel a um ou a muitos casos ou que não chegue mesmo á execução: basta que se trate de prescrições respeitantes a limitações sociaes. Quando

(1) *Le droit public de l'empire allemand*, 1901, t. II, pag. 260 e segg. Para Anschütz (*Die gegenwärtigen theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und des königlichen Verordnungsrechts nach preussischen Staatsrecht*, 1901, t. II, pag. 11), o principio do direito não é qualquer regulamentação (*eine norm*), mas uma regulamentação juridica (*eine Rechtsnorm*), isto é, um conjuncto de prescrições que, em opposição ás disposições puramente administrativas, estatuem ordens e prohibições aos cidadãos, interessando a sua situação juridica e impondo-se por meio da coacção.

por exemplo, se auctorisa a fundação de uma universidade, a construcção de um caminho de ferro, tal facto não representa uma modificação na regulamentação do direito existente; ainda que esses actos sejam realisados na fórmula de leis, não teem por consequencia senão determinar a materia sobre a qual se exerce a actividade administrativa, não criam limitação nova á liberdade dos cidadãos e á do Estado: não estabelecem principios de direito, formulam ordens administrativas.

- b) *A lei positiva é uma regra obrigatoria.* A lei, sendo uma disposição que estabelece uma regra de direito, não se limita a estabelecer a fórmula, mas declara, implicitamente, que esta regra é obrigatoria: «*Lex est quod populus jubet, atque constituit* (1)». É necessario, pois, distinguir na lei dois elementos, na generalidade dos casos indissoluvelmente ligados: o conteudo, que é o principio de direito, e o imperativo positivo (preceito) ou negativo (proibição), que constitue a sua sancção.

(1) Gaius, 1, § 3.

É, seguramente, parte essencial da actividade legislativa a fixação do conteúdo da lei, mas a auctoridade especifica do Estado, a sua soberania não se manifesta senão na sancção que elle dá a estas normas, no momento em que attribue força de lei a um principio de direito.

E mal se poderá sustentar a opinião dos escriptores que da analyse da fôrma grammatical de algumas leis concluem pela não essencialidade do imperativo, visto que não á fôrma mas ao conteúdo logico se deverá attender.

O codigo penal portuguez, preceituando no artigo 421.º que «aquelle que commetter o crime de furto, subtrahindo fraudulentamente uma cousa que lhe não pertença, será condemnado...», sanciona uma norma, cujo conteúdo logico é a prescripção aos cidadãos de não furtar e a ordem ao juiz para applicar a pena estabelecida áquelle que commetta o crime de furto. E o que é evidente para as normas penaes resulta de modo claro tambem para todas as especies de normas preceptivas e prohibitivas (*jus cogens*).

Quanto ás leis dispositivas, de que adiante nos occuparemos, e que só são applicaveis

nos casos em que os interessados não tenham disposto por fôrma differente, visível é n'ellas a existencia do imperativo, embora condicionado á hypothese de inexistencia de disposição em contrario. Assim, quando o codigo civil declara no artigo 1581.º que «o vendedor é obrigado a assegurar a propriedade e posse pacifica do comprador, e a prestar a evicção, nos termos declarados nos artigos 1046.º e seguintes», disposição que pôde ser preterida por convenção em contrario, ordena, na falta d'esta, ao vendedor a satisfação das garantias preceituadas na lei. Assim, tambem, as disposições sobre successão legitima importam, subordinadamente á inexistencia de testamento, a prescripção a terceiros de respeitar a propriedade do herdeiro legitimo, aos devedores do *de cujus* de pagar a este herdeiro, aos legatarios e credores de exigirem d'este o pagamento dos seus creditos. Em taes casos o imperativo está subordinado ou á condição da existencia de uma determinada relação ou á da falta de convenção entre as partes.

Ainda a objecção se levantou a respeito das normas, que alargam a esphera de capacidade de uma categoria de pessoas,

reconhecendo como juridicos actos que eram, anteriormente, juridicamente indifferentes, v. g. a concessão de capacidade eleitoral a pessoas precedentemente excluidas do suffragio (alargamento do voto, voto às mulheres, etc.) (1). Mas facil é de ver que em taes casos o imperativo attinge tanto os órgãos do Estado, que devem realisar os actos tendentes a assegurar aos individuos o exercicio do seu direito de voto, como aquelles que, declarando até então livremente o direito, sem o concurso da vontade popular ou com o concurso de parte d'ella, agora soffrem uma limitação d'esta sua actividade.

15. — Continuação: caracteres não essenciaes.

a) *Generalidade da norma juridica.* O criterio da generalidade é a base explicita e implicita das construcções juridicas de todas as escolas de philosophia do direito. A escola pythagorica concebe o direito como numero e harmonia, por consequencia, como regra

(1) Vej. Baron, *Pandekten*, 1893, pag. 28. Tambem Duguít, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, t. I, pag. 501 e segg.

geral (1); a escola platonica como ordem abstracta (2); a escola estoica expressamente declara que a lei é de sua natureza geral.

Adoptada pelos jurisconsultos romanos (3), esta ideia foi egualmente abraçada na idade media pelos escriptores, que conceberam o direito como ordem divina, proporção, medida. N'ella insistem os partidarios da escola do direito natural, não sem inferir o principio de considerações erroneas e tirar conclusões exaggeradas; e os juristas praticos inglezes põem em relevo a universalidade do direito. Finalmente, as escolas historica e positiva, considerando o direito como um phenomeno de formação natural, como a regra de coexistencia dos individuos em sociedade, sustentaram que as suas leis necessarias são substancial-

(1) Carle, *La vida del derecho en sus relaciones con la vida social*, vers. de Ginér de los Rios e Flórez Llamas, 1889, t. 1, pag. 501 e segg.

(2) Jellinek, obr. cit., pag. 36.

(3) Ulpiano, 1, 8: «*Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*»; Celso, 1, 4: «*Ex his quae forte uno caso accidere possunt jura non constituuntur*». Vej. Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889, pag. 3 e segg.

mente identicas ás outras leis naturaes, e, consequentemente geraes.

Mas a doutrina da generalidade da lei, não obstante as auctoridades que a suffragam, não resiste, em nossa opinião, á critica. Pondo de parte as antigas doutrinas, baseadas em hypotheses indemonstradas que tomam o lugar de deducções scientificas, a comparação com as leis naturaes não fornece argumento decisivo. Sem duvida, porque as relações individuaes e sociaes das personalidades tendem a um typo common, a maior parte das regras de direito teem, de facto, o character de regras geraes. Mas este character, elemento natural e não essencial da noção de lei, não é, por isso mesmo, necessariamente, inherente ás relações sociaes; e, no caso em que relações sociaes não nos appareçam com uma constancia estabelecida, não ha impossibilidade logica de criar, para estas relações exceptionaes, uma regra de direito.

Certo que, na generalidade dos casos, as decisões individuaes serão actos administrativos; mas nada impede que uma lei estabeleça uma regra de direito applicavel a um facto ou a uma relação de direitos particulares. E, quando entendamos a genera-

lidade da lei sob o aspecto da sua duração, incontestavel nos parece a não essencialidade da permanencia. Numerosos exemplos veem em apoio d'esta opinião.

Que o principio de direito póde ser temporario, comprovam-o as leis que estabelecem um regimen provisorio e as que realisam reformas sociaes importantes e que, para attenuar os effeitos de uma brusca transformação, decidem que seguirão uma evolução progressiva, estabelecendo-se, durante um periodo determinado, um regimen de transição.

Que a lei póde ter applicação só em um caso preciso, limitado, demonstram-o as regras de direito *profissionaes*, v. g., as que respeitam aos operarios menores, aos funcionarios; as leis locaes, como as que preceituam ácerca de regiões florestaes, colonias, etc. E regras de direito póde haver que, pela força mesma das cousas, não sejam applicaveis senão a pessoas, cujo numero é conhecido de antemão e até mesmo a uma individualidade determinada.

E o parecer de Duguit (1) de que «a lei

(1) Obr. cit., t. I, pag. 525.

não se esgota pela sua applicação em um caso particular, ficando sempre viva após as suas multiplas manifestações, applicavel aos casos previstos que de novo se apresentem, torna-se insubsistente ante a existencia de disposições transitorias, que podem não receber senão uma unica execução, não se applicar senão a um individuo e em um unico caso.

- b) *Indeterminação dos casos a que se applica.* Alguns escriptores consideram elemento essencial da lei a sua qualidade de regra não nominativa, não especializada. Mas verificar-se-ha mais do que uma simples differença de fórma entre o principio que, estabelecido em vista de um individuo e só a elle applicavel, não o designa senão por qualidades geraes, abstractas, e a regra que é fixada para esta mesma pessoa, em termos claros, explicitos, com uma indicação nominativa especial? Se aquelles mesmos escriptores reconhecem que a lei póde attingir casos determinados sob a apparencia de abstracção, como não admittir que esta imprecisão não possa constituir uma qualidade essencial e que, em certas circunstancias, possa e deva desaparecer?

Nada impede que um principio de direito se conceba concreto, especial; e, se a indeterminação é um caracter habitual da regra de direito, não é, por fórmula alguma, seu elemento essencial.

c) *Anterioridade da regra.* Deveremos considerar a lei como a regra que só estatúe para o futuro e que nunca póde ter effeito sobre uma situação adquirida? Deixando para outro logar o problema da retroactividade e da não retroactividade das leis, bastará, para mostrar que a anterioridade não constitue caracter essencial da lei, lembrar que muitas leis, por todos reconhecidas como regras de direito, têm preceituado validamente ácerca de factos passados.

Assim, uma lei interpretativa de um texto anterior produz os seus effeitos desde o dia da promulgação da lei que ella explica; assim, admitte-se que uma lei penal nova se applique retroactivamente, quando favoravel ao accusado, vindo assim a legislar para o passado; assim, com as leis de amnistia extingue-se uma situação adquirida.

d) *Iniciativa e independencia.* A lei é, para alguns, um acto de auctoridade inicial, que

não se liga por nenhum laço de subordinação a uma prescrição positiva anterior e que, por consequencia, se produz em condições de soberania particularmente radicaes: «o legislador, escreve Artur (1), não é limitado senão pelas ideias de razão, de bom senso, de justiça, de bem commum; nada ha nas instituições humanas que possa detel-o ou paralisar a sua acção».

Sem duvida, esta seductora concepção verifica-se na generalidade dos casos; e se é certo que o legislador, órgão soberano, não pôde abstrahir da acção dos costumes, da opinião publica e de factores de ordem varia que guiam o seu pensamento, não se pôde deixar de reconhecer que, transformando regras de conducta em regras leaes, elle realisa um acto reflectido, livre. E é a elle que se liga esta cadeia ininterrupta de vontades successivas que se conformam com as suas prescrições iniciaes.

Mas isto só é verdadeiro de uma maneira geral, approximada: ha casos em que a regra estabelecida constitue certamente um

(1) *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions*, 1905, pag. 1 e segg.

principio de direito e em que, todavia, não podemos attribuir-lhe o character de iniciativa e de independencia. As constituições são leis — *supremae leges* — ; poderá o legislador modificá-las ou, mesmo, desprezar o seu texto?

Não ignoramos que, excepto nos Estados Unidos da America do Norte, não existe, segundo a doutrina dominante, recurso contra leis inconstitucionaes. Mas a falta de sancção não altera a regra, que subsiste: a liberdade do legislador é limitada, *circumscripta* pelo poder constituinte (1). E não só negativamente: o legislador é constrangido pela constituição a certos actos. Tal o caso do artigo 104.º da Carta Constitucional, em que se consigna que uma lei particular especificará a natureza dos delictos commettidos pelos ministros de Estado e a maneira de proceder contra elles; tal a hypothese do artigo 70.º da mesma Carta, que declara que uma lei regulamentar marcará o modo pratico das eleições e o numero dos deputados relativamente á população do reino, materias que, com varias outras,

(1) Vej. Carta Constitucional, artt. 139.º-144.º

o artigo 9.º do acto adicional de 5 de julho de 1852 manda determinar na lei eleitoral. Constituindo uma regulamentação de direito e encerrando principios juridicos, a lei eleitoral é, todavia, uma lei subordinada.

O mesmo se verifica quando por um tratado um Estado se obriga a estabelecer legislação nova sobre determinadas materias (1), e, mais nitidamente ainda, quando se trate de leis interpretativas, limitadas á explicação do sentido de um texto anterior.

16. — Continuação : condições de existencia e de obrigatoriedade.

Para que uma lei exista com força obrigatoria, é necessario que seja elaborada ou formulada pelos órgãos competentes, que seja posta em execução e que não tenha sido substituida por outra, ou deixe de vigorar por disposição da mesma lei. Assim, podemos distinguir no periodo de duração de uma lei os seguintes momentos ou phases : formação da lei, promulgação, publicação, começo de execução

(1) Vej. Convenção internacional de 18 de setembro de 1878, art. 1.º: «Os Estados contractantes compromettem-se a completar a sua legislação interna, com o fim de assegurar uma acção commum e efficaz contra a introdução e propagação do phylloxera».

ou vigencia e revogação, isto é, termo ou cessação da sua vigencia, momentos que Morelli (1) reduz a dois — deliberação ou declaração do direito (conteúdo) e promulgação (fôrma).

a) *Formação da lei.* O processo de formação da lei propriamente dita abrange uma série de momentos distinctos, determinados pela maneira como está organizado e funciona o poder legislativo. E diverge elle segundo a organização politica dos Estados: nos Estados autocraticos, a proposta e a discussão da lei não tem logar ou, pelo menos, não se caracteriza juridicamente; o contrario succede nos Estados democraticos puros e representativos, em que se observa a distincção entre a approvação das assembleias legislativas e a sancção do chefe do Estado, esta ultima substituida, em alguns, pela approvação popular (*Referendum, Landsgemeinde*).

Segundo os principios do nosso direito constitucional, o poder legislativo compete ás côrtes (camara dos pares e camara dos deputados) com a sancção do rei (2).

O primeiro momento da formação da lei é a apresentação da *proposta* ou *projecto de lei* ao par-

(1) *La fonzione legislativa*, 1893, pag. 210.

(2) Carta Constitucional, artt. 13.º, 14.º e 15.º § 6.º

lamento, aquella emanada do governo, este da iniciativa dos deputados (1).

Em conformidade com as formalidades prescritas no regimento e com as regras prescriptas na lei fundamental, procede-se, depois, á discussão e votação. Approvada por ambas as camaras, a providencia que foi submettida á discussão passa a denominar-se *decreto das côrtes geraes*, o qual se converte em lei com a *sancção* (2), o acto pelo qual o rei adhiere á declaração das côrtes.

Sanccionada a lei, fica ella perfeita, mas para que se torne obrigatoria carece ainda de duas condições, de dois momentos, em que intervém o poder executivo, ao qual compete empregar a força publica para fazer cumprir os preceitos legislativos.

(1) Carta Constitucional, artt. 45.^o e segg.; Regimento interno da camara dos senhores deputados, de 25 de fevereiro de 1896, art. 114.^o § unico.

(2) Vej. Carta Constitucional, artt. 75.^o § 3.^o e 57.^o a 60.^o. Originariamente, a sancção era uma formalidade imposta pelos imperadores romanos, cuja auctoridade dava vida á lei, com o intuito de evitar a publicação de normas não reconhecidas geralmente como justas e necessarias. L. 8, Cod., *De legibus et Constitutionibus*.

Sobre a sancção: Palma, *Corso di diritto costituzionale*, 1884, t. II, pag. 386 e segg.; Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, 1879, 2.^a parte, vol. I, pag. 296 e segg.

b) *Promulgação da lei.* O primeiro d'estes momentos é a promulgação, isto é, o acto pelo qual o rei attesta aos cidadãos a existencia da lei, ordenando-lhes que a observem e ás auctoridades que a executem (1). *Carta de lei* se chama ao diploma que, assignado pelo rei e pelo ministro ou ministros de Estado respectivos, contém a lei com a formula da promulgação; n'esta está comprehendida tambem a sanção.

Mas, embora ambas procedam do chefe do Es-

(1) A sua fórmula é a seguinte: «Dom... por graça de Deus, Rei de Portugal e dos Algarves, etc. Fazemos saber a todos os nossos subditos, que as côrtes geraes decretaram e nós queremos a lei seguinte (a integra da lei nas suas disposições sómente).

Mandamos portanto a todas as auctoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e guardem e façam cumprir e guardar tão inteiramente como n'ella se contém». Vej. Carta Constitucional, art. 61.^o. A essencia da fórmula termina com o texto da lei: a ordem de observar e fazer observar é manifestamente superflua. Não é a ordem que dá auctoridade á lei, mas é a lei que constitue a ordem: os cidadãos são obrigados a respeitá-la simplesmente porque ella existe e não porque lhes seja ordenado o seu cumprimento.

Eliminadas as expressões finaes da formula referida, poderia, quando muito, exigir-se que uma lei fixasse, para todas as leis, o principio da obrigatoriedade.

tado, a promulgação e a sanção differem em que:

- a) a sanção é elemento essencial para a existencia da lei, emquanto que a promulgação é a affirmação authentica e solemne da lei já formada;
- b) a sanção é dada pelo rei como membro do poder legislativo, a promulgação é feita pelo rei como chefe do poder executivo; e assim
- c) a sanção é um acto livre do rei, que pôde oppôr o seu *veto* aos decretos das côrtes geraes, emquanto que a promulgação é um acto obrigatorio para o chefe do Estado, visto que sancionou a lei (1).

c) *Publicação da lei.* O outro momento, que representa a ultima phase do processo formativo da

(1) O *veto* tem effeito absoluto (Carta Constitucional, art. 58.º); contrariamente a constituição de 1822 estabelecera, no seu art. 110.º, o *veto* suspensivo. Na generalidade das constituições europeias tem o *veto* absoluto: vej. Posada, *Tratado de derecho politico*, 1894, t. II, pag. 570 e segg.; Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, apud *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., 1901, t. III, pag. 42 e segg.

lei, como preceito obrigatorio, é a publicação, isto é, o acto pelo qual se dá conhecimento da lei aos cidadãos (*divulgatio promulgationis*) e se torna obrigatoria.

Com excepção da Inglaterra, onde a declaração da sancção regia no parlamento torna, sem mais formalidades, obrigatoria a lei, entendendo-se que todos os cidadãos, por via dos seus representantes, participam na sua formação, e dos Estados Unidos, onde a publicação não é necessaria, todos os demais Estados reconhecem a necessidade de tornar conhecida a lei (1). Constituindo uma simples sollemnidade, que nada accrescenta ao valor real da lei, a publicação, que para alguns escriptores representa o segundo momento da promulgação (2), envolve não a certeza do conhecimento da lei, mas

(1) O systema adoptado na publicação das leis, nos diversos tempos e entre os diversos povos, é que tem variado com os progressos successivamente realisados nas fórmulas de manifestação do pensamento humano. O pregão, a gravura, a escripta, a imprensa, a affixação — tem sido os meios empregados, já successiva, já simultaneamente, na publicação das leis.

(2) Sobre a distincção entre promulgação e publicação: Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, 1890, t. I, pag. 35 e segg.; Morelli, *La funzione legislativa* cit., pag. 217 e segg.

a presumpção de que todos ficam por esta forma notificados da sua existencia com força obrigatoria. Ninguém pôde, por consequencia, invocar a ignorancia da lei para preterir a sua observancia.

Alguns auctores, admittindo o principio geral de que a ignorancia da lei, depois da publicação d'esta, a ninguem aproveita, entendem, todavia, que tal principio é susceptivel de algumas modificações na pratica, no caso de força maior, que torne impossivel aos individuos de certa provincia o conhecimento da lei, ou no caso de ausencia em paiz estrangeiro, ao tempo da promulgação da lei, ou na hypothese de se tratar de leis dispersas e extravagantes.

Mas, se a primeira d'estas excepções, longe de destruir o principio, vem confirmal-o, porisso que, sendo seu fundamento a impossibilidade da publicação da lei, a ignorancia d'esta deve admittir-se, visto que a sua publicação não se fez regularmente, quanto ás duas ultimas affiguram-se-nos ellas destituídas de fundamento, já porque não ha razão para eximir do cumprimento da lei os cidadãos do Estado, quando as leis de um paiz sobre dadas materias obrigam ainda os proprios estrangeiros, já porque as leis, pelo facto de terem sido legitimamente publicadas, obrigam, independentemente da sua codificação.

Assim o entendeu o legislador portuguez, que,

seguindo a tradição romanista (1), mantida na generalidade das legislações, formulou, no artigo 9.º do código civil, o principio de que «ninguém póde eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, *com o pretexto de ignorancia d'esta . . .*».

Mas, sustentaremos, com Silva Bruschy (2), que o desconhecimento ou ignorancia da lei exime do cumprimento das obrigações, que a mesma lei impõe, desde que seja um facto real e não um simples pretexto?

Baseada no argumento *a contrario sensu*, esta interpretação tem sido unanimemente rejeitada, por incompativel com a doutrina, que expusémos, sobre o effeito juridico da publicação das leis (3).

(1) É expressa a L. 12, *Cod., de juris et fact. ignorant.*: «*Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permitimus*».

Entre nós, já a Ordenação Manoelina declarava, no Liv. 1, tit. LXXVI, que «fizemos . . . esta Ley e Ordenaçam, para se nom poder aleguar ignorancia», e a Lei de 9 de setembro de 1749 consignava que «não se deve relevar a ignorancia do que a todos se faz publico e notorio».

Vej. Sr. Dr. Paiva Pitta, *Estudo sobre a ignorancia ou erro de direito*, 1871, pag. 17 e segg.

(2) *Manual de Direito Civil Português*, 1868, t. I, pag. 8 e segg.

(3) Vej. Dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado cit.*, t. 1, pag. 21 e 22.

A publicação da lei consiste na sua inserção na folha official do governo, hoje *Diário do Governo*, em harmonia com o disposto no decreto de 19 de agosto de 1833, relativamente ao continente e ilhas adjacentes (1).

No Ultramar, a publicação faz-se no *Boletim official* de cada provincia. Em alguns diplomas declara-se, porém, que se tornam obrigatórios independentemente d'essa publicação, e a portaria de 25 de julho de 1895 determina, de um modo geral, que basta a publicação no *Boletim official* do diploma que mandar executar as leis ou regulamentos no ultramar, se já estiverem em vigor no continente do reino e, por consequencia, publicados no *Diário do Governo* (2).

d) *Começo de vigencia da lei.* Porque a publicação da lei não basta para dar-lhe notoriedade, pro-

(1) A administração geral da Imprensa Nacional foi autorisada a dar á estampa e fazer inserir na collecção official «além dos diplomas legislativos e regulamentares publicados no *Diário do Governo*, todos os que tiverem força de obrigar, quer se achem ineditos, quer estejam impressos em escriptos avulsos».

(2) Vej. Portaria de 15 de fevereiro de 1894, ácerca das regras para a publicação dos diplomas officiaes nos boletins dos governos das provincias ultramarinas.

curaram, na sua generalidade, as modernas legislações fixar um periodo (*vacatio legis*), que se reputa indispensavel, mas sufficiente, para que ella chegue ao conhecimento de todos. Nem todas as legislações, porém, conseguiram emancipar-se da tradição romanista, segundo a qual a lei «...*die quo promulgata est suas vires obtinet*» (1).

A analyse das legislações actuaes permite-nos distinguir tres systemas relativamente ao começo da vigencia da lei:

- 1) systema da *obligatoriedade immediata* da lei, seguido pelo direito inglês, austriaco, bavar, saxonio e russo: a efficacia da lei e as consequencias juridicas que d'ella derivam começam com a sua promulgação.

A impossibilidade indicada da diffusão do conhecimento da lei, sem o decurso de um certo praso de tempo, torna este systema inaceitavel. Como admittir a presumpção absoluta da possibilidade de conhecimento da lei, quando se demonstra a real impossibilidade d'ella ser conhecida? Assim, as legislações procuraram fixar um termo para a *obligatoriedade*.

(1) L 65, C., *De decurion*. Foi tambem o systema admittido pela legislação da Revolução francesa.

- 2) *systema successivo*, adoptado pelo legislador francês, hollandês, allemão: estabelece-se para a vigencia da lei um praso mais ou menos longo, segundo a distancia das diversas partes do territorio do Estado.

Se é certo que o methodo successivo apresenta as vantagens, indicadas por Fiore (1), da execução da lei apenas legalmente conhecida e da impossibilidade de fraudes por parte de quem conhecesse a lei contra aquelle que a ignorasse, não logram ellas compensar os gravissimos inconvenientes de tal systema: a falta de uniformidade, transitoriamente, na legislação de um Estado e a difficuldade de decidir as controversias sobre cousas ou entre individuos submettidos a leis diversas. E a grande facilidade das communicações veio afastar, ao menos para o continente, uma das razões em que se baseava o systema successivo.

- c) *systema synchronico* ou *instantaneo* seguido pela legislação italiana e belga: a lei torna-se obrigatoria depois de certo espaço de tempo

(1) *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, 1890, t. 1, pag. 72.

e no mesmo momento para todo o territorio do Estado. Mais conforme á indole da lei, e impedindo a possibilidade de duvidas e de questões sobre o obrigatoriedade, o systema synchronico é, tambem, como escrevem Chironi e Abello (1), mais harmonico com as condições sociaes de hoje, em que a imprensa periodica torna facilmente possivel a todo o cidadão conhecer a existencia e o conteúdo da lei.

Notando que os termos fixados, em principio, pelas varias legislações cedem perante disposição em contrario da lei promulgada, diremos que entre nós vigora o methodo successivo, determinando-se na lei de 9 de outubro de 1841 que «as leis começam a obrigar em Lisboa e seu termo tres dias depois d'aquelle em que forem publicadas no *Diario do Governo*; nas mais terras do reino quinze dias depois da mesma publicação; e nas ilhas adjacentes oito dias depois do da chegada da primeira embarcação para conduzir a participação official da lei» (art. 1.^o).

No ultramar, as leis começam a vigorar, na capital da provincia, tres dias depois da sua publica-

(1) *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pag. 28.

ção no *Boletim official*, e, nas restantes terras, quinze dias depois.

Applicavel tambem aos decretos e regulamentos, este methodo foi, todavia, por vezes, preterido pelo legislador, quer em nome dos interesses geraes do Estado, quer em vista da boa comprehensão dos diplomas legislativos e da exacta applicação da lei; encurtando-se, no primeiro caso (1), e alongando-se, no segundo (2), o praso para a execução das leis.

(1) Assim, por exemplo, o decreto de 29 de março de 1890, que, remodelando os preceitos reguladores da liberdade de imprensa, determinava que entraria em vigor: em Lisboa, no dia immediato ao da sua publicação; nas provincias, tres dias depois; e, nas ilhas adjacentes, tres dias depois da chegada da primeira embarcação que conduzisse a participação official do decreto.

Por vezes, estabelece-se que determinado diploma legal entrará em vigor immediatamente á sua publicação: é o que succede com certas leis fiscaes, v. g. o decreto de 31 de dezembro de 1897 (organisação e administração da fazenda publica), art. 70.^o, e o que expressamente estabelece o art 6.^o do decreto de 23 do corrente, determinado pela «necessidade de se tomarem providencias immediatas e excepçionaes para frustrar designios criminosos contra a segurança de pessoas e da propriedade ou contra a segurança do Estado...».

(2) Um duplo systema tem sido, porém, adoptado pelo legislador quando, pela extensão e complexidade de novos

e) *Revogação da lei.* Uma vez publicada, e a não ser que ella mesma, implicita ou explicita-

diplomas legaes, se torna necessario alongar o praso geral da execução das leis. Assim

a) por vezes, ordena-se que esses diplomas entrem em vigor decorrido certo praso: tal o caso da carta de lei de 1 de julho de 1867, que approva o codigo civil, e que manda entrar em vigor as disposições seis meses depois da sua publicação no *Diario de Lisboa* (art. 2.º); da carta de lei de 8 de novembro de 1876, que approvou o codigo do processo civil (art. 2.º);

b) outras vezes, determina-se, precisamente, o dia em que essas diplomas começarão a vigorar: n'este caso, a carta de lei de 28 de junho de 1888, que approvou o codigo commercial e que determinou (art. 2.º) que as suas disposições começariam a vigorar no dia 1.º de janeiro de 1889; o decreto dictatorial de 24 de janeiro de 1895, que, approvando o codigo de processo commercial, declarava que as suas disposições entrariam em vigor no dia 1.º de julho do mesmo anno (art. 2.º); o decreto de 26 de julho de 1899, que approvou o codigo de fallencias.

Mas, a conveniencia de evitar duvidas e difficuldades sobre a contagem do tempo torna o segundo systema claramente preferivel.

Porque o começo da vigencia do codigo civil ficára dependente do dia da publicação, surgiram divergencias ácerca d'aquelle: uns entendiam que, terminando a publicação do codigo na folha official no dia 21 de setembro de

mente, tenha fixado o limite da sua vigencia, a lei não só sobrevive á auctoridade que lhe deu vida,

1867, os seis meses findavam em 21 de março de 1868, preterindo-se o principio — *dies termini non computatur in termino*; outros, computando os meses de 30 dias, opinavam que se deviam contar 180 dias depois do dia 21 de setembro, devendo entrar o código em vigor no dia 20 de março de 1868; outros, finalmente, eram de parecer que os meses deviam ser contados segundo o calendario gregoriano, e, portanto, de data a data, desprezando-se o dia em que havia sido ultimada a publicação na folha official, devendo entrar o código em execução no dia 22 de março de 1867.

Relativamente ao código de processo civil as mesmas difficuldades se levantaram. Contando os seis meses na razão de trinta dias cada mês, nos termos da *Ordenação* (liv. III, tit. XIII: «sendo assignado termo de mês ou de anno, o mês se entenderia de trinta dias»), sustentavam alguns que o código de processo civil devia começar a executar-se em 9 de maio de 1877, por terem terminado no dia 8 os 180 dias, contados desde 9 de novembro de 1876, em que acabou a publicação do texto do código; outros, e entre elles Bernardo de Serpa, entendiam que aquelle código devia entrar em vigor em 16 de maio de 1877, porque, contando os seis meses desde 16 de novembro (dia em que terminou a publicação no *Diario do Governo*, e não no dia 9, como erradamente se suppôs, porque as tabellas não tinham sido publicadas), estes terminavam em 15 d'aquelle mês, de harmonia com a *Ordenação*, com o art. 30.º da lei de 16 de junho de 1855, que tornou esta ordenação exten-

mas subsiste, em principio, indefinidamente, até que uma lei contraria venha annulal-a, fazendo cessar a sua força obrigatoria.

A faculdade de revogar as leis, que deriva, como consequencia necessaria, da funcção legislativa,

siva a todos os termos judiciaes, ou fossem fixados pelas leis ou assignados pelos juizes, com o art. 560.º § 2.º do codigo civil e com o art. 68.º do codigo de processo civil, que declaram o mês sempre de trinta dias; a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* (anno x, pag. 4 e segg.) seguia opinião diversa, baseada em que: 1.º conforme o uso vulgar, um grupo de meses conta-se de data a data, sejam quaes forem os dias que o calendario assigne a cada um d'estes, bastando attender ao dia da pratica do acto, que constituiu o direito e a obrigação, para immediatamente se determinar o dia em que a obrigação se torna exigivel; 2.º — assim ordenava o codigo commercial de 1833, então em vigor, que fossem contados os grupos de meses (art. 265.º); 3.º — d'este modo se contaram os seis meses assignados pela lei de 1 de julho de 1867 para a execução do codigo civil, dos differentes decretos e leis, que successivamente prorogam os prazos para o registro dos onus reaes de servidão e quinhão e para exigencia de fóros vencidos ao tempo da promulgação do mesmo codigo. Para resolver estas duvidas, teve de ser expedido pela direcção geral do ministerio dos negocios da justiça o officio de 17 de abril de 1877, que assentia a esta ultima opinião. Vej. Sr. Dr. Chaves e Castro, *Organisação e competencia dos tribunaes de justiça*, pag. 50 e segg.

pertence aos órgãos que exercem esta funcção: «*ejus est abrogare leges, cujus est condere*» (1). Não póde, portanto, presumir-se, nem basear-se no desuso ou costume contrario á lei. E a natureza da sua auctoridade inteiramente formal implica a consequencia de que a simples modificação das circumstancias, que inspiraram ou determinaram as perscripções da lei (motivos da lei), não influe na sua efficacia, se não apparece, de um modo indubitavel, uma completa alteração nas condições da sua disposição.

O caracter da certeza, que é o signal distinctivo da lei e a torna um modo aperfeiçoado de produção jurídica exige, como diz Capitant (2), que a sua força obrigatoria não possa ser discutida, sob pretexto de que as transformações sociaes realisadas posteriormente á sua promulgação a tornam inutil ou perniciosa.

Só n'aquelle ultimo caso e com aquella importante reserva póde admittir-se a maxima — *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* (3).

(1) Vej. Carta Constitucional, art. 15.º, § 6.º

(2) *Introduction à l'étude du droit civil* cit., pag. 46.

(3) Entre nós, a despeito das disposições insertas nos codigos, revogando todo o direito anterior relativo ás materias que se têm proposto regular, ainda se encontram, todavia, em vigor antigos actos legislativos. Vej. Lei de

Por varias fórmias póde o legislador pôr termo á lei :

1) relativamente ao seu conteúdo ou extensão, consideradas as leis como diplomas em que se contêm diferentes disposições ou normas, a força obrigatoria da lei póde cessar pela *revogação total (abrogação)* ou *parcial (derogação)*, segundo importa a inefficacia de todas as disposições da lei preexistentes ou ou só de parte d'ellas (1).

2) relativamente á forma porque se manifesta a vontade do legislador, a revogação póde ser *expressa* ou *tacita*, conforme resulta da declaração formal, em uma nova lei, de que ficam sem effeito certas leis anteriores, no todo ou em parte (tal é a revogação das leis civis anteriores ao código civil, feita pelo art. 5.º da lei que approvou e promulgou o

23 de julho de 1850 (expropriações por utilidade publica); Código Civil, art. 1700.º, etc. Vej. Sr. Dr. Teixeira de Abreu, *Lições de direito civil português*, 1898, pag. 188 e segg.

(1) «*Lex abrogatur*, diz Ulpiano (Frag. 3, *De legibus*) *id est prior lex tollitur; lex derogatur, id est, pars primae legis tollitur*». Vej. Fiore, *Della disposizioni generali* cit., t. II, pag. 596 e segg.

mesmo código); ou da incompatibilidade existente entre as disposições de uma lei nova e as de outras leis anteriores.

Preferível o systema da indicação taxativa das leis e das disposições, que devem considerar-se revogadas, só pôde elle ser, todavia, facilmente adoptado quando se trate de leis especiaes; na hypothese de leis geraes ou de códigos, a necessidade de evitar as antinomias, os conflictos e as duvidas resultantes das inevitaveis omissões na enumeração das leis preexistentes, impõe a admissão da revogação tacita, applicando-se o principio geral — *lex posterior derogat priori*.

A formula — *fica revogada a legislação em contrario*, que geralmente constitue o ultimo artigo das leis, não é, visto que n'ella não se determina essa legislação, senão a confirmação legal do principio da revogação tacita, e evidentemente superflua, porque, não podendo coexistir como normas da vida social disposições contrarias e incompativeis, ha de ficar vigorando a ultima.

O principio geral que deve regular a revogação tacita é o de que com a vigencia da lei nova devem considerar-se revogadas todas as disposições da lei antiga que estejam em opposição ou antinomia com aquella, de modo que seja impossivel applical-as conjunctamente ás relações sociaes que regulam.

Consequentemente, quando a lei nova seja directamente contraria ao principio que serviu de base á antiga, a revogação deve considerar-se estendida, indistinctamente, a todas as disposições d'esta: assim a lei de 1 de julho de 1867, declarando, simplesmente, no artigo 1.º — «fica abolida a pena de morte», veio revogar todos os textos relativos á pena de morte.

Quando se não verifique a absoluta incompatibilidade entre as disposições da lei nova e da lei antiga, não se dará a revogação — *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint*, excepto no caso em que aquella reproduza as disposições d'esta ou regule inteiramente as relações sociaes a que era applicavel; nem, quando a incompatibilidade seja duvidosa, é licito admittir a revogação por presumpção, competindo ao interprete fazer desapparecer a antinomia.

E, como a revogação tacita suppõe uma incompatibilidade formal, não resulta ella necessariamente, quanto ás leis que regulam materias especiaes, do facto da promulgação de uma lei geral posterior; reciprocamente, a respeito das leis geraes, não deriva ella, inevitavelmente, de uma lei especial posterior. Com effeito, se a introdução de uma excepção não é incompativel com a existencia da regra e, antes, a confirma, tambem a introdução de uma regra geral não é incompativel

com a existencia de uma concepção preestabelecida: *legi speciali per generalem non derogatur, nec generali per specialem*.

17. — Continuação: faculdade regulamentar da administração.

Se a lei não tem como caracter essencial ser abstracta e geral, não é menos constante que, na maioria dos casos, ella se limita a estabelecer principios, sem entrar nas minucias da sua applicação, por vezes, mesmo, sem deduzir todas as consequencias, que d'elles implicitamente derivam. Tudo o que, fóra da determinação das regras fundametaes e das fórmass essenciaes, solicita mais a acção da auctoridade que administra, do que a intervenção do poder que institue e cria, entra na esphera do regulamento.

Lei material e acto administrativo formal, o regulamento — diploma emanado de um orgão administrativo, independentemente do concurso dos orgãos legislativos — recebe, considerado em seu aspecto generico (em opposição á lei em sentido tecnico), e attendendo á sua diversa indole, uma triplice denominação:

- a) regulamentos *independentes*: não se adstringem directamente a uma lei; são emittidos em virtude dos poderes proprios conferidos

ao rei pela constituição, pelas leis e pelos costumes.

b) regulamentos de *execução*: estabelecem as normas secundarias para a effectivação immediata da lei.

c) regulamentos *delegados*: fundam-se em uma auctorisação legislativa especial, sem serem de mera execução (1).

Diversas são as denominações que, pela sua fôrma e conteúdo, recebem os diplomas que, provenientes do poder executivo, traduzem o regulamento n'aquella ampla accepção.

A Carta Constitucional, visando uma das classes apontadas, expressamente consigna, entre as attribuições do poder executivo, a de «expedir decre-

(1) Os escriptores allemães distinguem, geralmente, os regulamentos em regulamentos juridicos e administrativos (*Verwaltungsverordnungen*): aquelles contêm normas de direito objectivo, estes simples instrucções ás auctoridades e aos cidadãos, nos limites do direito vigente, para o exercicio da administração. Vej. Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Curso de sciencia da administração e direito administrativo*, Parte II, 1904, pag. 16.

tos, instrucções e regulamentos adequados á boa execução das leis • (1).

a) *Decretos.* —

Distinctos dos decretos das côrtes geraes, a que já nos referimos, são os decretos do poder executivo, em que é possível distinguir varias especies :

1) decretos contendo materia propriamente legislativa, abrangendo :

α) os decretos publicados em virtude de uma delegação especial e expressa do poder legislativo (2), o qual por vezes delega no governo a faculdade de desinvolver e completar as normas geraes que se contém na lei. Assim, por exemplo, o codigo civil instituindo o registo civil, determinou, no artigo 2457.º, que a parte organica das respectivas repartições e a fôrma do registo seriam determinadas em regulamentos es-

(1) Vej. Carta Constitucional, art. 75.º § 12.º

(2) Para designar taes decretos adoptam alguns escriptores a expressão *decretos legislativos*; outros procuram resuscitar o termo classico *Lex lata*, com que, no direito romano, se indicava a lei emanada do poder executivo como delegado do legislativo.

pecias (1). Estas normas constituem parte integrante da lei, tendo, dentro dos limites das faculdades delegadas no governo, a mesma força obrigatoria que aquella. Em tal caso, o governo dará conta ás côrtes, logo que estas se reunam, do uso que fez da delegação ou auctorisação que ellas lhe deram.

O acto do poder executivo, que exorbite da delegação, não tem efficacia de lei e ao poder judicial compete conhecer se a acção do governo se contém justamente nos limites prefixados pela delegação, pronunciando, no caso contrario, a sua inconstitucionalidade.

β) os decretos chamados *dictatoriales* ou *com força de lei*, que comprehendem providencias legislativas que o governo toma, em virtude de circumstancias que reputa extraordinarias, não estando reunidas as côrtes, usurpando funcções a estas pertencentes e assumindo a dictadura.

Tambem n'este caso tem o governo de submeter taes decretos á apreciação das côrtes, pedindo-lhes por meio de uma pro-

(1) Vej. Carta de lei de 1 de julho de 1867, art. 4.º e Regulamento de 28 de novembro de 1878.

posta de lei, pela presidencia do conselho de ministros, que ellas o relevem da responsabilidade em que incorreu promulgando medidas de indole legislativa. Ao *bill de indemnidade* ou lei de isenção de responsabilidade ministerial serve de base aquella proposta.

γ) os decretos que, occupando um lugar intermedio entre as duas especies de decretos indicados, comprehendem as medidas legislativas de character urgente, para as provincias ultramarinas, decretadas em conselho, no intervallo das sessões parlamentares (1). Ainda n'este caso, o governo tem de submeter á apreciação das côrtes, logo que se reunam, as medidas tomadas.

2) os decretos publicados pelo governo no exercicio das suas proprias attribuições, comprehendendo :

α) os decretos *regulamentares simples*, — a fórmula adequada aos decretos provenientes

(1) Acto adicional de 5 de julho de 1852, art. 15.º § 1.º.

Sobre a discussão travada nas côrtes constituintes de 1852 ácerca d'este artigo, vej. Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826* cit., t. III, pag. 49 e segg.

do chefe do estado *jure proprio* —, que contém as próprias disposições regulamentares. São, em regra, dados em virtude do relatório do ministro competente.

β) os decretos que approvam regulamentos de administração publica, que não incluem as disposições regulamentares e são dados pelo chefe do estado para revestir de auctoridade os regulamentos tendentes á execução das leis.

γ) os decretos *especiaes* ou *individuaes*, que poderíamos chamar de simples expediente, e que não constituem lei, no sentido de norma juridica de character geral: são os dados em vista do relatório ou parecer do ministro para cada um dos actos de administração que exigem esta fórma authentica e solemne de publicidade, como os que concedem pensões ou nomeiam alguém para funções publicas.

Os decretos, qualquer que seja a sua fórma, são sempre redigidos como se fosse o proprio rei que em seu nome os fizésse, e são por elle assignados e referendados pelo ministro ou ministros das respectivas secretarias de Estado (1).

(1) Quando feitos em cumprimento de uma expressa de-

b) Regulamentos —

Os regulamentos são diplomas emanados dos membros do poder executivo, contendo disposições que explicam ou desinvolvem o pensamento e os

terminação legal ou no uso da faculdade concedida pelo acto adicional de 5 de julho de 1852, os decretos começam por invocar a respectiva disposição.

Contendo medidas dictatoriaes, começam, geralmente, pela fórmula: «Attendendo ao que me representaram os ministros e secretarios de Estado de todas as repartições...», introduzindo-se a expressão «para ter força de lei», ou mandando-se, em uma disposição final, dar conta ás côrtes das disposições que careçam de sanção legislativa.

Os decretos publicados pelo governo no exercicio das suas proprias attribuições começam pelos considerandos ou exposição dos motivos, que os fundamentam.

Depois do principio, redigido por qualquer das fórmulas referidas, vem a phrase: «Hei por bem decretar», seguindo-se o conteúdo do decreto, em artigos ou em uma simples disposição, e terminando pela fórmula: «O ministro (ou ministros) e secretario de Estado dos negocios de... assim o tenha entendido e faça executar». Segue-se a indicação do paço e a data, a assignatura do rei e a referenda do ministro ou ministros.

Nos decretos que approvam regulamentos vem a expressão: «Hei por bem approvar o regulamento que baixa assignado...»; e nos decretos individuaes diz-se: «Hei por bem conceder...» ou «Hei por bem nomear...».

preceitos de uma lei ou de um decreto e que regulam a sua execução.

«N'estes actos, escreve o Sr. Dr. Lopes Praça (1), prescrevem-se as minuciosidades, os meios, as providencias necessarias para a mais facil applicação da lei e para vencer os obstaculos e difficuldades que poderiam impedir a sua execução. Por elles se determina a acção do poder executivo e de seus agentes no desempenho de suas funcções; sem elles as leis não poderiam applicar-se, ou exigiriam continuadas alterações e mudanças».

Os regulamentos que, embora de ordem executiva, devem ser observados e cumpridos da mesma fórma que as leis, já porque o governo é competente para os publicar (2), já porque as normas executivas se contêm implicitamente nas dispositivas, — são mandados executar por decreto do chefe do Estado.

Porque n'estes decretos vem, por vezes, contidas

(1) *Estudos sobre a Carta Constitucional* cit., t. III, pag. 46.

(2) Carta Constitucional, art. 75.º § 12.º. Quando contenham normas contrarias á lei, os regulamentos não devem cumprir-se.

Veja., n'este sentido, os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 1901 e 21 de outubro de 1902.

as disposições regulamentares, dá-se a taes diplomas a designação de *decretos regulamentares*.

O decreto é assignado pelo chefe do Estado, o regulamento pelo ministro respectivo (1).

Geraes ou *especiaes*, segundo abrangem os grandes serviços publicos, interessando a generalidade dos cidadãos, ou respeitam só a uma determinada fracção do territorio, instituto publico ou de utilidade publica ou corporação, os regulamentos differem das leis :

- a) as leis estabelecem as normas geraes em cada determinado assumpto; os regulamentos descem ás minucias da execução;
- b) as leis determinam as fórmass essenciaes do exercicio dos direitos; os regulamentos occupam-se de precauções provisórias ou accidentaes, de objectos variaveis;
- c) as leis devem ter um caracter de generalidade e de persistencia; os regulamentos devem

(1) A fórmula geralmente adoptada é a de ser o regulamento precedido do decreto que o approva, começando aquelle logo pela parte dispositiva, em fórmula de artigos, e terminando com a data e a assignatura do ministro ou ministros respectivos. O rei assigna só o decreto de approvação.

accommodar-se ás circumstancias, procurando, de harmonia com ellas, pôr em execução as regras geraes das leis;

d) as leis emanam do poder legislativo, isto é, das côrtes com a sancção do rei, seguindo todos os tramites indicados na Carta Constitucional; não assim os regulamentos que, provindo do governo, não carecem de taes requisitos (1).

Nos regulamentos devemos distinguir:

1) os *Regimentos* — diplomas que têm por objecto a organização ou funcionamento de tribunaes ou de corporações ou que determinam as attribuições referentes a um cargo ou officio, ou que fixam legalmente os preços dos medicamentos, têm a de-

(1) No art. 110.º da Carta Constitucional estabelece-se que «os conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves e medidas geraes de publica administração...»; mas, tendo passado para outros agentes consultivos attribuições de consulta administrativa que anteriormente competiam ao conselho de Estado, são esses agentes (conforme os casos, o Supremo Tribunal administrativo, a Procuradoria geral da corôa e fazenda, etc.) os ouvidos actualmente. Vej., sobre a distincção entre lei e regulamento, Moreau, *Le règlement administratif*, 1902, pag. 2 e segg.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., pag. 238 e segg.

signação de regimentos. Tendo a mesma forma que os regulamentos, são, como estes, precedidos do decreto que os approva ;

2) as *Posturas* — regulamentos ordenados pelas camaras municipaes para a policia do concelho, e competentemente approvados.

c) *Instrucções* —

São os diplomas em que os ministros desinvolvem e esclarecem os regulamentos ou ordens do governo e resolvem as difficuldades que se suscitam na sua execução. Quando n'ellas intervem o chefe do Estado, são precedidas de decreto (e então equivalem aos regulamentos) ou de portaria que as approva. São obrigatorias simplesmente para as auctoridades a quem são dirigidas e para os casos a que especialmente se referem (1).

d) *Portarias* —

São os diplomas que contêm as ordens verbaes

(1) Traçadas do superior para o inferior, as instrucções são dadas, por vezes, em forma de artigos, como os regulamentos ; outras, em proposições numeradas ; outras por divisões, formando capitulos, sem designação de artigos. São datadas do paço e assignadas pelo ministro competente ou pelo respectivo director geral, ou, ainda, pelo chefe da repartição por onde corre o assumpto.

do rei, expedidas e assignadas pelo ministro respectivo e dirigidas ás auctoridades subalternas. São expedidas em nome do rei, que, todavia, não as assigna (1).

Não tendo força de lei geral, as portarias têm, comtudo, obtido auctoridade em legislação, como voto ou interpretação do governo, e são obrigatórias, quando conformes com a lei ou regulamento, para o caso especial de que tratam. Muitas vezes, equivalem a providencias de character geral, como quando approvam instrucções, e, em tal caso, a sua publicação no jornal official basta para obrigarem; quando contêm providencias isoladas de serviço publico, não se torna necessaria aquella

(1) Principiam, em regra, pelos considerandos que as motivam, findos os quaes se segue a formula: «Ha por bem Sua Magestade El-Rei resolver o seguinte», ou outra equivalente; segue-se a parte dispositiva, se a portaria não precede instrucções ou providencias; fecha, sendo datada do paço e simplesmente assignada pelo ministro respectivo. Se a portaria approva instrucções, segue-se aos considerandos, quando os traz, a locução: «Ha por bem Sua Magestade El-Rei», e, depois d'esta, a indicação «approvar, ou determinar, as instrucções que fazem parte d'esta portaria e baixam assignadas pelo ministro e secretario de estado dos negocios...» (da respectiva repartição, ou pelo director geral ou funcionario superior que, de facto, a assignar).

publicação, e para que tenham força obrigatoria basta a expedição dirigida ao funcionario que tem de a cumprir; se contem providencias referentes a particulares, devem ser-lhes intimadas (1).

e) *Outros diplomas* —

- 1) *Alvarás*: diplomas que, baseados em disposições legaes existentes, contêm, já a resolução de pedidos dirigidos ao poder executivo, já a concessão de mercês, já a approvação de estatutos (2). Tambem estes diplomas

(1) Vej. Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez*, 1857, t. I, pagg. 13 e 14.

(2) Começam pelas palavras: «Eu, El-Rei, faço saber aos que este meu alvará virem, que...», seguindo-se os considerandos, em que se refere o pedido ou a representação, com a indicação das disposições legaes que lhe servem de fundamento e do parecer da entidade competente (Procuradoria geral da corôa e fazenda ou outro corpo consultivo), e vindo, depois, a resolução: «Hei por bem approvar...», com a designação do objecto. Terminam com as expressões: «Pelo que mando a todos os tribunaes, auctoridades e mais pessoas, a quem o conhecimento d'este meu alvará competir, que o cumpram e guardem e façam cumprir e guardar tão inteiramente como n'elle se contêm». Segue-se a indicação dos direitos de mercê, sello e mais impostos, e, por fim: «E por firmeza do que dito é, este vae por mim assignado e sellado com o sello das armas

podem ser expedidos pelos magistrados administrativos ou pelos presidentes dos corpos e corporações administrativas, quando se trate da nomeação de empregados, servindo, n'este ultimo caso, de fundamento ao alvará a deliberação d'aquellas entidades (1).

- 2) *Cartas regias*: designação generica, que, além das cartas de lei, a que já fizemos referencia, comprehende: as cartas de *naturalisação*, diploma que, requerido ao governo e

reaes e com o de verba»; designação do paço, data, assignatura do rei e referenda do respectivo ministro.

Tratando-se de approvação ou reforma de estatutos, seguem-se ao alvará esses estatutos ou a sua reforma, acrescentando-se, depois da expressão «Hei por bem approvar» e da designação dos estatutos, as palavras «que fazem parte d'este alvará e com elle baixam assignados pelo ministro e secretario de estado...».

(1) Estes alvarás, que terão o sello da repartição competente, não serão expedidos sem previo pagamento do imposto de sello pelo nomeado e sem se mostrar que o interessado satisfaz ou foi auctorisado a satisfazer em prestações os respectivos direitos de mercê. Vej.Codigo administrativo de 4 de maio de 1896, art. 443.º § 1.º; Lei de 29 de julho de 1899 e regulamento de 23 de dezembro do mesmo anno.

passado pela secretaria de estado dos negocios do reino, constata a passagem de estrangeiro a nacional, e que é precedido do respectivo processo (1); as cartas *de confirmação e ratificação*, passadas sempre que um tratado, concordata ou convenção realizado entre Portugal e qualquer potencia estrangeira, tenha sido aprovado em côrtes (2);

(1) Vej. Carta Constitucional, art. 75.º § 10.º, Código civil, artt. 19.º a 21.º e decreto de 22 de outubro de 1836. Também: Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Da naturalisação em Portugal segundo o direito moderno*, 1881, pag. 20 e segg.

(2) Vej. Carta Constitucional, art. 75.º § 8.º; Acto adicional de 5 de julho de 1852, art. 10.º. Assim redigidas: «Dom..., por graça de Deus, rei de Portugal e dos Algarves, etc. Faço saber aos que esta minha carta de confirmação e ratificação virem, que aos ... se concluiu e assignou em ..., entre mim e ..., pelos respectivos plenipotenciarios, munidos dos competentes plenos poderes, um (tratado, convenção, concordata), e cujo teor é o seguinte (tratado na integra e assignaturas dos plenipotenciarios). E sendo-me presente o mesmo tratado, cujo teor fica acima inserido, considerado e examinado por mim tudo o que n'elle se contém, e tendo sido aprovado pelas côrtes geraes, o ratifico e confirmo assim no todo, como em cada uma das suas clausulas e disposições; e pela presente o dou por firme e valido para haver de produzir o seu devido effeito, promettendo observal-o e cumpril-o inviola-

as cartas de *provimento de cargos publicos*, provimento que, quando referente a empregos e beneficios ecclesiasticos, tem de, primeiramente, ser feito na fórma do decreto (1);

velmente, e fazel-o cumprir e observar por qualquer modo que possa ser. Em testemunho e firmeza do sobredito fiz passar a presente carta, por mim assignada e passada com o sello das minhas armas». Indicação do paço, data, assignatura do rei e referenda do ministro.

Por vezes a reproducção do tratado, convenção ou concordata só se faz no fim da carta de confirmação e ratificação.

(1) Vid. Carta Constitucional art. 75.º § 2.º. É esta a sua formula: «Dom..., por graça de Deus, rei de Portugal e dos Algarves, etc. Faço saber aos que esta minha carta virem que tendo-me sido presente o processo de concurso (se o lugar é de concurso) para o provimento de ...; visto o disposto na legislação vigente, e conformando-me com a proposta de ... e com o parecer de ...: Hei por bem nomear para o lugar de ... F. Pelo que, mandando Eu passar ao agraciado a presente carta para em virtude d'ella e na conformidade das leis e regulamentos exercer as funções do referido emprego com os vencimentos, prerogativas e obrigações que legalmente se acharem estabelecidas, Ordeno ás auctoridades e mais pessoas a quem o conhecimento d'esta carta pertencer, que, indo assignada por mim, e referendada pelo ministro e secretario de estado dos negocios de ..., a cumpram e guardem, como n'ella se contém, depois de authenticada com o sello das armas reaes e com a verba do registo nos livros das repartições com-

as cartas de concessão de mercês honorificas (1); as cartas *credenciaes*, que um representante diplomatico entrega ao chefe de um estado, para se fazer acreditar junto d'elle, e as cartas *recredenciaes*, que o representante diplomatico entrega, em despedida, ao sair do mesmo cargo; etc.

- 3) *Decretos sobre consulta do Supremo Tribunal administrativo*: resoluções que, nos casos em que o tribunal não tem jurisdição propria, adquirem força executoria pela inter-

petentes». Indicação do paço, data, assignatura do rei (com rubrica e guarda) e referenda do respectivo ministro.

Para a apresentação em um beneficio ecclesiastico, a carta regia, que termina como as anteriores, é todavia, passada como sendo dirigida ao bispo respectivo, declarando-se que o rei houve por bem fazer mercê de apresentar F. na igreja de . . . , seguindo-se as expressões: «Pelo que encommenda ao bispo de . . . faça passar carta em fôrma ao sobredito F. da igreja em que está apresentado e lhe dê letras de confirmação, segundo o estylo, em virtude d'esta minha apresentação».

(1) Começam pelas palavras «Eu El-Rei vos envio muito saudar» e são analogas ás de concessão de empregos, salientando-se, todavia, os meritos do agraciado ou as razões que justificam a concessão da mercê.

posição da auctoridade decretoria do chefe do Estado (1).

17. — Continuação : especies.

A lei, considerada em relação ao seu objecto, isto é, relativamente ao direito que estabelecem, é susceptível das mesmas divisões que o direito objectivo. Sob outros aspectos, podemos, porém, distinguil-as.

- a) Segundo manifestam a sua força obrigatoria, ordenando ou proibindo, as leis recebem a designação de *imperativas* ou *prohibitivas*. Longe, porém, de basearmos tal distincção na materialidade da formula legal, na sua fórma positiva ou negativa, circumstancia em si mesma indifferente e insufficiente como criterio distinctivo, e que levaria á resurreição do aphorismo de Dumoulin — *negativa praeposita verbo potest tollit potentiam juris et facti* —, reservaremos, segundo o seu conteúdo, a designação de *prohibiti-*

(1) A sua formula é a seguinte: «Sendo-me presente a consulta do supremo tribunal administrativo . . .; indicação do objecto do recurso, considerandos e dispositivo em fórma de decreto; assignatura do rei e referenda do respectivo ministro.

vas para as leis que respeitam a actos ou factos que o legislador quer impedir que se realizem, e a de *imperativas* para as leis que visam a obter a effectivação de um determinado acto ou facto.

Póde bem succeder, na verdade, que, em um texto, materialmente expresso em fôrma prohibitiva, se contenha uma disposição verdadeiramente imperativa: tal o caso do artigo 930.º do código civil, em que, preceituando-se que «*não é permittido* deferir o requerimento para entrega de bens, na hypothese de casamento de menor, sem que se mostre averbado de definitivo o registo provisorio do dote e da hypotheca, havendo-o», o legislador pretendeu, para segurança do dote e da hypotheca em garantia do dote, ordenar a conversão do registo de provisorio em definitivo (1).

E, por vezes, a formula positiva contém uma disposição prohibitiva: assim, na hypothese do artigo 1096.º do código civil, em que se declara que «*é licito* aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tendo o

(1) Vej., tambem, artt. 1097.º, 1591.º, 1679.º.

que lhes aprouver relativamente a seus bens», e cujo intuito é impedir que as convenções antenupciaes se realizem posteriormente á celebração do matrimonio (1).

Como exemplos de leis imperativas, indicaremos: as que impõem aos particulares determinados actos, ou factos ou obrigações, como a que prescreve a obrigação reciproca de alimentos entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, nos termos dos artigos 173.º e seguintes do Código civil, ou a obrigação por parte do tutor de requerer inventario do patrimonio do menor dentro de oito dias desde aquelle em que lhe fôr deferido o juramento, segundo preceitua o artigo 243.º n.º 4.º do mesmo código; — ou os que prescrevem os actos que os funcionarios publicos devem realizar no exercicio das suas funcções, v. g., os que determinam as attribuições, os deveres e a responsabilidade dos officiaes do registo civil, de que se occupam os artigos 2445.º e seguintes do Código civil; — ou os que declaram as regras de direito applicaveis a determinadas relações juridicas, como as

(1) Vej. Código civil, artt. 1678.º.

referentes á successão testamentaria e legitima, contractos, prescripção; — ou os que prescrevem as formalidades a observar em determinados actos, taes como a forma dos testamentos, dos actos notariaes, das providencias judiciaes.

São leis prohibitivas, por exemplo, as que impedem a realisação de determinados actos ou factos, como a disposição do artigo 1058.º do Código civil ácerca do casamento antes de certa idade ou entre determinadas pessoas; ou a do artigo 122.º sobre a perfilhação dos filhas adulterinos e incestuosos; ou a do artigo 2322.º, que não permite ao proprietario estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisoria, sem consentimento do seu visinho; ou a do artigo 1764.º, ácerca da capacidade testamentaria activa.

As leis imperativas ou preceptivas e as leis prohibitivas, a que Dernburg (1) dá a designação de *coactivas*, é que constituem pro-

(1) Pandette cit., pag. 77 e segg. Por vezes, emprega-se a designação de leis preceptivas como abrangendo as imperativas e prohibitivas: vej. Bianchi, *Principii generali* cit., pag. 48.

priamente o direito objectivo: *jus publicum*, ellas regulam as relações sociaes de fórma a não permittir as determinações divergentes dos interessados. E, porque, para que o facto humano produza effeitos juridicos, é necessario que haja conformidade entre elle e os principios estabelecidos na lei que o regula, quer seja especialmente considerado, quer se contenha no conceito generico fixado pela lei, determina a transgressão da norma legal a não validade dos factos praticados contrariamente á lei.

Mas por diversas fórmas se pôde manifestar o character coactivo das leis imperativas e prohibitivas.

- 1) Umas vezes, as leis ferem de nullidade os actos praticados contra as suas disposições — as *leges perfectae* do direito romano. Sendo principio unanimemente accete que as nullidades só pelo legislador pôdem ser estabelecidas, pôde, todavia, esta manifestação de vontade fazer-se de modo expresso ou tacito: d'ahi a distincção das nullidades em *textuaes* e *virtuaes*, aquellas expressamente declaradas na lei mediante a propria expressão de nullidade ou outra equiva-

lente (1), estas resultantes dos motivos da disposição, com os quaes seria inconciliavel a validade do acto que a infringiu.

O Código civil português estabeleceu, no artigo 10.º, a sanção geral de nullidade para os actos praticados contra a disposição da lei, prohibitiva ou preceptiva: assim, declarando-se, no artigo 2022.º, que «ninguem póde acceitar ou repudiar a herança ou parte, como termo ou condicionalmente», não produz effeito juridico algum a acceitação ou repudio feitos em taes condições (2). Mas, por vezes, e a despeito da disposição do artigo 10.º, commina-se, por fórma expressa, para dados casos, a pena de nullidade: assim, depois da enumeração dos impedimentos dirimentes do casamento, declara-se, no artigo 1074.º que a infracção do que a lei a tal respeito dispõe produz a nullidade do casamento; e, no artigo 1103.º, consigna-se que «ter-se-ha por não escripta qualquer convenção, que altere a ordem

(1) É nullo, será nullo, haver-se-ha por não escripto, produz nullidade, etc. Vej. Código civil, artt. 684.º, 1242.º, 1745.º, 683.º.

(2) Vej. artt. 2042.º, 1556.º.

legal da successão dos herdeiros legitimarios, ou os direitos e obrigações paternaes e conjugaes, consagrados por lei (1). Além da nullidade, póde o acto juridico que envolve transgressão da lei ser punido criminalmente, como no caso de venda de cousa a diversos, em que, nos termos dos artigos 718.º e 1579.º do Codigo civil, só subsiste a venda antiga ou, quando fôr impossivel verificar a prioridade da data, a transferencia feita ao que se achar de posse da cousa, ficando o vendedor sujeito ás penas estabelecidas para o crime de burla, no artigo 450.º e n.º 2.º do Codigo penal; ou no caso de casamento de pessoa casada, sabendo que o seu primeiro conjuge é vivo, em que, á nullidade do casamento accrescerá a pena dos artigos 337.º a 339.º do Codigo penal para o crime de bigamia.

- 2) Outras vezes, as leis imperativas e prohibitivas, não declarando nullo o acto praticado contra as suas disposições, comminam para elle uma determinada pena ou estabelecem

(1) Vej. artt. 950.º, 954.º, 1242.º, 1310.º, 1371.º, 1919.º, 1925.º, 1960.º, etc.

dados effeitos juridicos — *leges minus quam perfectae*. No primeiro caso, está, por exemplo, a disposição do artigo 1058.º n.º 1.º do Código civil, que, prohibindo o casamento aos menores de vinte e um annos, não emancipados (1), e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, emquanto não obtiverem o consentimento dos seus paes ou de quem legalmente os represente, declara, no artigo 1059.º, que a infracção d'aquelle preceito legal não terá outro effeito senão o de sujeitar os infractores ás penas do artigo 1060.º; ou a do artigo 1234.º que sujeita a viuva que contrahiui segundas nupcias, antes de terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido e que não cumpriu a obrigação de fazer verificar se estava ou não grávida, á perda de todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior.

A segunda hypothese verifica-se, por

(1) Vej. Dr. Dias Ferreira, *Código civil anotado* cit., t. I, pag. 215, t. II, pag. 297; Sr. Dr. Marnoco e Souza, *Impedimentos do casamento no direito português*, 1896, pag. 112 e segg.

exemplo, no caso do artigo 1707.º, em que, prohibindo-se os contractos de censo reservativo, se declara, no emtanto, que os estipulados com este nome serão havidos por emphyteuticos.

- 3) Ainda outras vezes as leis não comminam pena alguma — *leges imperfectae*, visando simplesmente a impedir a realisação do acto prohibido. Tal o caso do artigo 1058.º n.º 5.º do Código civil, que prohibe o casamento dos individuos que tiverem o impedimento da ordem ou se acharem ligados por voto solemne reconhecido pela lei, os quaes, se não podem contrahir casamento catholico valido, podem casar civilmente, como resulta do artigo 1059.º e do artigo 10.º, que exceptua das suas disposições os casos em que a lei ordena o contrario (1).

Reservando, para outro logar, o estudo da analyse dos actos juridicos, diremos, todavia, que, áparte os actos que, por falta dos elementos determinados pela lei para a

(1) Vej. Sr. Dr. Marnoco e Souza, *Impedimentos do casamento* cit., pag. 130 e segg.

sua existencia, são absolutamente destituídos de efficacia juridica, não se podendo, portanto, fallar da sua annullabilidade — *quod nullam est amplius annullari non potest* — (1), podem os actos violadores das leis imperativas e prohibitivas revestir, sob o ponto de vista da sua annullabilidade, caracter diverso.

Da nullidade absoluta, nullidade de pleno direito, que paralyza o acto no momento mesmo em que se realisa, distingue-se a nullidade relativa, que só torna o acto juridico inefficaz quando a annullação fôr judicialmente pedida e decretada. Ao passo que qualquer pessoa póde, na primeira hypothese, allegar a nullidade do acto juridico, como succederia, por exemplo, no caso em que, feita por escripto particular uma doação de bens immobiliarios de valor superior a cincoenta mil reis, mais tarde transferidos por venda pelo doador, o comprador viesse repellir as pretensões do donatario, invo-

(1) Vej. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, 1902, pag. 5 e segg.; Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, 1901, pag. 324 e segg.; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil* cit., pag. 280 e segg.

cando a nullidade da doação (1); na segunda hypothese, a nullidade tem de ser invocada pelas pessoas a favor de quem ella haja sido estabelecida. Assim, no caso do artigo 99.º do Código civil: os contractos celebrados illegitimamente pelos menores só por estes podem ser impugnados, com invocação da sua incapacidade (2).

O nosso Código civil declara, no § unico do artigo 10.º, que a nullidade de qualquer acto juridico póde ser sanada pelo consentimento dos interessados, quando a lei infringida não fôr de interesse e ordem publica, permittindo-se, assim, o accordo dos interessados quando se tratar de leis de interesse e ordem privada.

b) *Permissivas* ou *facultativas* se denominam as leis que se limitam a reconhecer a faculdade de praticar ou não praticar certo facto. Em opposição apparente com o character proprio e com o effeito necessario das leis, que é obrigar, as leis permissivas, tornando

(1) Vej. Código civil, art. 1459.º

(2) Vej. Código civil, artt. 299.º, 695.º, 700.º, 822.º, 1433.º n.º 1.º e 1535.º

facultativa a pratica do acto, contêm, todavia, implicitamente, os elementos de uma ordem ou de uma prohibição, porisso que impõem a todos o respeito pelos direitos resultantes da permissão que ellas concedem e a todos prohibem a perturbação do livre exercicio da faculdade reconhecida por lei.

Nas leis permissivas comprehende Mazzoni (1) as leis que têm por fim regular as condições, as fórmulas ou os effeitos de um determinado acto. Com applauso do Sr. Dr. Guilherme Moreira (2), elle assim escreve: «O conceito da lei permissiva não é conforme á ideia primitiva da lei, que é norma e não permissão de proceder; a função da lei, quando permissiva, é, de facto, secundaria, poisque consiste em resolver authenticamente a duvida sobre se a lei imperativa, e mais vezes ainda a prohibitiva, não abrangeria o acto que ella permite. Muitas vezes a lei permissiva especifica o acto não ordenado nem prohibido com o fim exclusivo de regular as condi-

(1) *Istituzioni di diritto civile italiano*, 1903, t. I, pag. 48.

(2) *Instituições do direito civil português cit.*, pag. 58.

ções subjectivas, objectivas ou formaes do proprio acto, quando alguém queira realisá-lo. Este intuito de regular a formação do acto, que nunca vem separado do primeiro, é o principal». Mas, tendo, em tal caso, a lei por conteúdo a determinação dos requisitos, das fórmulas ou dos efeitos do acto não prohibido, a disposição assume claramente o character de imperativa ou prohibitiva, segundo seja seu intuito impôr determinados requisitos ou fórmulas, ou estabelecer ou excluir certos efeitos. É o que acontece com o artigo 193.º do Código civil, que, reconhecendo ao pae a faculdade de nomear tutor ao filho menor ou interdicto, se a mãe é fallecida ou se acha inhibida de exercer o poder paternal, não representa uma disposição facultativa, mas preceptiva: impõe-se, para o uso d'essa faculdade, a fórmula de testamento ou de acto authenticos entre vivos.

- c) Ao lado das leis permissivas e, como ellas, não coactivas, apparecem-nos as leis *suppletivas*, *declarativas* ou *integrantes*, normas que, interpretando a vontade das partes, não manifestada ou só parcialmente manifestada, determinam as relações que, não

fixadas por aquellas, derivam de um determinado acto juridico.

Todo o direito civil é dominado pelo principio da autonomia da vontade. Impondo-se, em estado latente, depois do desaparecimento das antigas fórmulas sociaes (1), accentuado, pelo menos na esphera do direito civil, pela decadencia do formalismo juridico, o principio da autonomia das vontades individuaes representa, hoje, a expressão de uma condição de equilibrio reconhecida e necessaria de toda a nossa organização social.

Implicitamente contida em disposições do nosso direito politico (2), teve elle consagração plena no Código civil, que proclamou e sancionou a liberdade das convenções privadas (3). Mas esta independen-

(1) Sob a autonomia juridica privado no antigo direito romano, vej. Von Ihering, *L'esprit du droit romain* cit., t. II, pag. 147 e segg.

(2) Carta Constitucional, art. 145.º princ.

(3) Vej. art. 672.º.

«O principio da liberdade da vontade deve dominar, escrevia Von Ihering (*Étude complementaires de l'esprit du droit romain*, trad. par O. de Meulenaere, 1902, t. IV, pag. 121), toda a materia de direito privado: é preciso

cia das partes não dispensa o legislador de prover e regular as diversas relações jurídicas, tornando-se necessario integrar o que a vontade privada deixou indeterminado, ou supprir a falta de manifestação d'essa vontade.

Com esse intuito, o legislador ou procura, inspirando-se nos interesses geraes, estabelecer as regras que mais conformes lhe parecem a esses interesses, ou visa á reproducção da presumida vontade das partes, regulando a relação juridica como ellas o fariam, se a tivessem expressamente regulado.

Assim, ao lado do preceito legal que permite aos esposos estipular, antes da celebração do casamento e dentro dos limites da lei, o que lhes approver relativamente a seus bens, estabeleceu o legislador no artigo 1098.º o regimen de bens no matrimonio na falta de qualquer accordo ou convenção, formulando outros regimens que, com ou sem modificações, elles pôdem escolher; e estabelece, no artigo 1623, que,

não repellir nunca uma operação juridica, unicamente porque é contraria aos principios juridicos».

«quando o tempo do arrendamento dos predios urbanos não tiver sido determinado no contracto, entender-se-ha que o dito arrendamento foi feito por semestre, ou por anno, ou por menos tempo, conforme o costume da terra (1)».

- d) Recebem a designação de *interpretativas* as leis que têm por fim determinar o sentido e o alcance de uma lei anterior.

É preciso, todavia, observar que tal denominação se applica, não a todos os actos do poder legislativo que tenham por fim reparar a obscuridade ou ambiguidade da lei ou prover á insufficiencia das suas disposições, mas unicamente aos actos mediante os quaes o mesmo poder declara o sentido a attribuir a anteriores disposições de lei. Aquelle fim póde ser attingido com a publicação de outras leis, em que se corrijam os defeitos das anteriores; mas, então, tratar-se-ha de verdadeiras leis novas, que se substituem ás precedentes, revogando-as, ou a ellas se ajustam, completando-as e aperfeçoando-as.

Fundada no principio, formulado já pelos

(1) Vej. Cod. civ., artt. 378.º, 1799.º.

jurisconsultos romanos, de que o proprio auctor das leis é o mais competente para as esclarecer — *ejus est interpretari legem cujus est condere* — (1), a interpretação authentica das leis é attribuição do poder legislativo (2). Mas a admissibilidade de leis puramente interpretadas é hoje por muitos contestada. Quanto a interpretação das leis convem aos magistrados encarregados de applical-as, tanto ella é inopportuna para o poder legislativo, especialmente nos estados representativos. Quando o principe era o exclusivo orgão declarador do direito, podia, com verdade, dizer-se que ninguem seria como elle competente para explicar o sentido de disposições que eram obra sua ou dos predecessores, cuja tradição elle continuava; mas, desde que o poder legislativo é exercido por mais corpos, entre os quaes póde não haver perfeita unidade de vistas e faltar o espirito de uma tradição ininterrupta, o legislador seria, certamente, o menos apto interprete das leis anteriores. O habito de deliberar em vista de exclusi-

(1) L. 12, C., *De legibus et constitutionibus*.

(2) Carta Constitucional, art. 15.º § 6.º.

vas considerações de interesse geral facilmente levariam o legislador a preterir os motivos que inspiraram o auctor da lei a interpretar; e as dificuldades avultariam quando se tratasse de declarar o sentido e o alcance de leis, emanadas em outros tempos, sob o impulso de outros principios politicos. Seria sempre de temer que, com o pretexto de explicar o sentido de leis pre-existentes, se fizessem na realidade leis novas, dando-lhes effeito retroactivo.

Não cremos irrespondiveis taes considerações. Se é innegavel que a funcção de interpretar as leis será mais opportunamente exercida pelos magistrados, na applicação aos casos singulares, do que pelo poder legislativo, em fórmula geral e obrigatoriamente para todos, tambem é certo que pôde o interesse publico reclamar, em circumstancias particulares, para determinadas disposições de lei, uma interpretação immutavel, incompativel com o modo de ser dos órgãos judiciarios.

Não basta dizer que a obscuridade ou ambiguidade de uma lei preexistente pôde ser reparada por outra lei nova, sem recorrer, previamente, á interpretação legislativa, pois que, se assim se proviria para

casos futuros, não se evitaria o inconveniente grave da incerteza e das contradições da jurisprudencia na applicação de certas disposições de lei aos casos já verificados.

Nem é de temer que, sob a apparencia de interpretar, se venha a innovar, dando á disposição effeito retroactivo, não havendo motivos para que o poder legislativo dissimule as innovações que queira introduzir nas leis anteriores.

- e) Proclamado pela revolução franceza, o principio da egualdade perante a lei(1) constitue um dos axiomas fundamentaes da organização social: a lei é applicavel a todas as pessoas, a todos os bens e a todos os actos, a respeito dos quaes possam verificar-se as mesmas relações juridicas. N'este sentido, mas só n'este sentido, póde dizer-se que todas as leis são *geraes*. Mas, ao lado das leis geraes, surgem as leis *especiaes*, que têm por fim, obedecendo a considerações politicas ou economicas, subtrahir ao direito commum, á applicação das regras

(1) Vej. Carta Constitucional, art. 145.º.

geraes determinadas materias, que reclamam um regimen juridico differente do que se acha n'aquellas instituido : assim as leis reguladoras dos actos de commercio, as relativas a minas (1), etc.

Nem só as leis especiaes restringem, porém, o campo de applicação das leis geraes. Por vezes, o legislador procura regular, por modo contrario ou pelo menos diverso do estabelecido na lei geral, certos factos ou relações juridicas, que por sua natureza, estariam comprehendidos n'ella. Trata-se, então, de leis *excepcionaes*.

Como as especiaes, excluem as leis excepcionaes a applicação a certos factos do direito geral e commun; mas, ao passo que estas presuppõem, necessariamente, a existencia de outras leis ou principios geraes, cuja applicação é por ellas limitada, subtrahindo-se ao seu dominio determinados casos, que, sem a lei excepcional, seriam regulados pela lei geral; as leis especiaes regulam assumptos ou materias diversos dos regulados pela lei geral, podendo deixar de ser oppostas ou incompativeis as

(1) Vej. Cod. civ., art. 467.^o

respectivas disposições. Consequencia do que fica dito é a de que, devendo a regra geral manter a sua plena efficacia obrigatoria enquanto o legislador não a tenha expressamente negado, é necessario dar á disposição excepcional interpretação restrictissima. Para qualquer caso, que não seja identicamente o taxativamente contemplado na excepção, deve recorrer-se á regra geral: «a lei, que faz excepção ás regras geraes, diz tambem o artigo 11.º do Codigo civil, não póde ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei». Não assim para as leis especiaes que, embora não possam ter applicação a materias diversas d'aquellas para que foram particularmente estabelecidas, pódem, todavia, por analogia, ampliar-se a casos semelhantes.

Consideradas em relação ao seu objecto, as leis pódem ser *pessoaes* ou *reaes*, aquellas referentes ás pessoas, cujo estado e capacidade regulam, quer para todos os actos da vida civil em geral, quer, em particular, para determinados actos, como as que regulam os modos de aquisição e perda de qualidade de cidadão, as condições para

contrahir matrimonio, as que determinam os efeitos da menoridade, as causas, condições e efeitos da interdicção (1); estas reguladoras da condição jurídica, dos modos de aquisição, de conservação e de transmissão dos bens, como as que determinam os bens moveis e immoveis, os direitos de que elles pôdem ser objecto, os bens susceptíveis de hypotheca (2).

Mas se, nos exemplos indicados, facil é distinguir as leis pessoaes das leis reaes, casos ha em que, pela estreita relação que existe entre a pessoa e os bens, não podendo o legislador regular em todos os seus efeitos a capacidade das pessoas sem tratar dos bens que constituem seu principal objecto, nem regular a conservação e a transmissão dos bens sem fallar das pessoas que pôdem ou não transmittil-os ou recebêl-os, tal distincção se apresenta difficil (3). Taes as hy-

(1) Vej. Código civil, artt. 18.º-23.º, 1058.º-1082.º, 97.º-303.º, 314.º e segg.

(2) Vej. Código civil, artt. 373.º-378.º, 2167.º e segg., 888.º e segg.

(3) A difficuldade de distinguir as leis pessoaes das reaes levou alguns juriconsultos a admittir uma terceira especie de leis — leis *mixtas*, que teriam, simultaneamente, os ca-

potheses dos artigos 1764.º n.º 2.º, que estabelece a incapacidade, para os menores de quatorze annos, de dispôr de bens por testamento; e do artigo 1149.º, respeitante á inalienabilidade dos bens dotaes, que provê á conservação d'estes bens e estabelece a incapacidade dos conjuges para alienal-os.

Como meio de determinar a natureza pessoal ou real da lei, attenderam uns á expressão material da lei, á fórma por que o legislador tiver traduzido a propria disposição, emquanto outros, seguindo um systema bem mais racional, se ligaram ao objecto principal e essencial, ao fim definitivo da disposição. Teremos, assim, uma lei pessoal quando seja seu objecto a pessoa e quando o fim da lei seja o de regular o estado e a capacidade d'aquella de modo geral e absoluto; uma lei real, quando os bens

racteres de personalidade e de realidade. Esquecendo a profunda diversidade de caracteres e de effeitos entre as leis pessoaes e reaes, esta theoria levaria á integração de quasi todas as leis nas leis mixtas, porisso que, como escreve Bianchi (*Principii generali* cit., pag. 71), «não ha lei alguma que não seja feita para as pessoas e que não tenha, quasi sempre, relação com os bens».

formem objecto principal e predominante da lei, quando o seu fim seja o de regular os meios da sua conservação ou transmissão.

Estão no primeiro caso as disposições dos artigos 1780.º e 1782.º do Código civil, referentes á incapacidade testamentaria passiva por indignidade; no segundo, as disposições dos artigos 1784.º a 1787.º, que determinam a legitima e a quota disponível.

- g) O principio da autonomia da vontade, a que fizémos referencia (1), deixa de ser respeitado sempre que se lhe oppõem motivos de interesse geral, que affectam condições fundamentaes da existencia e da ordem social. Expressivamente escreve Capitant (2): «O legislador deve, primeiro do que tudo, evitar que a actividade do homem se exerça em sentido contrario ao interesse da collectividade: a liberdade do individuo só póde

(1) Vej. Código civil, artt. 4.º, 10.º, 42.º, 672.º, 684.º, 1096.º.

Sobre o problema da autonomia da vontade: Dreyfus, *L'acte juridique en droit international privé*, 1904, pag. 7 e segg.; Trouiller, *Du rôle du consentement dans la formations des actes juridiques*, 1894, pag. 73 e segg.

(2) *Introduction à l'étude du droit civil*, cit. pag. 39.

ser util e fecunda quando os seus fins sejam conformes á ordem social». «E, para que a liberdade do individuo seja efficaz, torna-se necessario que o legislador compense, por via de medidas protectoras, as desigualdades 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 focos estejam á mercê dos fortes».

Visam a esse intuito as *leis de interesse e ordem publica* (1). Como determinal-as?

Diremos, com Rossi (2), que os principios de ordem publica são constituídos pelo conjuncto de normas reguladoras do estado e da capacidade das pessoas? Ou, com Borsari (3), que aquelles principios respeitam á tranquillidade, ao estado politico do país, ao sentimento da honestidade geral? Ou, com Fiore (4), que a ordem publica comprehende as leis, cujo fim directo e princi-

(1) Vej. Código civil, artt. 10.º § unico.

(2) *La esecuzione della sentenza e degli atti delle autorità straniere*, 1876, pag. 121.

(3) *Codice italiano di procedura civile annotato*, 1881, t. IV, pag. 264.

(4) *Le droit international privé*, 1890, t. I, pag. 267.

pal é o interesse de terceiros e a conservação das instituições sociaes? ou, seguiremos o Sr. Dr. Marnoco e Souza (1), que define 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 desenvolvimento do Estado? ou, Capitant (2), que considera taes todas as disposições legaes imperativas? ou, Pillet (3), e Bustamante (4), para quem as leis de ordem publica são as que respeitam á conservação da sociedade? ou Laurent (5) que vê nas leis de ordem publica a referencia directa ao interesse publico, gosando de uma auctoridade absoluta e devendo ser

(1) *Execução exterritorial das sentenças civis e commerciaes*, 1898, pag. 232.

(2) *Introduction à l'étude du droit civile* cit. pag. 38.

(3) *De l'ordre public en droit international privé*, 1890, pag. 18. Posteriormente, Pillet definiu as leis de ordem publica «as que respeitam, sobretudo, á comunidade, que aproveitam igualmente a todos, que são escriptas no interesse de todos e não sómente no interesse de cada um». Vej. *Principes de droit international privé*, 1902, pag. 374.

(4) *El orden publico*, 1893, pag. 32.

(5) *Droit civil international*, 1880, t. II, pag. 341.

applicadas em cada Estado a nacionaes e a estrangeiros? ou separaremos, com Bartin (1), as leis de ordem publica das leis penaes e das que respeitam aos immoveis?

Não nos detendo na analyse d'estas definições, que todas ellas não conseguem ir além do conceito classico de leis de ordem publica, como comprehendendo «os preceitos destinados a garantir e defender, principalmente, os interesses da collectividade». (2),

(1) *Études de droit international privé*, 1899, pag. 189 e segg.

(2) Para a critica das formulas apresentadas, vej. Vaireilles Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899, pag. 11 e seg.; Boissarie, *De la notion d'ordre public en droit international privé*, 1891, pag. 3 e segg.

Aquelle auctor repelle a concepção tradicional de ordem publica interna, affirmando que todas as leis são de ordem publica, porisso mesmo que procuram traduzir interesses geraes. Mas, se é exacto que todas as leis têm em vista o interesse geral, não é menos certo que, emquanto umas são obrigatorias, no sentido de que a sua observancia não póde ser preterida, outras são facultativas: são a solução para os casos que os actos dos particulares não regularam, mas podem ser preteridas por uma vontade contraria. Vej. Olive, *Étude sur la théorie de l'autonomie*, 1899, pag. 33 e segg.; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil cit.*, t. I, pag. 111 e segg.

diremos que só em cada instituição jurídica se póde, pela investigação do pensamento do legislador, determinar qual o grau da força obrigatoria das leis, para se concluir se as partes podem deixar de as observar, por serem consideradas de ordem publica.

Prendendo-se ás necessidades fundamentais da vida dos Estados, as leis de ordem publica têm por objecto a satisfação das exigencias elementares da paz, da segurança, da probidade nas relações entre os cidadãos; e é a consideração d'este fim common que permite distinguil-as em cada caso concreto.

Porque o § unico do artigo 10.^o do codigo civil prohibe derogar por convenção das partes as leis de interesse e ordem publica, pretendeu-se applicar a qualificação de leis de ordem publica a todas as leis obrigatorias; e, como nem todas estas leis obrigam os estrangeiros, procurou-se fazer a distincção entre ordem publica interna e ordem publica internacional, comprehendendo aquella todas as leis imperativas e prohibitivas e abrangendo esta exclusivamente as leis de effeito territorial. Notando que tal distincção é inexacta, porisso que estende a noção de ordem publica além do que per-

mitte o sentido natural das palavras (1), diremos que revestem, indubitavelmente, o caracter de leis de ordem publica as normas de direito publico, como as que determinam a organização dos poderes e a competencia dos funcionarios publicos, as que regulam o exercicio do direito de voto, as que impõem o serviço militar.

Tambem taes devemos considerar as regras de moral, intimamente vinculadas ás condições de existencia do Estado, e que não admittem distincção nem transacção (2). O direito ecclesiastico, se não pertence, positivamente, a esta categoria, póde n'ella entrar por assimilação. É necessario, todavia, não exaggerar o principio, porisso que nem sempre uma regra legal fundada sobre considerações moraes tem valor absoluto: v. g., os impedimentos matrimoniaes, que

(1) Embora as leis de ordem publica tenham, habitualmente, character obrigatorio, não é elle, todavia, essencial: as leis ácerca da circulação monetaria são leis de credito publico ás quaes não repugna a derogação por vontade dos particulares. Do mesmo modo as leis sobre a competencia, e, em menor grau, as leis sobre a nacionalidade.

(2) É assim que a lei não permite contractos contrarios á moral publica (Codigo Civil, art. 671.º n.º 4.º).

podem ser afastados pela concessão de dispensa (1).

Na categoria das leis de ordem publica devemos tambem incluir as leis respeitantes á segurança das pessoas e dos bens. São, geralmente, leis penaes; mas, se os actos antijuridicos não constituem senão delictos civis ou, por maioria da razão, quasi delictos, a responsabilidade que ellas consagram será exclusivamente pecuniaria.

Pelo que respeita ás normas do direito privado, são em geral, consideradas disposições de ordem publica:

1) as leis sobre o estado e a capacidade das pessoas, entendendo por estado a situação ou qualidade do individuo, de que lhe resultam certos direitos e obrigações, e por capacidade o poder de exercer a própria actividade segundo as normas estabelecidas na lei: menoridade, sexo, nacionalidade, doenças phisicas e mentaes, etc.;

2) as leis que regulam a organização da familia: relações derivadas do matrimonio e da communidade do sangue, disposições

(1) Vej. Bernardino Carneiro, *Elementos de direito ecclesiastico português*, 1896, pag. 261 e segg.

referentes á fixação da quota legitimaaria dos descendentes e ascendentes, etc.;

3) As leis relativas á organização do regimen da propriedade, em que se determinam os direitos reaes sobre as cousas e os modos por que podem ser adquiridos: especificação dos direitos reaes, prescrição, obrigação de permanecer na indivisão, etc.;

4) as normas destinadas a garantir terceiros contra os prejuizos que lhes advenham dos actos juridicos, em que não tenham tomado parte. Se as partes podem renunciar ás garantias que a lei lhes faculta, não podem, todavia, renunciar ás garantias concedidas a favor de terceiro: assim, se um credor hypothecario não fizer o registo na conservatoria, não poderá fazer valer o seu direito contra terceiros (1).

18.—A sciencia do direito e a jurisprudencia dos tribunaes.

A determinação do logar a assignar á sciencia do direito e á pratica jurisprudencial no conjunto das fontes do direito objectivo constitue um dos problemas mais debatidos na moderna doutrina.

(1) Codigo civil, artigos 949.º e segg.

«A actividade dos juristas (sciencia do direito e jurisprudencia) revelam-se, dizem Chironi e Abello (1), sob dois aspectos principaes: *theorica-mente*, emquanto investigam e expõem o estado actual do direito; *praticamente*, emquanto resolvem as questões juridicas submettidas á sua decisão. A doutrina, occupando-se de preferencia do estudo scientifico do direito, póde mais facil e seguramente formar a *convicção juridica* sobre o conteúdo da lei, contemplada no seu fim especial e em coordenação com todo o direito considerado na sua estructura organica; a jurisprudencia applica a norma legislativa aos casos concretos, embora se não possa prescindir da analyse do espirito da lei e da fixação dos principios juridicos, que informam as suas decisões . . . N'esta realisação da função social do direito, doutrina e jurisprudencia auxiliam-se reciprocamente, esta, adaptando a lei á infinidade e variedade dos casos, aquella corrigindo-a, completando-a e integrando a extensão dos conceitos em scientifica coordenação».

Mas deveremos ver na doutrina e na jurisprudencia simples *fontes de interpretação* do direito? Integraremos a jurisprudencia no costume (2) ou veremos n'ella uma fonte de direito autonoma?

(1) *Trattato* cit., pagg. 68 e 69.

(2) Os romanos consideravam-a como uma variedade,

Para a escola dos interpretes do codigo civil, a codificação do direito civil teria tido como consequencia a transformação radical na função do mesmo direito. Ao estudo do movimento incessante da vida juridica substituir-se-ia a analyse ou a synthese dos textos inertes da legislação escripta. Baseado na negação da mais certa das leis sociologicas, o methodo da escola dos interpretes levava-os a abstrahir da contingencia da vida juridica e a procurar deduzir dos textos legaes, por assim dizer, mathematicamente, por uma série de raciocinios syllogisticos, a solução facil e prompta para os problemas ainda mais novos e mais delicados submettidos ao seu exame. Affirmava-se o postulado singular de que, por effeito da codificação, o direito cessaria de evolucionar livremente, fixando-se as suas linhas geraes em uma perpetua immobildade.

Renovando o erro já commettido pelos jurisconsultos romanos e, depois, pelos jurisconsultos in-

uma forma accessoria do direito consuetudinario. A mesma opinião é defendida em numerosas obras de auctores allemaes e austriacos. Vej. Pfaff und Hoffman, *Commentar cit.*, pag. 190 e segg.; Perceron, *À propos d'un nouveau livre sur le méthode d'interpretation*, apud *Annales de droit commercial*, 1900, pag. 145 e segg.; Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, Préf., pag. I e segg.

gleses (1), a escola dos interpretes chegou, como aquelles, ao afastamento progressivo entre o direito

(1) Os romanos pretenderam dotar de aptidão de applicação indefinida a sua antiga codificação das XII taboas, as construcções dos pontifices ou as dos seus primeiros *prudentes*. Mas o resultado unico d'esta ficção de perpetuidade foi a scisão do direito romano em dois systemas juridicos, profundamente oppostas no seu espirito: o systema do *jus civile* conjuncto das doutrinas tradicionaes, que permanecia theoricamente em vigor e que representava sempre a expressão official do direito, mas cuja applicação o magistrado encarregado da administração da justiça procurava paralisar por uma serie de processos engenhosos; e o systema do *direito pretoriano*, conjuncto de regras novas elaboradas pela jurisprudencia, em vista das necessidades da sociedade contemporanea, e que constituia o unico systema realmente em vigor.

Tambem, na Inglaterra, se attribuiu, desde muito cedo, á sentença do juiz a força de provar e fixar o costume. Estes precedentes judiciarios, combinados com os mais antigos estatutos, formaram desde a idade media todo um corpo de doutrina — a *common law*, á qual os jurisconsultos inglezes reconheceram o caracter de perpetuidade, de modo que, originada em grande parte no meio feudal, apropriado ás simples necessidades d'este meio, se impõe ainda, theoricamente, á civilização tão complicada da Inglaterra contemporanea. Mas o esforço dos jurisconsultos inglezes para immobilisar o direito resultou inefficaz: ao ao lado dos tribunaes de direito commum, que continuavam a decidir segundo os principios da *common law*, introdu-

theoricamente em vigor e o direito realmente vivo, entre o que expõem os auctores e o que applicam os tribunaes, entre a doutrina de uma parte e a pratica da outra. E o phenomeno de dissociação do direito e da pratica é já bem visivel no direito francês (1).

Attribuindo ao codigo civil a virtude especifica de garantir a segurança das relações juridicas,

ziram-se tribunaes de equidade, cujas divisões eram mais conformes com as exigencias da pratica. Estes *Court of equity* criaram, do seculo XVI a XVIII, um systema completo e original de jurisprudencia sobre todas as materias da sua competencia. E a reforma judiciaria de 1873 (*act* 36 e 37 *Victoria* 66), supprimindo a separação absoluta entre os tribunaes de *common law* e os tribunaes de *equity*, não conseguiu fazer desaparecer esta divisão fundamental do costume inglêz. Vej. Sigfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1899, pag. 101.

O mesmo phenomeno foi estudado para o direito mussulmano por Kohler e Goldziher (*in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. VIII, pag. 406 e segg.).

(1) Vej. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, 1904, pag. 7 e segg.; Charmont et Chausse, *Les interprètes du Code civil*, apud *Le Code civil, Livre du centenaire*, 1904, t. I, pag. 133 e segg.; Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, apud *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, pag. 5 e segg.; Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, apud *Revue Internationale de l'enseignement*, 1900, t. IX, pag. 216 e segg.

permittindo, em todos os casos, a revelação certa do direito, e de assegurar ao individuo a protecção que, contra as variações legislativas, lhe offerece a não retroactividade das leis, aquella escola, fechando os olhos sobre o movimento continuo de formação espontanea do direito, não viu que, se em lugar de negar a necessidade do trabalho continuo de adaptação do direito e de confiar essa funcção exclusivamente á jurisprudencia, a doutrina tivesse n'ella collaborado, esclarecendo a jurisprudencia, poder-se-iam em grande parte evitar os inconvenientes que a estas fontes é possível apontar.

Mas se, considerado no estado isolado, fragmentario, o trabalho do jurisconsulto para descobrir, mediante processos que em breve estudaremos, a regra de direito que convém applicar, não apresenta o character obrigatorio, que se encontra na base de toda a regra de direito (1), o mesmo

(1) Note-se, porém, que, embora não constitua fonte creadora de direito, a doutrina dos auctores, quando unanime ou quasi unanime, tem decidida auctoridade, embora não vincule absolutamente o juizo do interprete. E póde a doutrina, pela convicção que origina nos interessados, determinar um costume sobre um ponto de direito não regulado, deixado em duvida, ou insufficientemente regulado pela lei escripta. E ainda uma opinião doutrinal póde affirmar-se e manter-se com força tal que chegue a vencer uma jurisprudencia rebelde.

não poderemos, porventura, dizer da jurisprudencia dos tribunaes, destinada a dar solução effectiva, e sob a sancção social, ás difficuldades da vida juridica, quer estranhas a toda a opposição (pratica notarial, jurisdicção voluntaria), quer em caso de litigio e por via contenciosa (jurisprudencia das sentenças).

Certo que a funcção dos tribunaes é, na generalidade dos casos, a de applicação dos preceitos do direito vigente, não sendo, portanto, a regra juridica imposta ás partes pela decisão judicial uma criação do juiz, mas uma simples applicação da lei já existente.

Mas se, emquanto a jurisprudencia dos tribunaes se limita a interpretar e applicar textos de leis existentes e que, de facto, regulam as questões submettidas á sua apreciação e julgamento, não póde ella dar origem a uma regra de direito, differente é já a hypothese em que, na falta de disposição legal, o magistrado tenha de procurar a solução fóra dos textos, no vasto dominio do direito. Porque o seu dever é julgar em todos os casos e dar ás partes a decisão que d'elle reclamam: para que os tribunaes satisfaçam ao fim da sua instituição, é necessario que se não recusem, sob pretexto algum, a administrar justiça, quando se lhes requerira, aliás, a lucta entre as partes litigantes seria o unico meio de resolver os seus litigios e penden-

cias, e a anarchia social uma consequencia necessaria. E commetter ao poder legislativo a resolução dos casos omissos ou duvidosos na lei seria entregar a este poder o exercicio do judicial, resultando d'ahi ainda que os pleitos ficariam indefinidamente protelados á espera de solução do poder legislativo (1).

No caso de que se trata, porém, a decisão do juiz só tem efficacia relativa, limitada á questão a que respeita.

Mas nem sempre é assim. «Póde acontecer muitas vezes, diz Capitant (2), que a disposição legal,

(1) A Novissima Reforma Judiciaria no art. 1243.º, o Codigo de processo civil no art. 97.º e o Codigo administrativo no art. 352.º declaram que os tribunaes não podem recusar-se a julgar com fundamento na falta de lei e na obscuridade ou omissão d'ella, e na falta de provas ou por qualquer outro motivo; a lei de 18 de julho de 1855 impõe, no art. 19.º, ao juiz ou agente do ministerio publico que, sem impedimento legitimo e provado, deixar de praticar algum acto judicial da sua competencia no praso fixado pela mesma lei, a pena de suspensão até seis meses, além da responsabilidade, por perdas e damnos, para com a pessoa prejudicada, e das penas mais graves impostas por lei; e o codigo penal pune no art. 286.º, com suspensão, os juizes que se neguem a administrar a justiça que devem ás partes, depois de se lhes ter requerido, e depois da advertencia ou mandado de seus superiores.

(2) *Introduction à l'étude du droit civil cit.*, pag. 30 e segg.

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 fôrma de litigios. Quando assim succede, 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. E quando, por uma longa série de decisões, ella consagrou, assim, uma regra nova, não é possível consideral-a como exprimindo a vontade do legislador; é forçoso reconhecer o seu character proprio e independente. O phenomeno é ainda mais frizante quando se trata de resolver as difficuldades resultantes da conclusão de novas operações juridicas, originadas nas modificações que se operam nas condições economicas da sociedade e ainda não previstas pelo legislador.

Então, o juiz não interpreta, cria o direito. Cria-o, primeiro, de uma maneira concreta, porque a sua decisão não tem valor e auctoridade senão para o litigio em questão. Mas quando, em virtude da reproducção da mesma especie, a solução adoptada se generalizou e uniformizou, e deixa de ser posta em duvida, ella assume, na opinião geral, o character de um verdadeiro preceito abstra-

cto, acceito por todos como obrigatorio. E este preceito não deve a sua auctoridade senão ao conjunto de decisões que o formularam..

Acceitando, em principio, as ideias de Capitant sobre o poder pretoriano da jurisprudencia, sob esta fórmula abstracta, entendemos, porém, que a tendencia, revelada nos trabalhos da maior parte dos constructores da obscura distincção do *Volksrecht* e do *Juristenrecht*, para attribuir á jurisprudencia o valor de fonte positiva, constitutiva de um verdadeiro direito consuetudinario, desconhece a distincção profunda que existe entre a pratica judiciaria e o direito consuetudinario sob todas as suas formas. E pôde attribuir-se á jurisprudencia o valor de fonte positiva independente, sem por isso, termos de a integrar no costume.

Com effeito, emquanto no direito consuetudinario é a communidade social que regula, por si mesma e directamente, as relações juridicas que se estabelecem em seu seio, na jurisprudencia é um dos órgãos da communidade que regulamenta, em nome d'esta, essas mesmas relações. N'este ultimo modo de formação do direito, não é a convicção juridica popular que se traduz por actos dos membros da collectividade, é a convicção dos juizes que se exprime por actos judiciarios.

E se assignarmos ao costume, como origem e fundamento racional, a vontade ou o sentimento

juridico do povo *ou dos interessados*, torna-se necessariamente esta noção incompativel com a de um direito consuetudinario criado pela jurisprudencia.

O *uso judiciario* é, pois, uma fonte particular, nitidamente differenciada de qualquer outra (1).

O reconhecimento da jurisprudencia moderna como fonte do nosso direito privado positivo é, porém, inconciliavel com os principios fundamentais da nossa organização politica. Aos juizes compete, segundo o artigo 119.º da Carta constitucional, applicar a lei ou, melhor, pôr em acção o direito, e, se podem creal-o para um assumpto determinado, não podem erigil-o em preceito destinado a regular os casos posteriores: o principio da separação dos poderes, consignado no artigo 10.º da Carta, não permite aos juizes formular regras com força de lei.

19. — Fontes subsidiarias do direito.

A complexidade, a multiplicidade e a incessante transformação das relações sociaes, por um lado, e, por outro, a impossibilidade por parte do legis-

(1) Vej. Geny, *Método de interpretación y fuentes cit.*, pag. 455 e segg.; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, t. 1, pag. 179 e segg.; Caeiro da Matta, *Theses de Direito*, 1906, pag. 19; Micela, *La norma giuridica*, 1906, pag. 155.

lador de regular e coordenar todas essas relações, tornam necessarias as fontes subsidiarias do direito, isto é, a determinação de principios que, na falta de disposição legal, devem applicar-se na decisão das questões juridicas. É o que se chama *direito subsidiario*.

E a falta de um órgão permanente de interpretação legislativa destinado a supprir as insufficiencias da lei e a impossibilidade para o juiz de se recusar a julgar por qualquer motivo que não seja a sua incompetencia legal, sendo considerada como denegação da 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 (1), tornam essa determinação absolutamente indispensavel.

Diversas teem sido as fontes subsidiarios de direito adoptadas pelos legisladores: o direito romano, o direito canonico, as leis estrangeiras, a analogia, a equidade, os principios geraes de direito, o direito natural.

a) *Direito romano* — Apesar de constituir a mais abundante fonte dos codigos modernos e

(1)Codigo de Processo civil, artt. 97.º e 1092.º n.º 4.º.

de ter ainda hoje um alto valor historico e exegetico, o direito romano não pode ser hoje admittido como direito subsidiario. Producto natural e necessario das condições historicas de um povo e não o resultado da imposição despotica e arbitraria do imperante, o direito reflecte sempre aquellas mesmas condições: elaborado ha vinte seculos, o direito romano, que não se amolda ás condições das actuaes sociedades, não está de fôrma alguma em correspondencia com muitas instituições do direito moderno. De resto, as disposições aproveitaveis do direito romano foram, já ha muito, assimiladas pelos codigos contemporaneos. E a doutrina de Supino e Gianturco (1), que admite nos casos omissoes o direito romano, não como fonte de direito objectivo, mas como tradição e doutrina scientifica conforme com o direito vigente, vem, em ultima analyse, a reduzir o direito romano, assim abstractamente considerado, aos principios geraes de direito.

(1) Umberto Grego, *Delle fonti sussidiarie del diritto civile*, apud *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XVI, pag. 315 e segg.

DIR., 3.^a CAD.

Sob o ponto de vista objectivo, não pôde ser invocado, de modo algum, para a decisão dos casos omissos na lei (1).

(1) As *Ordenações Affonsinas* (liv. II, tit. IX, §§ 1.º e 2.º) ordenavam que, nos casos não determinadss por leis do reino ou estylo da côrte ou costume d'estes reinos antigamente usado, se recorresse ao direito canonico, envolvendo elles peccado, e ao direito romano, no caso contrario. Na falta d'estes, recorrer-se-ia ás glosas e opiniões de Accursio, depois, ás de Bartholo, e, em ultimo logar, consultar-se-ia o governo.

As *Ordenações Manoelinas* (liv. II, tit. V) consignaram, quanto ao direito subsidiario, disposições analogas, áparte o recurso ás leis imperiaes, que «era ordenado sómente pela boa razão em que taes leis leis eram fundadas, permitindo-se, assim, aos juizes rejeital-as quando incompatíveis com a boa razão...»

Tambem nas *Ordenações Philippinas* (liv. III, tit. LXIV) foram adoptados como subsidiarios um e outro d'aquelles direitos e, na sua falta, as opiniões de Accursio e Bartholo, quando a opinião commum dos Doutores não fôsse contraria.

A lei de 18 de agosto de 1769 determinou, no § 9.º, que o direito romano fôsse 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

b) *Direito canonico* — Tendo outr'ora exercido larguissima influencia entre a maior parte dos povos, o direito canonico ainda hoje é, entre nós, applicavel, na falta de leis patrias e quando tenha sido recebido no reino, em materia de casamento catholico (1).

Mas as exigencias da sociedade civil de modo algum se podem conciliar com os principios do direito canonico: só o Estado é competente para regular as relações da vida civil.

c) *Leis estrangeiras* — «As leis, já o notava Mon-

determinado 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.

O Codigo civil, seguindo a corrente das modernas legislações, proscreeu por completo, o direito romano. Vej. Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e a legislação em Portugal*, 1843, pag. 119 e 193; Sr. Dr. Chaves e Castro, *Estudo sobre o artigo xvi do codigo civil português*, 1871, pag. 14 e segg.; Sr. Dr. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de jurisprudencia theorica e pratica*, 1896, pag. 128 e segg.

(1) Cod. civ., art. 1069.º.

tesquieu (1), devem estar em harmonia com a natureza e com os principios do governo estabelecido ou que se quer estabelecer; e em relação com as condições physicas do país, com o seu clima, frio, ardente ou temperado, com a qualidade do terreno, situação e grandeza, com o genero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores, com o grau de liberdade que a constituição politica possa admittir, com a religião dos habitantes, e com as suas inclinações, riquezas, numero, commercio, usos e costumes. Assim, se o exame dos codigos das nações estrangeiras é util como estudo de legislação comparada, que, extrahindo das legislações dos paizes de civilização analoga um fundo geral de concepções e de maximas juridicas, permittirá chegar á constituição de um direito commun legislativo (2), e se é proveitoso como elemento de interpretação, quando sejam fonte de uma determinada lei; não póde ser acceito como

(1) *L'esprit des lois*, liv. 1, cap. III. Vej. Nardi-Greco, *Sociologia giuridica*, 1907, pag. 325 e segg.

(2) Vej. Weiss, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil*, apud *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, pag. 418 e segg.

direito regulador dos casos omissos. E bastaria a incerteza e anarchia, derivadas do facto de que, muitas vezes, as regras de direito são diferentes nos codigos, e que seriam a consequencia da adopção de tal direito subsidiario, para repellirmos a opinião de Bruschy (1), que ainda reputava os codigos modernos «verdadeiro direito subsidiario doCodigo civil».

d) *Equidade* — Tambem a equidade não pôde ser acceita como fonte subsidiaria de direito. E o primeiro inconveniente que surge

(1) *Manual de direito civil português* cit., vol. I, pagg. 25 e 26.

Entre nós, a lei *da boa razão* de 18 de agosto de 1769 mandou seguir, nos negocios politicos, economicos, mercantis e maritimos, as leis das nações civilisadas da Europa; e os Estatutos da Universidade de 1772, procurando fixar para a boa administração da justiça uma norma positiva, que acabasse com o indefinido e vago da *boa razão*, prescreveram (liv. 2.º, tit. 5.º, cap. 2.º e 3.º), como regra, o uso moderno que das instituições juridicas romanas faziam as nações cultas. No projecto primitivo doCodigo civil prohibia-se (art. 13.º) o recurso a qualquer legislação estrangeira, a não ser como testemunho da equidade que devia presidir á decisão dos casos omissos noCodigo civil português.

para considerar a equidade como elemento subsidiario para a resolução dos casos omissoes é o da impossibilidade de definil-a. Com effeito, quer, com Aristoteles (1), a definamas uma mitigação da lei escripta por causa das circumstancias que occorrem, em respeito ás pessoas, ás cousas, aos logares e aos tempos; quer, com Grocio (2), vejamos n'ella uma virtude correctiva d'aquillo sobre que a lei nada dispôz; quer, com Belime (3), entendamos que a equidade se contrapõe á lei positiva, não se distinguindo do direito natural; quer, com Ferrer (4), a

(1) Correia Telles, *Discurso sobre a equidade*, apud *Commentario critico á lei da boa razão*, 1845, pag. 92.

(2) Correia Telles, obr. e loc. cit.

(3) *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, t. I, pag. 502.

Tambem os jurisconsultos romanos integravam a equidade no direito natural ou ideal. Paulo escrevia: «*Jus pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id, quod semper aequum, ac bonum est, jus dicitur; ut es jus naturale*» (L. 11 princ. D. de just. et jure, I, 1). O mesmo conceito apparece em muitos outros textos. A antithese entre a *aequitas* e a *subtilitas juris* ou *ratio scripti juris* encontra-se, a cada passo, no direito romano.

(4) *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto doCodigo civil portuguez*, 1859, pag. 58.

definamos o exercicio dos direitos temperado pelas leis da moral; quer, com o Visconde de Seabra (1), a façamos consistir nos principios de direito natural ou da boa razão; quer, com Chironi (2), a considere-mos o producto de um conceito subjectivo sobre o modo mais justo de regular uma determinada relação; quer, com Mazzoni (3), a definamos a justiça natural manifestada pela consciencia juridica do povo; ou, com Bianchi (4), vejamos n'ella a suavisação do rigor da lei escripta; ou, com Gianturco (5), a façamos equivaler ao direito natural, emquanto contribuiu para a formação do direito vigente; quer, com Umberto Greco (6), Fadda (7), e Scialoja (8), a tomemos por

(1) *Resposta ás reflexões do Sr. Vicente Ferrer Neto Paiva sobre os sete primeiros titulos do Projecto do Codigo civil portuguezs*, pag. 50.

(2) *Istituzioni di diritto civile italiano* cit., t. I, pagg. 12 e 13.

(3) *Istituzioni di diritto civile italiano* cit., t. I, pag. 2.

(4) *Principii generali sulla leggi* cit., pag. 156.

(5) *Istituzioni di diritto civile italiano*, t. I, 1904, pag. 11.

(6) *Della fonti sussidiarie del diritto civile* cit., pagg. 339 e segg.

(7) *L'equità e il metodo nel concetto dei giureconsulti romani*, 1881, pag. 10 e segg.

(8) *Il diritto positivo e l'equità*, 1880, pag. 5 e segg.

um sentimento ou um conceito, ora individual, ora geral, segundo o qual uma dada relação deve ser regulada por um determinado modo, que não adquire força obrigatória senão quando tenha obtido as provas necessárias para se tornar lei; — sempre o conceito de equidade, de sua natureza indeterminado, recebe o seu conteúdo da consciencia, do sentimento juridico de quem tem o poder de applical-a nas suas decisões. Subsiste sempre o vago e indefinido da fórmula juridica e, consequentemente, o arbitrio dos tribunaes (1).

A equidade só é fonte de direito quando a lei positiva a ella expressamente se refere: se a lei dispõe, o poder judicial não póde, sem infringir o principio constitucional da divisão dos poderes, preterir a prescrição legal. Appreciar como a equidade deve co-ordenar-se á função social da lei, á estrutura technica da organização que a fixa,

(1) No artigo 13.º do projecto do Código civil estabelecia-se que, não havendo lei expressa ou analoga para applicar á questão, se resolvesse pelos principios geraes da equidade. Mas aquella disposição era logo modificada no novo projecto, que introduzia a doutrina consignada no art. 16.º do Código.

é obra do legislador; e ao juiz só pertence a applicação do direito, qualquer que seja a fórmula positiva da sua exteriorisação, sem poder decidir da conformidade da lei com os principios da justiça, sem poder pôr em acção o seu sentimento de equidade para a solução de direito propriamente dita, sobre as circumstancias individuaes e especialmente concretas do caso que lhe tenha sido submettido.

Quando, porém, a lei permite ao juiz decidir em harmonia com o seu prudente arbitrio, tendo em consideração determinadas circumstancias, como nas hypotheses previstas nos artigos 717.º § 3.º e 1232.º do Código civil (1), deve aquelle julgar pela fórmula que lhe pareça mais justa, isto é, «procurando descobrir uma nova situação de equilibrio correspondente a uma situação anterior de equilibrio». É n'este sentimento do equilibrio que reside a equidade,

(1) Sobre a grande latitude deixada ao juiz pelo novo Código civil allemão, vej. Endemann, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. 1, 1899, pag. 46 e segg.

sentimento que se traduz em certas fórmulas (1) — as unicas maximas de equidade que possuímos :

1) os **contractos** devem ser realizados de boa fé (Codigo civil, art. 663.º);

2) os **contractos** devem ter uma **causa valida** (Codigo civil, artt. 657.º n.º 2.º e 658.º a 660.º);

3) é necessario **adoptar** a **solução** mais conforme á ordem normal dos factos ;

4) todos os cidadãos são eguaes perante a lei (Carta Constitucional, art. 145 § 12.º; Codigo civil, art. 7.º).

A nossa organização juridica moderna desconhece o systema dos tribunaes de equidade, que, ainda ha pouco, desempenhavam importante função na Inglaterra (2),

(1) Vej. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique* cit., pag. 332 ; Géný, *Método de interpretación y fuentes* cit., pag. 512 e segg.

(2) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. v, 1883, pag. 504 e segg.

Note-se, todavia, que, em virtude do espirito da sua instituição, certas jurisdições são mais particularmente guiadas pela equidade : v. g., os tribunaes arbitraes. Vej. Cod. de Proc. Civ., artt. 44.º-58.º.

como a ella é alheio o processo das acções de boa fé, do direito romano (1).

E a disposição do artigo 3.º do Código de processo commercial, de que «o juízo commercial é essencialmente juízo de equidade», tem necessariamente de considerar-se, como escreve o Sr. Dr. Barbosa de Magalhães (2), «simples letreiro decorativo, méra declaração theorica d'uma faculdade, que não póde ser exercida, ou de uma aspi-

(1) *Clausula ex fide bona*, inserta na formula. Vej. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1898, pag. 989.

(2) Código completo do processo commercial, 2.ª ed., vol. I, 1901, pagg. 6 e 7.

A disposição do art. 3.º do Código de processo commercial, é, diz, com razão, este escriptor, inutil e perigosa.

Inutil, se quer significar apenas que os tribunaes do commercio devem recorrer aos principios de direito natural na resolução dos casos não especialmente prevenidos nas leis mercantis, nem analogamente n'outras leis, porque é o que já está determinado no art. 16.º do Código civil, mandado applicar pelo art. 3.º do Código commercial. Perigosa, se se destina a auctorisar os juizes a interpretar e modificar a lei escripta no sentido de uma equidade que se não define. É a reproducção irreflectida do art. 207.º do Código commercial de 1833.

Vej. Ribeiro Rosado, *Manual do processo commercial*, 3.ª ed., 1882, pagg. 10-14.

ração que não pôde ser realizada. A concepção individual da equidade não poderá nunca entrar por fundamento de decisões sujeitas a recurso».

- e) *Analogia* — Inferindo a solução, para uma determinada situação de facto, de uma semelhança fundamental entre esta situação e a que a lei regulou, a analogia pôde distinguir-se em analogia da lei (*Gesetzanalogie*) e analogia de direito (*Rechtsanalogie*), segundo a indução se baseia em uma disposição concreta e especial da lei ou se apoia em princípios estabelecidos pela legislação, tomados no seu conjunto. Mas devemos integrar a analogia na interpretação propriamente dicta e consistindo em investigar o que o legislador teria decidido se tivesse previsto a hypothese, ou considerá-la-hemos, ao contrario, um modo de investigação completamente differente da vontade legislativa?

Consequencia do postulado, admittido pelo systema tradicional, da plenitude *a priori* da legislação escripta, entendia-se que a analogia não podia ser legitimada nem praticada senão como um modo de interpretação pura da lei, impugnando-se a

sua inclusão entre as fontes do direito. Analysando, subtilmente, o processo scientifico da analogia, a doutrina allemã vinha, porém, com Thöl, mostrar a distincção entre ella e a interpretação propriamente dita; com Wächter, insistir sobre o character mixto da analogia, em que, todavia, continuava, em logar preferente, a ideia de interpretação da lei; e, finalmente, com Windscheid (1), sustentar que a analogia apparece como um processo intermedio entre a interpretação propriamente dita e a criação do direito. «Por um lado, diz este escriptor, apoia-se na lei escripta, na qual encontra a sua base essencial, e pôde dizer-se que, em virtude da hypothese da unidade organica, visa a supprir a deficiencia do pensamento legislativo e a preencher as lacunas da sua formula; por outro, analysando o espirito geral do systema juridico e as novas relações que se apresentam á observação, para integral-as no quadro d'este systema, eleva-se necessariamente acima dos textos, procurando e formulando os principios susceptiveis de receber, na fórma de novas regras, novas adaptações».

(1) *Pandekten* cit., t. I, pag. 54 e segg.

Não parou aqui a evolução da doutrina allemã. Negando todo o valor á ficção de que o direito positivo constitue, por si só, um systema completo, com o poder de auto-integração, chegava a fazer da analogia um instrumento independente de elaboração juridica: a analogia não opéra com a lei senão considerando-a como elemento objectivo da nossa organização social, absolutamente destacada da vontade subjectiva do legislador, tendo em si mesma, valor proprio, e constituindo, no seu conjuncto, a organização juridica positiva (1).

Mas, se é de repellir, por excessiva, a doutrina de que o poder da analogia provém directa e exclusivamente da vontade do legislador, devendo, por consequencia, ir unida á lei escripta, tambem julgamos inadmissivel a theoria, tão vigorosamente apoiada por Geny, da autonomia absoluta da analogia, tão visinha da opinião, emitida por Regelsberger (2), de que a força criadora da analogia deve, em ultima analyse, entender-se consagrada pelo costume.

(1) Vej Charles Brocher, *Études sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, pag. 147 e segg.

(2) Vej. Géný, *Método de l'interprétation* cit., pag. 521.

Nas suas applicações, a analogia passa por uma verdadeira hierarchia, que vae da pura interpretação da lei escripta, da decisão analogica de uma disposição legal isolada, até á generalisação dos principios que dominam toda a moderna organisação juridica.

Consideraria o nosso legislador a analogia como simples processo de interpretação juridica ou adoptaria, tambem, a analogia como fonte subsidiaria de direito ?

O artigo 16.º do Codice civil declara que, «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 circumstancias do caso». Ora, se a analogia é, com effeito, um elemento de interpretação das leis. como veremos, emquanto referida a leis da mesma natureza, constitue verdadeiro direito subsidiario, quando referida a leis de natureza diversa, como no caso do direito civil, nos termos do referido artigo.

E, como tambem teremos occasião de ver, a expressão «*outras leis*» comprehende

todas as normas de direito positivo, todas as leis patrias em vigor, a fóra o código civil (1).

f) *Direito natural* — Se a equidade é principio vago e indefinido, a que não deve recorrer-se nos casos omissos, o mesmo succede com o direito natural. Em todos os tempos e entre todos os povos, se cultivou a ideia de um *jus naturae*, isto é, de um direito fundado na constituição mesma das cousas, antes que no *placitum* dos legisladores. Por via diversa se chegou a esta ideia: ora, observando-se a força de certas regras de direito vigentes entre povos os mais remotos; ora, pelo contrario, reconhecendo-se a necessidade de coarctar o arbitrio dos imperantes e dos juizes mediante o recurso a uma ordem de verdades não escriptas. Diferentes foram, porém, as fórmulas por que se demonstrou a auctoridade d'este direito, umas vezês apresentado como traducção da vontade divina, outras deduzido analyticamente da razão humana, outras considerado como um reflexo e uma consequencia

(1) Sr. Dr. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de jurisprudencia* cit., pag. 103 e segg.

das leis physicas da vida. E tambem a relação entre as maximas do direito natural e as normas juridicas positivas foi variamente concebida, segundo a diversa orientação especulativa e segundo os differentes momentos historicos, já vendo-se entre as duas ordens de determinações uma divergencia irreductivel, já uma differença entre genero e especie, já reconhecendo-se n'ellas simplesmente o duplo aspecto de uma mesma realidade. Deve-se, todavia, notar que, em verdade, a divergencia foi, muitas vezes, mais profunda nos methodos e nos argumentos, do que nas conclusões finaes: basta accentuar a conhecida coincidencia das formulas juridicas de Kant e Spencer (1).

(1) Segundo Spencer (*Justice*, trad. par Castelot, 1903, pag. 38 e segg.), o principio fundamental do direito é «a liberdade de cada um limitada sómente pela igual liberdade dos outros»; d'onde a fórmula: «todo o homem é livre de fazer o que quer, comtanto que não lese a liberdade igual de nenhum outro homem», analoga á de Kant (*Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. par Barni, 1853, pag. xi e segg.): «age externamente de modo que o livre uso do teu arbitrio possa coexistir com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal». A profunda diversidade do conceito de liberdade apresentado

Certo é, porém, que os esforços da propria escola positiva, para dar uma base scientifica ao direito natural, considerando-o como um systema de garantias das condições de existencia que derivam da natureza humana naufragaram ante a impossibilidade de estabelecer um criterio seguro para a determinação d'essas condições.

Com razão escreve, pois, o Sr. Dr. Chaves e Castro (1) que «mandar recorrer ao direito natural para supprir os casos omissos é lançar os tribunaes na incerteza, e arvorar a arbitrariedade em supremo julgador».

O nosso Codigo civil admite, entretanto, no artigo 16.^o, como direito subsidiario, os principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso. Mas, se não se póde dizer que esta fórmula do direito sub-

por Kant e Spencer dão, comtudo, ás duas fórmulas um significado não perfeitamente homogeneo. Vej. Anzilotti, *La scuola del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea*, 1892, pag. 13 e segg.; Falchi, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, apud *Rivista di filosofia e scienze affini*, t. v, 1903, pag. 160 e segg.; Groppali, *Il problema del fondamento intrinseco del diritto nel positivismo moderno*, 1905, pag. 59 e segg.

(1) *Estudo cit.*, pag. 14.

sidiario do direito civil resolva todas as difficuldades e incertezas, tem a vantagem de traduzir o espirito do Codigo civil, em grande parte baseado nos principios da escola do direito natural (1). E, não mandando o legislador applicar os principios de direito natural, em toda a sua pureza, mas conforme as circumstancias do caso, tem o juiz que attender a todas as condições que um dado caso reveste e, portanto, ás condições do país e ao espirito das leis patrias. Com tal elasticidade, os principios de direito natural, a que se refere o artigo 16.º, confundem-se com os principios geraes de direito, na accepção em que esta expressão é tomada pelos jurisconsultos.

g) *Principios geraes de direito*—Diverso tem sido o alcance assignado ao principios geraes de direito pelos jurisconsultos. Assim, ao passo que Giorgi considera equivalentes as expressões principios geraes de direito e

(1) Para o auctor do *Projecto do codigo civil*, o direito natural era representado por principios immutaveis e necessarios, que emanam da relação entre os fins e os meios de existencia de cada ser ou da propria natureza humana. Vej. Antonio Luiz de Seabra, *A propriedade*, pag. 44.

principios da equidade natural; Saredo (1) e Bianchi (2) entendem que um conceito complexo está contido n'aquellas palavras, conceito que integra as regras fundamentaes do direito publico, as regras do direito privado, emquanto são geraes, e as tradições legislativas, que inspiram o direito vigente; e Mazzoni (3) define-os as theorias do direito, formadas com o auxilio da abstracção feita sobre cada instituição ou sobre a legislação toda.

Qualquer que seja, porém, a noção apresentada, sempre por principios geraes de direito devemos entender os que dominam (*der leitende Gedanke*) e servem de base á formação das normas relativas a uma instituição ou a um determinado grupo de relações sociaes: constituem o motivo e o fundamento juridico da lei, a *ratio juris*. Estes principios geraes são fixados pelo estudo philosophico do direito, servindo-se dos materiaes de analyse e de synthese fornecidos pelo conhecimento do direito vigente,

(1) *Trattato delle leggi*, vol. I, pagg. 426 e 427.

(2) *Principii generali sulle leggi cit.*, pagg. 13-19.

(3) *Istituzioni di diritto civil italiano cit.*, t. I, pag. 5.

das tradições legislativas que, por qualquer forma, o preparam, e dos fins economico-sociaes a que a lei quiz prover (1).

Por elles se deverá dirigir o juiz na resolução dos casos omissos.

E se diversa da que se acha consignada no direito suíço, — segundo o qual, na falta de um texto legal applicavel, o juiz deve decidir segundo o direito consuetudinario; na falta d'este, segundo as regras consagradas pela doutrina e pela jurisprudencia, devendo, quando lhe não seja possível recorrer a alguns d'estes factos, applicar as mesmas regras que formularia, se exercesse as funções de legislador (2) — é a doutrina do artigo 16.º do Código civil português,

(1) A expressão *principios geraes de direito* é tomada em um duplo sentido, distinguindo-se dos *principios geraes de direito*, universaes em *jurisprudencia*, os *principios peculiares do direito positivo de certo e determinado povo*. Á primeira categoria pertencem, entre outros, os preceitos dos artt. 11.º e 13.º do Código civil; á segunda os *principios do governo da familia pela familia, do trabalho livre, das restricções do direito de propriedade em beneficio da agricultura, do predomínio do interesse geral sobre o particular, do desfavor das segundas nupcias*, etc.

(2) *Projecto do código civil suíço* de 28 de maio de 1904, art. 1.º.

indubitavel é que o juiz não poderá deixar de ter em consideração, como nota o Sr. Dr. Guilherme Moreira (1), as regras fixadas pelos costumes, pela doutrina e pela jurisprudencia, apesar de a taes regras não ter sido attribuido o caracter de direito objectivo.

(1) *Instituições* cit., pag. 34.

CAPITULO III

Fontes do direito civil português

20. — Direito civil português: génese historica.

«O phenomeno geral do costume, diz Sheldon Amos (1), constitue o antecedente immediato da verdadeira lei e existe sempre a par d'ella, completando-a e reformando-a». Com effeito, a fixação dos usos na lei escripta não importa, em geral, a derogação dos que ella deixou de fixar, se não lhe forem contrarios, nem impede que os novos costumes, que se vão formando e definindo a par da lei, tenham ou venham a ter força obrigatoria e sejam confirmados em novas leis. Estas vão apparecendo successivamente, até que a natural difficuldade suscitada pela applicação e observancia de disposições variadissimas torna necessario systematisal-as nos *codigos*. Uma tal systematisação não se fez, todavia, de salto: as *Compilações*, as *Ordenações*, as *Consolidações*, e os *Digestos* preparam e facilitam a transição das leis escriptas para os

(1) *The science of law*, 1881, pag. 48; Sr. Dr. Azevedo e Silva, *Commentario ao novo codigo commercial português*, 1888, fasc. I, pag. 54.

codigos. Desempenhando a função eminentemente progressiva de vivificar e rejuvenescer o direito escripto, de completal-o, reformal-o e dar-lhe flexibilidade, o costume subsiste parallelamente a elle.

Tal o que se observa na formação do direito civil portuguez, em que vemos concorrerem simultaneamente o direito germanico, o direito consuetudinario, cada vez mais subordinado a typos geraes, o direito canonico e, finalmente, o direito romano.

a) *Direito germanico*.— As leis e tradições visigothicas, que o dominio dos sarracenos na peninsula não conseguiu obliterar, constituem, por via do codigo visigothico, fonte importante do direito civil (1), nos primei-

(1) O codigo visigothico foi publicado sob o titulo de *Codex legum visigothorum* nos *Portugaliae monumenta historica*, vol. I, *Leges et consuetudines*. Vej., quanto a testemunhas e testamentos, o livro II (*De negotiis causarum*); quanto ás condições necessarias para as nupcias, o livro III (*De ordine conjugali*); relativamente ao parentesco, successões, tutores e pupillos, expostos e filhos naturaes, o livro IV (*De origine naturali*); quanto ás doações em geral, doações dos patronos, trocas e vendas e penhor, o livro V (*De transactionibus*); quanto á divisão das terras, marcos e limites, o livro X (*De divisionibus et annorum temporibus atque limitibus*).

ros tempos da monarchia. E importa não esquecer que, como nota Fustel de Conlanges (1), em quasi todas as sociedades existe, ao lado de uma ordem legal representada nos codigos, uma outra ordem extra-legal que, embora muitas vezes em contradicção com aquella, não deixa, por isso, de ter egual força: tal o que succedeu relativamente a muitos costumes de origem germanica, que, a despeito de reprovados pela lei escripta, foram transmittidos ás gerações seguintes. N'este caso, muitos costumes referentes á divisão das terras.

Certo é, porém, que o direito germanico não póde considerar-se fonte precipua do direito portuguez. Se a observancia das leis romanas, durante o periodo das invasões barbaricas, e o poderoso movimento de renascimento do direito romano, pela acção da escola de Bolonha, impedira os progressos do direito germanico, entre nós, o direito consuetudinario desde muito cedo o obliterára. Com o desinvolvimento da legislação geral, cuja existencia é incontestavel

(1) *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, t. I, 1889, pag. 211.

no reinado de Affonso II, deixou de ser citado nos documentos. A sua influencia fica sendo muito limitada e indirecta.

- b) *Direito consuetudinario* — A jurisprudencia medieval é caracterisada pelo predominio do direito consuetudinario sobre a lei commun. E entre nós não teve aquelle simplesmente como função excluir a legislação goda escripta de caracter geral: tambem se revelou em *fóros*, com caracter local, que geralmente representavam o direito privado dos concelhos (1). A principio, os costumes eram a lei tradicional; e só depois de regularem, na praxe, por mais de um ou dois seculos, os actos da vida civil nos municipios, é, que, porventura, como nota Herculano (2), foram reduzidos a es-

(1) Não obstante conterem os *foraes* sobretudo disposições de direito publico, não faltam n'elles, absolutamente, preceitos de direito privado.

Vej. Sr. Dr. Gama Barros, *Historia da administração publica* cit., t. I, pag. 36. Sobre a significação das palavras *fôro* e *foral*: Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, t. IV, 1887, pag. 49 e segg.

(2) *Portugaliae monumenta historica*, tomo cit., pag. 740 e segg.

cripto. São os costumes os monumentos historicos que melhor nos fazem conhecer, as relações juridicas da vida civil, no primeiro periodo da nossa idade media; e tão fundamente elles se radicaram que o seu predominio estende-se ainda além do desaparecimento das causas que os haviam determinado.

O costume perde o seu character local com o desinvolvimento, desde o seculo xv, da legislação geral; para esta se transfundiu não só a jurisprudencia consuetudinaria filiada em antigas tradições juridicas, da mais varia origem, mas tambem a estabelecida pelos estatutos municipaes e pelas decisões dos magistrados (1).

- c) *Direito canonico* — Saliente é o predominio do direito canonico, na monarchia portuguesa, desde a sua fundação. Em antithese o direito canonico e o direito romano, disputam-se o campo os legistas ou interpretes d'este e os decretistas ou interpretes do primeiro. Prevalece como lei principal o

(1) Cfr. *supra*, n.º 11.

direito romano (1), ficando o direito canonico como lei reguladora de materias espi-rituaes ou mixtas (matrimonio, juramento, etc.) e como lei subsidiaria ou de complemento do direito civil. Em virtude de motivos de ordem vária, os tribunaes ecclesiasticos vieram, porém, a decidir uma grande quantidade de causas ainda puramente civis, formando-se, assim, uma extensa jurisprudencia canonica modificadora de alguns institutos juridicos romanos.

A antithese entre o direito romano e o direito canonico desaparece, no seculo XIV, em que os jurisconsultos se mostram propensos a fazer penetrar no esphera do primeiro regras collhidas do *Corpus juris canonici*.

Assim succedeu. É, pois, natural que ao direito canonico se vão filiar algumas disposições do nosso direito civil.

(1) Nas côrtes de Coimbra, de 1211, estabeleceu-se que «não valham as leis contra os direitos da Santa Igreja de Roma»; mas esta superioridade do direito canonico, nos termos genericos em que parece ter sido decretada, pôde suppôr-se, diz o Sr. Dr. Gama Barros (*Historia da administração publica* cit., pag. 59), antes uma aspiração do clero do que uma realidade.

d) *Direito romano* — A tradição jurídica romana mantém-se na península durante toda a idade media. Por intermedio do código visigothico exerceu o direito romano antejustiniano influencia em Portugal desde a fundação da monarchia.

Estudado na Italia desde o século vi (1) e reconduzido mais directamente aos textos romanos por Irnerius e seus successores, tambem o direito romano reformado foi introduzido entre nós, abundando os vestigios da sua applicação nas leis geraes e nos costumes do século xiii. Recebido como *direito commum*, veio elle a constituir a principal fonte do direito nacional, a cujas normas servia de modelo, prestando elementos para a sua interpretação e servindo de direito subsidiario nos casos omissos (2).

(1) Ácerca da sobrevivencia, através de toda a idade media, de uma sciencia do direito romano, vej. Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen-âge*, 1890, pag. 3 e segg.

(2) Chegou a publicar-se um extracto em vulgar do código de Justiniano, acompanhado da glosa de Accursio e dos commentarios de Bartholo, que se decretou como código nacional. Vej. *Portugaliae monumenta historica*, vol. I, pag. 148.

Uma vasta e laboriosa interpretação doutrinal do *Corpus juris civilis* modernizou o direito romano, preparando-o para base do hodierno direito. E a nossa logica juridica, o technicismo do nosso direito e a propria terminologia derivam do direito romano.

Com estes elementos, aos quaes as *Partidas* ou *Ordenações* castelhanas (1) veem juntar certas disposições particulares, se compõem, em 1446, as *Ordenações Affonsinas*, revistas no século seguinte e refundidas por D. Manoel (1512 ?), que, reformando a legislação foraleira, reduziu á unidade o corpo de direito nacional (1517 e 1521). Era a consequencia da unificação do poder, do desinvolvimento da nação portugueza pela centralisação.

21. — Tentativas de reforma da legislação civil.

Nas côrtes de Lisboa de 1641 requereram os procuradores dos concelhos a formação de um novo codigo civil. As *Ordenações* compiladas por mandado de Filippe I, «para emendar a confusão das leis e obter a estima dos portuguezes», nem

(1) Sobre a influencia das *Siete Partidas* de Affonso X na legislação portugueza, vej. Sr. Dr. Gama Barros, *Historia da administração publica* cit., t. 1, pag. 65 e segg.

representavam, diz o Dr. Dias Ferreira (1), as necessidades da epoca, nem eram já accomodadas á civilisação dos povos.

Não foi, porém, attendido aquelle requerimento feito em côrtes; e, ao contrario, foram aquellas *Ordenações* confirmadas por D. João IV, que as mandava guardar «emquanto as circumstancias da guerra não permittiam cuidar de uma nova recopilação» (2).

As multiplicadas providencias, que successivamente se forem promulgando, e, sobretudo, as largas reformas do marquez de Pombal, que, «inspiradas no desejo de restituir ás leis patrias a dignidade e consideração, que até ahi lhes tinham negado», alteraram profundamente a jurisprudencia civil (3), especialmente na parte mais ligada com

(1) *Codigo civil portugûes annotado*, cit., pag. v.

(2) Lei da confirmação das *Ordenações* de 29 de janeiro do 1643.

(3) Foram proscriptas, diz Coelho da Rocha (*Ensaio* cit., pag. 199), as antigas maximas do direito romano sobre testamentos, seguidas pelas *Ordenações*; e consignou-se o novo principio de que as successões legitimas eram as mais conformes com a razão, e portanto as que, em duvida, deviam ser favorecidas. Impoz-se aos senhores directos a obrigação de renovar os prazos de vidas, não só em favor dos ascendentes e descendentes, mas ainda dos collateraes do ultimo possuidor, quaesquer que fossem as clausulas da emphyteuse.

a organização administrativa e politica, tornaram urgente uma nova codificação do direito civil.

Com o fim de pôr termo á confusão das leis, criava-se em 1778 uma junta de jurisconsultos encarregados de examinar as leis extravagantes e coordenar um novo código (1), e cujos trabalhos, em que ha a notar a revisão das materias relativas a testamentos, successões, morgados e tutelas, não chegaram a ser aproveitados.

Cinco annos depois (2), era encarregado o grande jurisconsulto Paschoal José de Mello Freire da reforma dos livros II e V das *Ordenações do reino*, o qual concluiu os seus trabalhos, sendo nomeada uma commissão para proceder á sua revisão.

Invocando-se as numerosas providencias legislativas, que continuavam a ser publicadas avulsas (3), era apresentado nas côrtes constituintes de 1821, em sessão de 8 de fevereiro, um projecto

(1) Decreto de 31 de março de 1778. A revisão do novo código foi determinada por decreto de 3 de fevereiro de 1789. Sobre as differentes fórmulas das leis d'este tempo, vej. Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, t. I, 1839, pag. 5 e segg.

(2) Aviso de 22 de março de 1783.

(3) É notavel a lei de D. Maria I, em que se declararam nulos os esponsaes e foi prohibida a celebração de nupcias de filhos familias, sem o consentimento de seus paes ou tutores.

de decreto para a formação do novo código civil; e, no anno seguinte, em sessão de 27 de agosto, deliberou-se offerecer o premio de doze contos de reis e uma medalha de honra ao auctor do projecto que as côrtes approvassem (1).

As alterações legislativas, em resultado dos acontecimentos de 1820, e as revogações que d'ellas se fez depois em 1823 tornavam cada dia mais urgente a necessidade do novo código civil.

As ordenações, que continham não só disposições de direito civil, mas de direito criminal, publico, administrativo, fiscal e ecclesiastico, e de processo, haviam-se tornado incompativeis com a nova organização da sociedade e com os principios proclamados pela revolução liberal; e, reconhecendo essa incompatibilidade, o dador da Carta Constitucional consignava, entre os direitos individuaes outorgados aos cidadãos portuguezes pela constituição fundamental, a promessa de que se organisaria, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade (2).

(1) Decreto de 13 de setembro de 1822, publicado na Carta de lei de 16 do referido mês. Vej. Thomaz Ribeiro, *Historia da legislação liberal portuguesa*, t. II, 1892, pag. 136.

(2) Carta constitucional, art. 145.º § 17.º.

Em 1835 (1) de novo se offerceceu um premio a quem apresentasse até 10 de janeiro de 1837 um projecto do codigo civil, que merecesse ser approvado, e, volvidos dez annos (2) era nomeada uma commissão encarregada de redigir os codigos civil e penal, chamando-se, porém, a sua attenção especialmente para este. Nenhum trabalho fez a respeito do codigo civil.

22. — Organização do projecto do codigo civil.

Infructiferas as tentativas de reforma, que vimos de indicar, foi encarregado de elaborar um projecto do codigo civil o eminente jurisconsulto e magistrado Antonio Luiz de Seabra, mais tarde Visconde de Seabra (3).

No mesmo decreto foi nomeada uma commissão incumbida de rever e examinar, juntamente com o auctor do projecto do codigo, os trabalhos por elle apresentados e dar sobre elles o seu parecer (4). Os membros d'esta commissão ainda se reuniram em Coimbra, em 1850, e em differentes sessões

(1) Decreto de 25 de abril de 1835.

(2) Decreto de 10 de dezembro de 1845.

(3) Decreto de 8 de agosto de 1850.

(4) Era composta dos Drs. Vicente Ferrer Netto Paiva, Manoel Antonio Coelho da Rocha, Joaquim José Paes da Silva e Domingos José de Souza Magalhães.

discutiram o plano geral do projecto do codigo e um quadro das materias conformes a esse plano, revendo 490 artigos; mas esse trabalho não proseguiu, resolvendo o visconde de Seabra elaborar por si só o projecto e apresental-o só depois de completo.

Em sessão do camara dos deputados de 22 de junho de 1855 mandou o visconde de Seabra para a mêsá tres exemplares da primeira parte do codigo civil, que se occupava do estado das pessoas, comprehendendo 14 titulos e 381 artigos, e, tres annos depois, apresentava ao governo todo o projecto do codigo, para cuja revisão e exame era nomeada uma comissão (1), de que tambem faziam parte os membros da anterior, excepto o Dr. Coelho da Rocha, que havia fallecido.

(1) Decreto de 12 de julho de 1858. Eram nomeados de novo: Abel Maria Jordão de Paiva Manso, Alexandre Herculano, Antonio de Azevedo Mello e Carvalho, Antonio Gil, Antonio de Oliveira Marreca, Francisco Antonio Fernandes da Silva Ferrão, Francisco Jeronymo da Silva, João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Martens, Joaquim Philippe de Soure, Joaquim José da Costa Simas e Levy Maria Jordão.

Por decreto de 26 de junho de 1860 foram nomeados para fazer parte da referida comissão Rodrigo Nogueira Soares, Vicente Ferreira Soares, José Antonio Ferreira Lima e José Julio de Oliveira Pinto.

E, para que nada faltasse para a possível perfeição de tão importante trabalho, enviou-se o projecto do código civil á Universidade, aos tribunaes de justiça, ao Conselho de Estado, á Academia Real das Sciencias e á Associação dos Advogados de Lisboa, para que offerecessem, pela secretaria de estado dos negocios da justiça, quaesquer emendas, substituições ou additamentos, de que entendessem que o projecto carecia (1).

A comissão encarregada de rever o projecto iniciou os seus trabalhos em 9 de março de 1860, e no dia 30 de agosto de 1865 reunia-se, pela ultima vez, a grande comissão revisora, tendo-se constituido uma pequena comissão (2) a fim de dar ao projecto do código a ultima redacção.

Da revisão, que aliás melhorou e completou em muitos pontos as disposições do projecto, não se tiraram, porém, escrevia o Dr. Dias Ferreira (3), todos os resultados que eram de esperar dos profundos conhecimentos juridicos e larga experiencia do fôro dos vogaes da comissão, por se terem levantado entre elles divergencias litterarias. Uma questão de methodologia, que no entender do vis-

(1) Portaria de 12 de julho de 1858.

(2) Composta por Vicente Ferrer, Seabra, Alexandre Herculano José Julio de Oliveira Pinto.

(3) *Código civil anotado* cit., pag. VII e VIII.

conde de Seabra, influiu fundamentalmente no contexto e organização da sua obra, deu até em resultado a sua saída da comissão: tal foi a questão determinada pela eliminação, pela comissão revisora, da materia das acções, que constituia o objecto dos titulos I a IX do livro II da parte IV do codigo (1).

Depois de revisto, foi o projecto apresentado ás côrtes, sendo approvedo quasi sem discussão nem alterações, excepto na parte relativa ao casamento civil, em que se estabeleceu, aliás, só apparentemente, o principio de que esta fôrma de casamento é só para os não catholicos.

Pela carta de lei de 1 de julho de 1867 era o projecto do codigo civil portuguez convertido em lei do país.

23. — Fontes do codigo civil.

As fontes de que se serviu o visconde de Seabra, na organização do seu projecto do codigo civil, foram:

- a) as Ordenações do Reino;
- b) a legislação extravagante, designadamente a

(1) Vej. *Actas das sessões da comissão revisora cit.*, pagg. 422, 425 e 427.

do reinado de D. José e a legislação posterior a 1832 ;

- c) o direito romano e canonico ;
- d) as obras dos jurisconsultos ;
- e) os codigos modernos.

Ao tempo da publicação do Codigo civil vigorava, como fonte de direito com força de lei, além das *Ordenações Philippinas*, que, no livro IV, continham quasi todas as disposições de direito civil, a legislação *extravagante*, isto é, a posterior ás ordenações e que não foi colleccionada authenticamente (1), os *assentos* da Casa da Supplicação e o direito consuetudinario.

(1) Esta legislação abrangia :

- 1) *Leis*, *Cartas de lei* ou *cartas patentes*, nas quaes se expediam as providencias que deviam ter effeito permanente de mais de um anno ;
- 2) *Alvarás*, pelos quaes se expediam as providencias cujo effeito não devia durar mais de um anno, excepto quando continham mercês ;
- 3) *Cartas regias*, que muitas vezes continham providencias legislativas ;
- 4) *Decretos*, que continham providencias cuja execução se prescrevia a determinadas auctoridades e repartições ;
- 5) *Resoluções de consultas* — confirmações ou desappro-

Como fontes subsidiarias, recorria-se: ao direito romano, que constituia a fonte mais copiosa da jurisprudencia civil portugueza; ao direito canonico; aos escriptos e opiniões dos jurisconsultos; aos arestos dispersos pelas obras dos praxistas; e ás leis e codigos mais acreditados das nações modernas.

D'entre estes, indicaremos:

- 1) Codigo da Baviera (*Codex maximilianeus bavaricus civilis*), publicado em 1756, e que era mais um tratado de jurisprudencia, em que se dava a solução de questões duvidosas e controvertidas, do que um codigo propriamente dito;
- 2) Codigo da Prussia (*Allgemeines Landrecht für*

vação que o rei dava aos processos e propostas dos tribunaes;

- 6) *Provisões dos tribunaes*, contendo providencias obrigatorias nos objectos da competencia d'estes;
- 7) *Avisos e Portarias das secretarias de Estado*, que estas expediam como ordens verbaes do rei.

Vej. Liz Teixeira, *Curso de direito civil português*, Parte I, 1856, pag. 24 e segg.; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, t. I, 1857, pag. 18 e segg.; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal* cit., pag. 2 e segg.

die preussischen Staaten), promulgado em 5 de fevereiro de 1794, por cartas patentes de Frederico Guilherme;

3) Código francês (1), que consta de 36 leis suc-

(1) *Code civile des français*, na edição de 1804; *Code Napoléon*, na de 1807; *Code civil*, na de 1810. A designação de *Code Napoléon* foi restabelecida por decreto de 27 de março de 1852, e em 4 de setembro de 1870 substituída pela de *Code civil*.

O código civil francês penetrou em numerosos países, já imposto por Napoleão aos povos vencidos, já devido á sua força natural de expansão.

a) Entre os países em que o código francês foi introduzido, seguindo a sorte das armas de Napoleão, podemos distinguir:

- 1) Países anexados: Belgica, Luxemburgo, Palatinado, Prussia Rhenana, Hesse Darmstadt, Genebra, Saboia, Piemonte, ducado de Parma e Placencia;
- 2) Países submettidos ao imperio do código em virtude das victorias das armas francesas: Italia (1806), Hollanda (1810), Departamentos Hanseaticos (1810), Gran-ducado de Berg (1811);
- 3) Países que adoptaram voluntariamente o código francês: Westphalia (1808), Napoles (1808), Hanover (1810), Gran-ducados de Bade, Francfort e Nassau, Dantzig, Gran-ducado de Varsovia, provincias illyrias.

b) Pela sua força de expansão, o código civil francês,

cessivamente promulgadas e que foram incorporadas em virtude da lei de 30 ventôse anno XII (21 de março de 1804);

4) Código austriaco, sancionado em 7 de julho de 1810 e promulgado em 11 de junho de 1811;

5) Código sardo, publicado em 1838.

Consultados por numerosos juriconsultos patrios, que, frequentemente, a elles se referem (1),

com modificações mais ou menos sensíveis, penetrou em muitos dos países de raça latina: Hespanha (1889), Italia (1866), d'onde fôra excluído com o desastre da tentativa napoleonica — á excepção de Napoles, Romania (1865), as republicas da America do Sul, sobretudo, a Bolivia (1845), o Uruguay (1869), e a Republica Argentina (1871; reformado parcialmente em 1883), etc.

Sobre elle foram ainda elaborados o código de Vaud (1819), o das Duas-Sicilias (1819), o da Luisiania (1824), o de Haïti (1825), de Friburgo (1834), de Valais (1853), dos Paizes-Baixos (1838), das Ilhas Jonias (1842), de Neufchâtel (1855).

Veja. Planiol, *Traité cit.*, t. I, pag. 52 e segg.; Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique, etc.*, 1884, pag. 15 e segg.

(1) O código da Prussia apparece citado, pela primeira vez, em Gouveia Pinto (*Tratado dos testamentos*); o código francês é mencionado por Almeida e Souza (Lobão) nas suas ultimas obras; os dois são referidos, com grande

foram estes codigos, não raro, utilizados pelo auctor do projecto do codigo civil. A elles, como ao projecto de codificação da legislação civil hespanhola, de 1851 (1), e ainda aos trabalhos mais importantes dos jurisconsultos francezes sobre o codigo civil, será necessario recorrer para a interpretação de algumas disposições do nosso codigo.

24. — Trabalhos preparatorios do codigo civil.

Além de diversas edições do codigo civil, antes de ser convertido em lei do país (2), e das actas

frequencia, por Correia Telles (*Digesto português*); e Coelho da Rocha (*Instituições de direito civil*), utiliza-se d'elles e dos codigos austriaco e sardo.

(1) Vej. Garcia Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del codigo civil español*, 1852.

(2) Do projecto do visconde de Seabra, foi, em 1857, publicada a primeira parte, sob o titulo *Projecto do codigo civil português*; em 1858, apparecia o *Codigo civil português, projecto redigido por Antonio Luiz de Seabra*; em 1859, a segunda edição d'este.

Do projecto do codigo, revisto pela commissão revisora, ha tres edições: a de 1863, a de 1864 e a de 1865.

D'estes, é apreciavel a edição de 1863, onde, junto de cada artigo examinado e revisto, se encontram apontados os artigos correspondentes do projecto do visconde de Seabra. Traz em nota algumas resoluções da commissão. O projecto foi revisto tres vezes pela commissão, sendo a primeira revisão feita sobre o projecto de 1859, a segunda sobre a edição do projecto de 1863 e a terceira sobre a edição do projecto de 1864.

das sessões da comissão revisora (1), alguns trabalhos se publicaram ácerca do projecto do código, que constituem elementos aproveitáveis para a interpretação de algumas disposições do código (2).

(1) *Actas das sessões da comissão revisora do projecto do código civil português*, 1869.

(2) Publicaram-se os seguintes trabalhos:

Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Observações sobre a 1.ª parte do Projecto do código civil português*, 1857.

Antonio Luiz de Seabra, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho — Trabalho sobre a 1.ª parte do Projecto do código civil português*, 1858.

Moraes Carvalho, *Resposta á 1.ª apostilla do sr. Antonio Luiz de Seabra*, 1858.

Seabra, *Apostilla n.º 2 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho*, 1858.

Moraes Carvalho, *Resposta á 2.ª apostilla do sr. Antonio Luiz de Seabra*, 1859.

Seabra, *Apostilla n.º 3 á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho*, 1859.

Augusto Teixeira de Freitas, *Nova apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do código civil português*, 1859.

Seabra, *Novissima apostilla em resposta á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projecto do código civil português*, 1859.

Vicente Ferrer Netto Paiva, *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do código civil*, do sr. Antonio Luiz de Seabra, 1859.

Seabra, *Resposta ás reflexões do sr. Dr. Vicente Ferrer*

Mas se o auctor do projecto apenas nos fornece esclarecimentos sobre alguns pontos especiaes nas varias apostillas que publicou, não nos dando elementos para a intelligencia e combinação de diferentes artigos e provisões leaes do codigo, tambem a discussão no seio da commissão revisora foi completamente desaproveitada, porque das actas das suas sessões sómente consta a indicação

Netto Paiva, sobre os sete primeiros titulos do Projecto do codigo civil portugûes, 1859.

Joaquim José Paes da Silva, *Observações sobre o Projecto do codigo civil, 1859.*

Seabra, *Resposta do auctor do Projecto do codigo civil ás observações do Dr. Joaquim José Paes da Silva, 1859.*

Paes da Silva, *Novas observações sobre o Projecto do codigo civil, 1863.*

Antonio da Cunha Bandeira Pereira de Neiva, *Observações sobre o Projecto do codigo civil, 1860.*

Antonio Gil, *Brevissimas reflexões sobre o titulo 8.º do livro unico da 1.ª parte do Projecto, 1859.*

Devem notar-se ainda os jornaes juridicos que então se publicavam, — *A Gazeta dos Tribunaes, Jornal de Jurisprudencia* e *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, em que se encontram trabalhos importantissimos ácerca do nosso direito civil depois das tentativas, esforços e trabalhos dos poderes publicos para a sua regeneração legal.

Vej. Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre o codigo civil, 1871, pag. 5 e segg.*

summariada das propostas feitas e das resoluções tomadas. E nem o auctor do projecto, nem membro algum da commissão preparou um relatorio ou exposição dos motivos do codigo, que lhe servisse de commentario ou de esclarecimento.

A discussão parlamentar nenhuns subsidios nos ministra: discutido e votado em uma sessão da camara dos deputados, não teve o projecto fortuna diversa na camara dos pares (1).

25. — Alterações no antigo direito português.

Embora o codigo guardasse em geral o velho direito português, introduziu. elle alterações profundas em alguns pontos do nosso direito civil.

Mencionaremos:

- a) *Filiação e adopção.* — No direito anterior ao codigo, podia ser requerida a perfilhação, cujos alvarás eram expedidos pela secretaria do reino (2), tanto pelos paes, como

(1) Vej. *Diario de Lisboa*, de 1867, n.^{os} 145 a 148.^o. O parecer da commissão da camara dos deputados, de que foi relator o Sr. José Luciano de Castro, foi apresentado em sessão de 21 de junho, e o relatorio da commissão da camara dos pares em sessão de 26 de junho de 1867.

(2) A perfilhação era, nos termos da Ordenação (liv. I, tit. xxxiii, § 1.^o), concedida pelo Desembargo do Paço,

pelos filhos em vida dos paes ou depois da sua morte, e o requerimento devia ser instruido com escriptura, testamento ou qualquer outro documento authenticico, do qual constasse o reconhecimento do perfilhante e a vontade de perfilhar por auctoridade real, não se prescindindo, em caso algum, da audiencia dos filhos perfilhandos.

Podiam ser perfilhados quaesquer filhos bastardos, naturaes ou espurios, tivessem ou não os paes impedimento para casar; mas o alvará regio, confirmando o reconhecimento, não dava aos perfilhados direitos que pelas leis e costumes lhes não pertencessem, assim como não obstava a que a filiação fosse contestada, nos termos ordinarios, pelos interessados.

O codigo acabou com a intervenção da auctoridade publica na perfilhação, consi-

passando para os conselhos de districto pelo Codigo administrativo de 31 de dezembro de 1836 (art. 172.º § 3.º), e, para a secretaria do reino pela lei de 29 de outubro de 1840 (art. 31.º), expedindo-se os diplomas em conformidade com a portaria de 10 de dezembro do mesmo anno, substituida depois pelo regulamento de 29 de setembro de 1852.

derando-a como acto particular e de puro direito civil (1).

Deu o patrio poder sobre os filhos perfilhados aos paes que fizessem o reconhecimento voluntario (2); concedeu ás mães o patrio poder e o usufructo nos bens dos filhos, que o direito anterior lhes negava, ainda sob a influencia do velho preconceito de que a mulher era inferior ao marido na sociedade conjugal (3); admittiu os filhos perfilhados a concorrerem á successão dos paes com os filhos legitimos, ainda que com quota legitimaria desigual (4); e proscreeveu a velha distincção, que, a despeito da Carta constitucional, o uso do fôro ainda respeitava, entre filho natural de pae peão e filho natural de pae nobre.

Equiparou os sacrilegos aos que antigamente se chamavam puramente naturaes, por não considerar impedimento dirimente do casamento civil o voto religioso, deixando, assim, na classe dos espurios só os adulterinos e os incestuosos (5).

(1) Cod. civ., artt. 123.º e segg.

(2) Cod. civ., artt. 166.º e segg.

(3) Cod. civ., artt. 155.º e segg.

(4) Cod. civ., artt. 1785.º e segg.

(5) Cod. civ., artt. 1058.º e segg. e 122.º. Vej. Moraes

Tambem o Codigo proscreveu a adopção, de que havia vestigios na legislação anterior, e que permittia substituir a paternidade ficticia á paternidade natural, reconhecendo como filho por lei o que o não é por natureza.

b) *Casamento*. — Foi em materia de casamento que mais profundas alterações fez o codigo, quer negando á mulher o direito de se reservar em contracto ante-nupcial a administração dos bens, privando d'ella o marido (1); quer isentando-a de responsabilidade, em regra, pelas dividas contrahidas pelo marido, sem a sua expressa outorga (2); quer restabelecendo o casamento civil (3).

Quanto a este, escreve o Dr. Dias Ferreira (4): «Firmára a commissão revisora um principio eminentemente progressista, permittindo o casamento civil a todos os

Carvalho, *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo codigo civil portuguez na legislação anterior*, 1871, pag. 26 e segg.

(1) Cod. civ., artt. 1104.º, 1117.º, etc.

(2) Cod. civ., art. 1114.º.

(3) Cod. civ., artt. 1057.º, 1072.º e segg.

(4) *Codigo civil portuguez annotado* cit., t. 1, pag. IX.

portugueses, sem excepção, fossem ou não catholicos; e o corpo legislativo, atacando por meios indirectos e pouco francos a doutrina liberal da commissão sobre o casamento, substituiu a um systema, claro na redacção e avançado na doutrina, senão preceitos completamente reaccionarios, talvez peor do que isso, um systema de hesitação e de tibieza, que deixou de difficil ou de impossivel conciliação os artigos 1057.º a 1059.º, 1072.º, 1081.º e 1090.º do codigo.

Quem ler os artigos 1057.º e 1072.º conhece que o legislador quiz prohibir aos catholicos o casarem civilmente. Mas, chegando-se á leitura dos artigos 1081.º e 1090.º, vê-se logo que lhe faltou o animo para declarar nullo o casamento civil celebrado entre os catholicos, e que nem ao menos se atreveu a consignar o preceito de que o official do registo civil perguntasse aos contrahentes pela sua religião, tendo, aliás, obrigação de lhes fazer a leitura dos artigos 1056.º e 1057.º, onde se define o casamento e se determina que o casamento catholico é para os catholicos, e o civil para os não catholicos.

Quem ler os artigos 1058.º e 1059.º conhece, á primeira vista, que aos ligados por

impedimento de ordem ou de voto solenne é prohibido o casamento, tanto civil como catholico, mas que, se chegarem a casar civilmente, este casamento é válido. Porém, no artigo 1072.º, o legislador, sem ter a coragem de declarar absolutamente nullo o casamento celebrado contra as disposições do artigo 1058.º, e de revogar, assim, expressamente, o preceituado no artigo 1059.º, declara que produz todos os effeitos civis o casamento entre subditos portuguezes não catholicos, conformando-se com as disposições dos artigos 1058.º e outros.

Como, porém, o casamento não póde annullar-se por motivos de religião, subsiste ainda a duvida se é válido, em face da lei civil, o casamento dos individuos comprehendidos em o n.º 5.º do artigo 1058.º, feito pela fórma instituida na lei civil.

Merece ainda referencia a innovação em materia de casamento de menores ou pessoas a elles equiparadas: prohibindo, como já se estabelecera na antiga legislação, o casamento aos menores e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, emquanto não obtivessem o consentimento de seus paes, e, na falta d'estes, das pessoas

que os representam, na fôrma dos artigos 224.º n.º 18.º, 1058.º e 1061, o código afastou-se d'aquella, não admittindo recurso quer da concessão quer da denegação de licença (1).

- c) *Emancipação e maioridade.* — Ao contrario da legislação anterior, que estabelecia o principio de que só a maioridade dava ao cidadão o uso amplo dos seus direitos, e que a emancipação do menor representava uma simples auctorisação para reger a sua pessoa e administrar os seus bens (2), o código equipara o emancipado ao maior, consignando o principio generico de que «a emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens, como se fôra maior» (3).

(1) A lei de 6 de outubro de 1784, prohibindo os esponsaes celebrados sem escriptura publica e sem intervenção dos paes, tutores, ou curadores, providenciava, para o caso de recusa do consentimento, com o recurso ao Desembargo do Paço, e aos provedores e corregedores das comarcas, pelo modo n'ella prescripto, auctoridades estas depois substituidas pelos juizes de direito e relações (*Novissima Reforma Judiciaria*, artt. 85.º § 7.º e 346.º). Vej. Cod. civ., art. 1062.º.

(2) Decreto de 18 de maio de 1832, art. 65.º; *Novissima Reforma Judiciaria*, art. 458.º.

(3) Cod. civ., art. 305.º.

A epoca da maioridade, fixada aos vinte e cinco annos, pela legislação anterior (1), é assignada pelo codigo, sem distincção de sexo, aos vinte e um annos completos (2).

d) *Vendas a remir, sub-emphyteuse, censo reservativo, quinhão.* — Prohibiu o codigo para o futuro o contracto *de retrovendendo*, venda a remir ou venda a retro (3), que se verificava quando o vendedor estipulava quem podia rehaver a propriedade, restituindo ao comprador o preço dentro de certo periodo, e que constituíam uma fonte perenne de contractos usurarios.

E, no interesse da estabilidade e segurança dos contractos, proscreevou o codigo a acção de lesão (4), que, não sendo esti-

(1) Orden., liv. I, tit. LXXXVIII e liv. II, tit. CII; Decreto de 18 de maio de 1832, art. 62.º; *Novissima Reforma Judiciaria*, art. 453.º.

(2) Codigo civil, art. 311.º.

(3) Cod. civ., artt. 1586.º-1588.º.

(4) No antigo direito, podia rescindir-se por lesão a compra e venda (Orden., l. IV, tit. XIII, fr.) os contractos dos arrendamentos, aforamentos, escambos, transacções e quaesquer outras avenças, em que se dá ou deixa uma coisa por outra (§ 6.º), e a arrematação judicial, quando não fosse acompanhada das circumstancias referidas na Orden. cit., § 7.º.

pulada, não pôde hoje ser intentada, senão envolvendo erro que annulle o consentimento, nos termos geraes de direito (1).

No intento de libertar a terra de onus e encargos, que prejudicam a sua cultura e desinvolvimento, e, das complicações resultantes da divisão dos direitos, que constituem o dominio, prohibiu o codigo de futuro o contracto sub-emphyteuse (2), qualquer contracto de censo reservativo (3) e a con-

(1) Cod. civ., art. 1582.º. Vej. Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre o codigo civil — Rescisão do contracto de compra e venda por lesão e vícios redhibitorios, segundo o art. 1582.º do codigo civil portuguezs*, 1871, pag. 17 e segg.; Dr. Dias Ferreira, *Codigo civil portuguezs annotado* cit., t. IV, pagg. 48 e 49.

(2) Cod. civ., artt. 1701–1705.º. Pelo decreto com força de lei de 30 de setembro de 1892 foi revogado o art. 1781.º do Codigo civil, permittindo-se, em termos restrictos, o contracto de subemphyteuse.

Posteriormente, permittindo-se a constituição da sub-emphyteuse para aproveitamento de terrenos incultos, independentemente do sentimento do senhorio, quando o terreno desligado do praso seja dispensavel ao grangeio d'este, e revogou-se o art. 1657.º do Codigo civil na parte em que prohibia que se convencionasse laudemio nos empraçamentos de futuro. Vej. decreto dictatorial de 10 de janeiro de 1895.

(3) Cod. civ., art. 1707.º.

stituição de quinhões (1), ficando sujeita ás disposições que regem a propriedade commum a propriedade a cuja fruição fôr por qualquer modo dada esta ultima fórma.

Permittiu-se ao foreiro o direito de preferencia ou prelação, que pelo direito anterior só podia ser exercido pelo senhorio directo, e foi abolida a pena de commissio, como elemento natural do contracto emphyteutico, declarando-se nulla qualquer clausula em que se estipulasse aquella pena (2).

e) *Vinculos, prazos de vidas.* — Porventura, pelo receio de que a proposta para a abolição dos vinculos (3), compromettesse, quando

(1) Cod. civ., art. 2196.º.

(2) Segundo a Ordenação (Liv. IV, tit. XXXIX), era devolvido o dominio util ao senhorio, ainda na falta de estipulação, desde que o foreiro deixasse de pagar o fôro de dois ou de tres annos successivos, segundo o praso fôsse ecclesiastico ou profano, responsabilidade que não abrangia os herdeiros do emphyteuta, visto constituir uma pena. Vej. Cod. civ., art. 1671.º.

(3) Os *vinculos* — bens perpetuamente annexos a uma familia determinada, por uma fórma especial de successão, sem poderem ser divididos nem alienados — abrangiam os *morgados* e as *capellas*: aquelles, tendo por fim principal

n'elle consignada, a approvação do projecto, reservou o visconde de Seabra a materia vincular para uma lei especial. Mas a reacção do espirito publico contra as instituições do regimen feudal e a tendencia para acabar com as successões anormaes, levava, em breve, á publicação da lei de 19 de maio de 1863, que aboliu os vinculos em todo o territorio da monarchia (1).

Os prazos de vidas, especie de morgados irregulares, que passavam precipuos ao successor, chamado por nomeação do emphyteuta ou por vocação da lei, e cuja existencia era apenas justificada pela necessidade de ampliar o direito de testar do pae de familias, foram todos reduzidos a phateusins (2) na mão dos possuidores ao tempo

a conservação de lustre e nobreza de uma familia; esta, cujo fim é a expressão da piedade do instituidor. Vej. Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez* cit., t. II, pag. 390 e segg.; Almeida e Souza, *Tratado pratico de morgados*, 1807, pag. 48 e segg.

(1) Vej. Lei de 30 de julho de 1860.

(2) Era importante, no antigo direito, a differença entre prazos *perpetuos* ou *fateusins* e prazos *de vidas*. Aquelles duravam para sempre em poder dos *emphyteutas* ou seus representantes e estavam sujeitos ás mesmas regras que os bens livres, salva a divisibilidade por glebas, que só

da promulgação do código, respeitando-se, todavia, os transferidos irrevogavelmente com reserva de usufructo ou mesmo em disposição testamentaria, que só se tornariam phateusins em poder dos nomeados (1).

podia ter logar com o consentimento do senhorio. Estes eram concedidos sómente a certo numero de pessoas ou vidas, ordinariamente tres, findas as quaes, pela primitiva jurisprudencia, se devolviam ao senhorio; e podiam ser:

a) *de livre nomeação*: quando ao emphyteuta ficava livre nomear o successor que quizesse, ou esta liberdade lhe fôsse expressamente concedida na investidura, ou se subentendesse por n'ella se não inserir providencia em contrario (Orden., liv. IV, tit. XXXVI e XXXVII);

b) *de nomeação restricta ou de pacto e providencia*, quando não podiam ser nomeados senão em certa qualidade de pessoas e a nomeação dependia das clausulas insertas na investidura, que a Ordenação (liv. IV, tit. XXXVIII, § 2.º *in fine*) mandava guardar. Estes ainda se subsidiavam em:

1) *familiares puros ou de geração*, nos quaes a successão era restricta ás pessoas de familia, ou geração da primeira vida;

2) *familiares mixtos*, em que a nomeação só era livre na falta de filhos e descendentes do emphyteuta.

Vej. Dias Ferreira, *Código civil português annotado*, t. IV, pag. 108 e segg.

(1) Vej. Cod. civ., artt. 1696.º-1700.º.

f) *Successão*. — Relativamente á faculdade de dispôr por testamento, acabou o código com os codicillos, reconhecidos nas Ordenações do reino (1), assim como com duas fórm

(1) A differença entre o testamento e o codicillo estava em que o primeiro devia conter necessariamente a instituição de herdeiro, enquanto que o segundo era uma disposição de ultima vontade a favor de alguém, mas sem instituição de herdeiro. Vej. Orden., liv. IV, tit. LXXXVI, fr.

A legislação anterior ao código reconhecia varias fórm

- a) testamento *aberto* feito por tabellião publico, escripto nas notas (Orden., liv. IV, tit. LXXX, fr.);
- b) testamento *cerrado*, com instrumento de approvação (Orden. cit., §§ 1.º e 2.º; assento de 17 de agosto de 1811 e 10 de junho de 1817);
- c) testamento *por instrumento particular*, feito pelo testador, ou por outra pessoa privada, e assignado por seis testemunhas, devendo ser publicado depois da morte do testador por auctoridade da justiça (Orden. cit., § 3.º);
- d) testamento *nuncupativo*, ou por palavra, feito ao tempo da morte, com seis testemunhas, ficando nullo no caso de convalescer o testador (Orden. cit., § 4.º);
- e) testamentos de soldados e pessoas que morrem na guerra (Orden., liv. IV, tit. LXXXIII);
- f) testamento *marítimo* (Lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º);
- g) testamento *externo* (Lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º; Regulamento de 26 de novembro de 1851, art. 36.º).

de testamento, admittidas nos artigos 2094.º e 2095.º do projecto primitivo, uma das quaes se assemelhava ao testamento olographo da lei civil franceza, não exigindo a intervenção de official publico e tornando apenas necessaria a presença de tres testemunhas, e a outra era, verdadeiramente, o nosso antigo testamento particular aberto. E igualmente proscreeveu os testamentos nuncupativos, que desde sempre existiram entre nós e que no projecto primitivo eram ainda conservados no artigo 2407.º, correspondente ao artigo 1910.º do codigo civil; e, do mesmo modo, os testamentos reciprocos, em que, no mesmo acto, duas ou mais pessoas dispunham dos seus bens, exceptuando unicamente os de mão commum, que tivessem data authentica ao tempo da promulgação do codigo e não fossem revogados (1).

A capacidade testamentaria activa, que o direito antigo fazia coincidir, seguindo o direito romano, com a puberdade, que se verificava nos homens aos quatorze annos,

(1) Cod. civ., art. 1753.º. Vej. Sr. Dr. Tavares, *Succesões e direito successorio*, vol. I, 1903, pag. 109 e segg.

e nas mulheres aos doze (1), começa, pelo código, aos quatorze annos, para os individuos de um e outro sexo (2), acabando a incapacidade de testar do filho familias, que se encontrasse sob o patrio poder, qualquer que fôsse a sua idade e ainda que o pae lhe permittisse fazer testamento (3).

Quanto á successão legitima, a maior alteração que fez o código é a do artigo 2003.º: o conjuge viuvo passa a occupar o primeiro logar logo depois dos parentes oriundos do tronco commum, isto é, de irmãos e descendentes d'elles, excepto achando-se judicialmente separado de pessoa e bens por culpa sua (4).

(1) Orden., liv. IV, tit. LXXXI.

(2) Cod. civ., art. 1764.º n.º 3.º. Vej. tambem artt. 1859.º e 2510.º n.º 3.º.

(3) Orden., liv. IV, tit. LXXXI, § 3.º.

(4) No antigo direito (Orden. liv. I, tit. XC, § 1.º; liv. IV, tit. XCIV e tit. XCVI, fr.) definia-se a successão legitima, na ordem seguinte:

1.º — aos descendentes;

2.º — aos ascendentes;

3.º — aos collateraes até ao decimo grau;

4.º — ao conjuge sobrevivivo;

5.º — ao estado.

Ainda sobre outros assumptos, a respeito dos quaes era extremamente deficiente a legislação anterior, providenciou o código: assim em materia de ausencia, aguas, posse, prescripção, contracto de sociedade e arrendamento, provas, etc.

26. — O systema do código e o problema da codificação do direito civil: conceito e função da codificação.

Por codificação devemos entender o processo de organização juridica, que consiste em reduzir a codigos as leis dos differentes ramos de direito. E, implicando, como dizia Savigny (1), a systemati-

(1) *Système du droit romain actuel*, pag. 112.

A palavra código filia-se na expressão latina *caudex* ou *codex*, que, designando, primitivamente, uma certa especie de madeira, passou, depois, a significar a reunião de pequenas taboas de madeira, enceradas (*tabulae*), em que se escrevia por meio de um ponteiro de ferro (*stylus*). Ao contrario dos pergaminhos e papeis, em rôlos (*volumina*), as taboas eram reunidas de modo a formar um caderno.

No século iv, a palavra *codex* passou a significar as collecções de leis (*Codex Gregorianus, Hermogenianus, Theodorianus, Justiniani*); e, embora, transitoriamente, substituida pela de *Leges* (*Lex salica, Lex romana Wisigothorum, Lex romana Burgundiorum*, etc.), a sua significação manteve-se, até que o progresso juridico transformou as anti-

sação reflexiva e coactiva do direito de um povo, um código é a organização synthetica, systematica e scientifica das leis relativas a um determinado ramo do direito de um povo.

Qual é a função dos códigos?

«A codificação, escreve Capitant (1), serve, principalmente, para unificar o direito. É assim que, no começo do século XIX, em França, se sentiu a necessidade de codificar o direito privado, para pôr termo á diversidade do direito antigo. Do mesmo modo a Italia, depois a Allemanha, tendo realisado a sua unidade politica, completaram-a pela organização de um código civil».

Mas, a codificação não tem por função exclusiva, nem mesmo por função principal, a unificação legislativa. Meio de facilitar o conhecimento do direito, a codificação é, ao mesmo tempo, e sobretudo, condição do seu progresso, pela sua redução a systematisações scientificamente ordenadas.

gas collecções nos modernos códigos. Vej. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* cit., t. I, pag. 7.

Posada (*Tratado de derecho administrativo*, 1897, t. I, pag. 179) assigna origem differente á palavra código, fazendo-a derivar do latim *condere*, fundir, reunir, ligar.

(1) *Introduction à l'étude du droit civil* cit., pagg. 50 e 51.

27. — Continuação : a questão geral da codificação.

A questão da codificação, que constitue um dos capitulos mais importantes da historia politico-juridica moderna, surgiu, na Allemanha, no inicio do seculo XIX, com as obras de Zachariae, Schmidt e, sobretudo, de Thibaut (1), em defesa dos codigos.

Antepondo ao sentimento exaggerado da nacionalidade o principio da unidade de legislação, aquelles escriptores, reclamando, não codigos espeziaes para os differentes Estados allemães, mas um codigo unico, extensivo a toda a grande patria germanica, que cooperasse na poderosa obra de unificação moral, então encetada, propugnavam a codificação em nome da simplificação do direito e da diffusão do seu conhecimento.

Mas, porque esta escola de juristas, longe de se limitar a pedir a unidade legislativa, se prendia a uma nova estrutura dos codigos, que se deveriam inspirar, não nas tradições locais, mas em especu-

(1) Na obra *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.

Na Inglaterra, a ideia da codificação é defendida nas obras de Bentham, *Papers on codification*, 1817, e *Justice and codification petition*, 1829.

lações philosophicas; e porque partia do conceito de que o direito pertencia á «ordem absoluta da razão» e era uma «criação immediata e directa do espirito humano» — a ideia devia provocar, necessariamente, viva opposição.

Savigny (1), romanista eminente, combatia-a, notando que os codigos apenas serviam para substituir uma monotona e mathematica unidade, modelada sobre um typo rigido como a especulação do philosopho, á harmonica variedade, ás fecundas e infinitas origens da vida local, que se traduz em uma grande diversidade de usos e costumes. Os codigos immobilisam e cristallisam o direito; e, encerrando a jurisprudencia dentro dos limites de uma estreita interpretação exegetica, privam-o de aperfeiçoamentos successivos, impedindo-se, fatalmente, o seu desenvolvimento indefinido.

A historia do direito romano, observava ainda Savigny, demonstra a inopportunidade da codifi-

(1) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

Vej. Sr. Dr. Luiz Gonçalves, *O problema da codificação do direito civil*, 1906, pag. 23 e segg.; Tempia, *Della codificazione civile*, 1885, pag. 5 e segg.; Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, apud *Recueil publié par l'Université de Lausanne*, 1896, pagg. 112 e segg.

cação: quando o direito romano realmente vivia, quando progredia incessantemente, a codificação ainda nem sequer fôra lembrada; esta só se realizou quando cessou a evolução legislativa. É que os codigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas sómente nas epochas de enfraquecimento, em que a consciencia juridica se oblitera.

Apesar dos argumentos adduzidos por Savigny e pelos sectarios da sua doutrina, manifestou-se no direito positivo a tendencia para a codificação, tornando-se dominante, e realisando-se em quasi todos os povos a codificação do direito civil, commercial, penal e do processo (1).

(1) Ao movimento geral da codificação só resistiram, pôde dizer-se, os Estados Scandinavos, a Inglaterra e os Estados Unidos.

Mas se, quanto á Inglaterra, Smith (*Mercantile law*, pag. 14) pôde dizer que a codificação seria para este país uma desgraça nacional; se outro escriptor (Vej. Pavitt, *Le droit anglais codifié*, 1885, pag. 229) escreveu que «é, porventura, um feliz presagio não se ter executado o projecto de codificar as leis inglesas; o direito romano foi codificado quando o imperio decahia...»; e se Glasson (*Histoire du droit de l'Angleterre*, 1881, t. I, pag. XVIII) affirmava que a codificação é instinctivamente antipathica á Inglaterra — certo é que hoje se proclama, insistentemente, a necessidade de reconstituir as instituições juridicas inglesas pelo systema da codificação.

É que, como escrevia Rodrigues de Brito (1), «quando as leis em um povo se teem amontoadas e sobrepostas durante seculos, as opiniões dos interpretes se dividem e se contradizem, os juizes e as leis, os usos e praxes do fôro se enredam e confundem, é indispensavel, para evitar a incerteza do direito, organisar-se um codigo que, simplificando a legislação e coarctando a arbitrariedade judicial, regule e assegure ao mesmo tempo o exercicio legitimo dos direitos individuaes, iniciando os povos e os individuos em um estado de civilisação mais perfeita.

A codificação não interrompe o desenvolvimento natural da legislação, nem os trabalhos da sciencia juridica, nem destroe os usos e costumes do povo; porque, expressando a fôrma juridica do tempo, reforma o passado em vista das novas ideias que tendem a implantar-se, e porque, quando as suas prescrições estejam em opposição com as novas ideias, e não correspondam ás necessidades e legitimas aspirações do povo, deve o codigo ser revisto e reformado. A feitura de um codigo é sempre opportuna, quando se teem satisfeito as condições da codificação; porque o povo vive então melhor e progride mais, do que sujeito á arbitra-

(1) *Philosophia do direito*, 1871, pag. 376.

riedade das interpretações e á incerteza dos ares-tos».

Os codigos não são criações arbitrarías, mas fórmás complexas com que um povo manifesta a sua vontade; a sua função é a de traduzir o estado juridico de um momento determinado, a de consolidar, especialmente nos periodos de mais amplo desenvolvimento, os progressos realisados.

E o invocado prestigio immobilizador dos codigos, longe de representar um inconveniente da codificação, é antes um symptoma da imperfeição e conservantismo do processo legislativo, e, ao mesmo tempo, a revelação da falta de energia scientifica e renovadora nos cultores da sciencia do direito. Nenhum codigo representa o termo da legislação de certo povo, devendo ser reformado sempre que as necessidades sociaes o exijam.

Admittindo-se o evolucionismo juridico, implicitamente se subscreeve a vida dos codigos: não se póde conceber o direito senão no seu momento dynamico, isto é, como desdobramento constante da vida dos povos. É inconcebivel um codigo immobilizado nos seus fundamentos, resistente ao progresso da sciencia e da vida, immutavel no meio do movimento universal.

Deixe-se ao juiz o cuidado de integrar, mediante o seu proprio sentimento de justiça, a regra geral,

na sua applicação aos casos particulares, permitta-se a «individualisação judiciaria do direito», na expressão de Saleilles (1), e, ao mesmo tempo que desaparecerá, a despeito da critica de Ferrero (2), um dos principaes inconvenientes da codificação, conseguir-se-ha realisar uma larga obra de renovação juridica.

Como em outro logar escrevemos (3), a lei não

(1) *Introduction à l'étude du code civil allemand*, 1904, pag. 100 e segg.

O codigo civil allemão não reduz a função judiciaria á simples interpretação dos textos legaes: o juiz pôde, em dados casos, e sob certas condições, restringir o exercicio dos direitos, modificar as obrigações contractuaes; em muitos casos, tem um poder discrecionario que lhe permite dar a cada litigio, em logar de uma solução cuja rigidez uniforme lhe fosse imposta pela lei, a solução mais conforme aos factos de que tem de conhecer.

(2) Pretendendo demonstrar que o periodo actual da documentação juridica (*periodo da escripta*) representa uma phase archaica, em confronto com os progressos realisados nas demais espheras da vida social, Ferrero (*Les lois psychologiques du symbolisme*, trad. franç., 1895, pag. 198 e segg.), baseando-se na psycho-physiologia do symbolo, que procura explicar pela lei das associações mentaes, propugna a immediata e completa abolição dos codigos.

(3) *Theses de direito*, 1906, pag. 19. Vej. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, 1908, pag. 14.

deve considerar-se como um imperativo permanente, mas susceptível de ser modificada pela doutrina e pela jurisprudencia, em harmonia com as exigencias praticas.

É um instrumento de evolução, e não de immobilisação.

Hoje não póde impugnar-se a codificação, que representa, como observa Von Ihering, a applicação de uma das leis vitaes da jurisprudencia — a lei da economia; e, concordando-se no reconhecimento das vantagens da unidade legislativa e da fixação das leis, apenas se discute se a codificação será conveniente em relação a determinados ramos de direito, como o administrativo e o internacional (1).

28. — Continuação: critério científico da codificação.

Para alguns jurisconsultos, a codificação do direito tem um fim essencialmente pratico; na systematisação das normas juridicas, o legislador não tem que attender a outro intuito que não seja o de satisfazer a necessidade, extensiva a todos,

(1) Vej. Orlando, *Primo trattato* cit., t. I, pag. 1082 e segg.; Sr. Dr. Alvaro Villela, *Lições de direito internacional*, 1903-1904, pag. 137 e segg.

de conhecer a lei. E Mazzoni (1) chega a considerar impossivel a subordinação da estrutura de qualquer código a um *systema scientifico*.

Em defesa d'esta opinião, invoca-se a diversidade de natureza, de função e de fim dos *systemas legislativo e scientifico*:

- a) A legislação é uma série de preceitos que regulam as relações jurídicas; a sciencia jurídica é o complexo ordenado de conhecimentos relativos ao direito. A sciencia explica a legislação pelas suas razões intrinsecas e expõe os preceitos mais como verdades do que normas obrigatorias da vida nas relações jurídicas.
- b) A coexistencia harmonica dos *systemas legislativo e scientifico* exige a realisação de condições que difficilmente se coordenam: a forma imperativa da lei e o formalismo didactico dos livros de sciencia, a simplicidade dos preceitos juridicos e a complexidade das fórmulas abstractas, etc.

(1) *Istituzioni di diritto civile italiano* cit., t. I, pag. XIII e segg. Vej. Sr. Dr. Abel Andrade, *Commentario* cit., pagg. LXXXII e LXXXIII.

- c) O systema legislativo não deve coarctar o desenvolvimento do direito, como sciencia e factor social: um livro de sciencia poderá ser completo no momento da sua publicação; um código, ao contrario, nunca pôde estar completo, porque as leis progri-dem incessantemente.

Não duvidamos repellir a distincção entre o systema de codificação sob o ponto de vista legislativo e doutrinal.

Certo que, primeiro do que tudo, o código deve reunir as condições de toda a obra litteraria, que se dirige á intelligencia e á vontade, antes que á imaginação e ao sentimento: unidade, ordem, precisão e clareza. Mas, é impossivel abstrahir da systematisação das materias, de uma certa abstracção ou generalisação do pensamento legislativo.

Por um lado, como observa o Sr. Dr. Guilherme Moreira (1), «as instituições que constituem o objecto de um código serão tanto mais claras e comprehensíveis, quanto mais natural e logica fôr a ordem que na sua distribuição se observe.

Só por esse meio poderão ver-se os pontos de contacto entre os differentes institutos, as relações

(1) *Instituições cit.*, pag. 134.

entre elles existentes e a funcção que cada um exerce, formando-se assim uma ideia nitida de cada um d'elles e do seu conjuncto».

Por outro lado, o espirito systematico applicado ao direito, exercendo reacção sobre o proprio fundo do objecto a que se applica, determina uma transformação interna das regras juridicas: reunidas em uma especie de aggregado superior, despojadas do seu character de preceitos ou prohibições, as regras do direito revestem o de elementos logicos do systema, de qualidades das instituições juridicas. Assim se chega á fixação dos principios que dominam os institutos juridicos e ao estabelecimento de regras respeitantes á applicação d'aquelles, de fôrma que, pela technica juridica, essas normas possam synthetisar-se em um principio que as vivifique e que abra horisontes para novas applicações.

A disposição systematica das materias de um codigo tem, pois, a dupla vantagem de facilitar o estudo e o conhecimento do direito e de representar um factor do seu progresso.

Mas qual a distribuição systematica das prescripções juridicas n'um codigo? (1).

(1) Convirá dar ao texto legal uma feição *popular* ou, antes, uma fôrma scientifica e propriamente *technica*?

Sob este ponto de vista, differem profundamente, em-

Restringindo-nos ao campo do direito civil e abstrahindo da analyse de cada um dos multiplos

bora concordem na sua inspiração geral, o código civil allemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) e o projecto do código civil suíço, publicado, sob a sua ultima fórmula, pela mensagem federal de 28 de maio de 1904.

Assim, emquanto, com as suas tendencias generalisadoras, com a construcção estritamente logica das suas disposições, com a acuidade das concepções em que se inspira, com a homogeneidade da sua syntaxe e o rigor quasi monotono da sua terminologia, o código allemão nos appareceu como uma obra rigorosamente regulamentadora, e o conjuncto da sua technica produz uma impressão de methodo, de rigidez, de consequencia logica, que, inquietando a sensibilidade, seduz fortemente o espirito — o projecto do código suíço pôde caracterizar-se, como fez Leroy (*Revue de Paris*, 1902, pag. 640), em poucas palavras: «abundante, simples, popular».

Accusando, ao contrario d'aquelle, uma pouco rigorosa technica linguistica, o projecto do código suíço, que procura evitar as abstracções, até mesmo as generalisações, que separariam os principios da sua applicação pratica, quer preterindo a ideia de uma parte geral, quer assignando ás regras orientadoras do código um character nitidamente especializado, limita-se, geralmente, a traçar, em uma fórmula larga e flexivel, a direcção fundamental que o legislador quiz imprimir ás instituições juridicas privadas, sem penetrar profundamente nas minucias da sua applicação.

Á technica ardua, estreita, doutrinaria do primeiro, que

systemas propostos (1), procuraremos, tão sómente, indicar os principaes typos a que esses systemas podem reduzir-se.

pretende fazer passar todo o direito positivo pelo leito de Procusto da lei escripta, oppõem-se, por parte do segundo, processos simples, malleaveis, elasticos, de um methodo mais largo e mais humano.

Vej. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1904, t. I, pag. 42 e segg.; Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne*, apud *Livre du centenaire* cit., t. II, pag. 989 e segg.

(1) Preterimos, por alheia ao nosso intuito, a debatida questão da unificação do direito privado. Pondo de parte a indicação dos caracteres differenciaes do direito commercial e do direito civil, tão nitidamente notados por De la Grasserie (*De la fusion du droit commercial et du droit civil*, 1893, pag. 133 e segg.), limitar-nos-hemos a expôr os argumentos invocados, contra a autonomia do direito cômmercial, pela escola fusionista ou renovadora, Vivante á frente :

a) a dualidade do direito privado, inspirada na ideia de que os commerciantes formam uma classe distincta dos cidadãos, contraria a homogeneidade da nossa constituição social ;

b) determina gravissimas questões de indole social e politica :

1) porque se conserva em flagrante contraste com os principios da egualdade social, uma classe privilegiada, cuja actividade é regulada por uma

20. — Continuação : Systemas de codificação do direito civil.

Analysemos ligeiramente cada um d'esses typos.

*a) Systema romano das Institutas — Systematisa-
ção synthetica do jus civile, as Institutas*

lei especial que a favorece, em prejuizo dos outros cidadãos ;

2) porque difficulta a administração da justiça, visto reclamar frequentes investigações preliminares sobre se um determinado acto juridico é ou não de natureza commercial, e d'ahi as controversias sobre a competencia dos tribunaes ;

3) porque prejudica a applicação do direito pela difficultade de applicar as suas disposições quando os dois codigos, civil e commercial, regulam o mesmo instituto ;

4) porque exerce uma perniciosa influencia no progresso scientifico, pela grande deficiencia no codigo commercial de regras geraes e pela grande abundancia de particularidades nas normas dos varios institutos ;

5) porque não é possivel precisar os limites das duas leis civil e commercial, pela difficultade de caracterisar e distinguir nitidamente os actos civis e commerciaes.

A escola orthodoxa ou conservadora, allega, por seu lado, pela bocca de Vidari :

a) a separação do direito commercial e do direito civil

obedecem á triplice divisão do direito em pessoas, cousas e acções: *omne autem jus*

explica-se pela diversa natureza das relações sociaes que aquelles são chamados a disciplinar: embora o commercio deixasse de ser monopolio de uma ordem de cidadãos, as leis commerciaes ainda actualmente regulam o exercicio profissional do commercio e a pratica de qualquer acto d'esta industria, e, porisso, uma certa ordem de factos economicos;

- b) a difficuldade em assignar os confins das duas legislações não é razão para negar que sejam distinctas e que entre ellas hajam limites, da mesma fórma que a affinidade reciproca do direito constitucional e do direito administrativo e a difficuldade de lhes assignar os limites, não são motivo para unificar aquelles; e a determinação dos limites tornar-se-ia facil com a substituição da distincção entre actos civis e commerciaes pela distincção entre commerciantes e não commerciantes;
- c) o facto de ser a lei civil insufficiente para regular algumas instituições, sendo necessario recorrer á lei commercial, não prova contra a autonomia dos dois direitos, visto que as exigencias de cada uma das relações são diversas, carecendo as instituições commerciaes de mais liberdade e havendo institutos e órgãos que seriam inuteis e nocivos na vida civil;
- d) sob o ponto de vista patrimonial, no direito civil, os

quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones (1).

A systematisação tripartida do direito romano foi universalmente seguida na Idade Media, preponderando até ao século XVIII ou, pôde mesmo dizer-se, até á phase da codificação moderna, iniciada pelo código francês; mas, já no século XVII ella era fortemente impugnada, sobretudo na Allemanha, onde os jurisconsultos proclamavam a necessidade de adoptar um criterio mais rigoroso, baseado na propria classificação dos direitos.

Se o sujeito e o objecto, argumentava Leibnitz, são elementos essenciaes de todo o direito, como admittir a logica de um systema que separa, fundamental e organicamente, o estudo das pessoas e cousas?

E o systema classico tem, demais, como

bens são considerados no seu valor de uso, e no direito commercial no seu valor de troca; etc.

Para mais desenvolvimento, vej. Sr. Dr. Eduardo Saldanha, *Estudos sobre o direito commercial português*, 1896, pag. CLXXVII e segg.

Tambem: Charles Laurent, *De la fusion du droit civil e du droit commercial*, 1903, pag. 5 e segg.

(1) *I. de jur. pers.*, in princ.

nota o Sr. Dr. Luiz Gonçalves (1), «o grave defeito de não estabelecer uma coordenação logica, organica, entre as diversas partes do direito; não dá a impressão da vida do direito; não estuda o direito em todos os seus elementos; não separa os principios geraes das normas especiaes a cada direito; emfim, não classifica os direitos em si mesmo considerados».

Como variantes do systema romano, que, com pequena alteração na parte terceira (*De obligationibus et actionibus*), havia sido adoptado no Codigo da Prussia, devemos mencionar:

1) *Systema do codigo austriaco*. — Inspirando-se na doutrina que considerava o direito, não como systema regulador das relações sociaes, mas como garantia indiscutivel da liberdade dos cidadãos, o codigo austriaco divide o direito civil em tres partes — *direito das pessoas, direitos sobre as cousas e disposições communs*, comprehendendo n'estas a garantia dos direitos e

(1) *O problema da codificação cit.*, pag. 66.

obrigações, a transformação dos mesmos, os modos por que se extinguem e a prescrição e usucapião.

Similhante disposição de materias tem, porém, como observa Vadalà-Papale (1), o vicio de contrariar a verdade, a realidade e a natureza das cousas: não póde admitir-se que os direitos individuaes, que se encontram em certas relações juridicas, sirvam de fundamento a todo o edificio juridico; como não é concebivel que todas as normas do codigo sejam destinadas simplesmente a precisar direitos individuaes, a determinar o seu modo de aquisição, manutenção e extinção. É necessario começar por estudar no codigo civil a parte objectiva em que se move o homem, em que se encarna através do movimento social, em que se organisa no *devenir* incessante das sociedades.

2) *Systemas de Cimbali e Mühlenbruch.* —

Para Cimbali (2), é impossivel classificar

(1) *Il codice civile italiano e la scienza*, 1881, pag. 39 e segg.

(2) *A nova phase do direito civil*, trad. de Adherbal de Carvalho 1900, pag. 461 e segg.

devidamente a materia juridica, sem considerarmos systematicamente os elementos constitutivos do codigo de direito privado social, sob os seus dois aspectos: estatico e dinamico. Sob o primeiro aspecto, são dois os elementos constitutivos do direito; pessoas e cousas, sujeitos e objectos, como são dois os elementos integrantes da vida em geral: materia e força. Dynamicamente, estudam-se as relações em que se encontram os sujeitos e os objectos.

Assim, as partes fundamentaes de um codigo devem ser: *pessoas, cousas e relações juridicas*.

Semelhante é o systema apresentado por Mühlenbruch, que dividindo o direito em duas partes, geral e especial, subdivide esta em tres capitulos: *pessoas, cousas e obrigações*.

Se bem que as variantes do systema romano tenham a vantagem de substituir por outro grupo de factos juridicos a materia das acções, estranha ao direito substantivo, apresentam o inconveniente de separar os elementos essencialmente constitutivos do direito, de si inseparaveis, e de não estabelecer uma coordenação logica entre as dif-

ferentes partes, de modo a mostrar a sua interdependencia como elementos do mesmo todo organico (1).

b) *Systema do codigo civil francês.* — Não diverje, fundamentalmente, do systema romano o adoptado pelo codigo francês. São tres as suas partes fundamentaes (2):

I — *Des personnes* (artt. 7.º-515.º);

II — *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (artt. 516.º-710.º);

III — *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (artt. 711.º-2281.º).

Como se vê, os livros segundo e terceiro correspondem ao tratado das cousas (*res*) entre os romanos, eliminando-se do codigo civil, para ser integrado no codigo do processo, a materia das acções.

(1) Sr. Dr. Tavares, *Tratado* cit., pag. 108.

(2) Além dos tres livros, o codigo francês tem um titulo preliminar, constituido por seis artigos em que se formulam principios geraes sobre a formação e applicação das leis.

SYSTEMA DO CODIGO CIVIL

Dir., 3.ª cad.

PARTE I — Da capaci-
dade civil

{ LIVRO UNICO
(artt. 1.º-358.º)

- TITULO 1.º — Da capacidade civil e da lei que a regula em geral (1.º-17.º).
- » 2.º — De como se adquire a qualidade de cidadão português (18.º-21.º).
- » 3.º — De como se perde a qualidade de cidadão português (22.º e 23.º).
- » 4.º — Dos cidadãos portugueses em pais estrangeiro (24.º e 25.º).
- » 5.º — Dos estrangeiros em Portugal (26.º-31.º).
- » 6.º — Das pessoas moraes (32.º-39.º).
- » 7.º — Do domicilio (40.º-54.º).
- » 8.º — Da ausencia (55.º-96.º).
- » 9.º — Da incapacidade por menoridade e do seu supprimento (97.º-313.º).
- » 10.º — Da incapacidade por demencia (314.º-336.º).
- » 11.º — Da incapacidade dos surdos-mudos (337.º-339.º).
- » 12.º — Da incapacidade dos prodigos (340.º-352.º).
- » 13.º — Da incapacidade accidental (353.º).
- » 14.º — Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria (355.º-358.º).

PARTE II — Da
adquisição dos
direitos.

LIVRO 1.º—Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação d'outrem (359.º-640.º).

LIVRO 2.º—Dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente (641.º-1722.º).

LIVRO 3.º—Dos direitos que se adquirem por mero facto d'outrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei (1723.º-2166.º).

TITULO 1.º—Dos direitos originarios (359.º-368.º).

» **2.º**—Das cousas e suas especies (369.º-382.º).

» **3.º**—Da occupação (383.º-473.º).

» **4.º**—Dos direitos que se adquirem por mera posse e prescrição (474.º-566.º).

» **5.º**—Do trabalho (567.º-640.º).

TITULO 1.º—Dos contractos e *O*bligções em geral (641.º-1035).

» **2.º**—Dos contractos em particular (1036.º-1722.º).

TITULO 1.º—Da gestão de negocios (1723.º-1734.º).

» **2.º**—Das successões (1735.º-2166.º).

PARTE III—Do
direito de pro-
priedade. } **LIVRO UNICO**
(artt. 2167.º-2360.º)

- TITULO 1.º—Disposições preliminares**
2167.º-2170.º).
- » **2.º—Da propriedade absoluta e da propriedade resolvel** (2171.º-2174.º).
- » **3.º—Da propriedade singular e da propriedade commum** (2175.º-2186.º).
- » **4.º—Da propriedade perfeita e da propriedade imperfeita** (2187.º-2286.º).
- » **5.º—Do direito de fruição** (2287.º-2314.º).
- » **6.º—Do direito de transformação** (2315.º-2338.º).
- » **7.º—Do direito de exclusão e defeza** (2339.º-2355.º).
- » **8.º—Do direito de restituição e da indemnisação dos direitos violados** (2356.º).
- » **9.º—Do direito de alienação** (2357.º-2360.º).

PARTE IV—Da
offensa dos di-
reitos e da sua
reparação.

LIVRO 1.º—Da respon-
sabilidade civil
(2361.º-2403.º)

LIVRO 2.º—Da prova
dos direitos e da
restituição d'elles
(2404.º-2538.º).

TITULO 1.º—Disposições preliminares
(2361.º-2366.º).

» **2.º**—Da responsabilidade civil
connexa com a res-
ponsabilidade criminal
(2367.º-2392.º).

» **3.º**—Da responsabilidade me-
ramente civil (2393.º-
2397.º).

» **4.º**—Da responsabilidade por
perdas e danos pro-
veniente da inobservan-
cia de regulamentos ou
por desleixo ou impru-
dencia (2398.º).

» **5.º**—Da responsabilidade por
perdas e danos causa-
dos por empregados pu-
blicos no exercicio das
suas funcções (2399.º-
2405.º).

TITULO 1.º—Das provas (2494.º-2534.º)

» **2.º**—Das acções (2535.º-2538.º)

I. — A susceptibilidade de direitos e obrigações constitue a capacidade juridica ou a personalidade (art. 1.º). Essa susceptibilidade é regulada pela lei, determinando a condição juridica das pessoas em suas relações sociaes e attribuindo a todos os individuos, em identidade de condições, os mesmos direitos (art. 7.º).

Para a aquisição do direito de personalidade exige o codigo o nascimento com vida e figura humana (art. 6.º).

O conjuncto das qualidades juridicas attribuidas a cada um, que determinam a sua personalidade, constitue o *estado*. Os principaes elementos constitutivos d'este e da capacidade, são: a nacionalidade, a familia e o parentesco, o sexo, a idade, o domicilio, a ausencia, as doenças physicas e mentaes, a condemnação penal.

1. — O direito de cidadão consiste na faculdade de ser membro de uma sociedade politicamente organizada, gosando, nas condições fixadas na lei, dos direitos que, como tal, lhe são attribuidos.

Não obstante declarar-se, no artigo 17.º, que só os cidadãos portuguezes podem gosar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura, affirma-se, no artigo 26.º, o principio de que os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, teem os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, em quanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos no reino, excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario.

Esses casos são os dos artigos 1966.º n.º 1.º 2492.º (testemunhas instrumentarias entre vivos) e 2492.º 1968.º (testemunhas em testamentos).

A aquisição da qualidade de cidadão portuguez deriva:

- a) do nascimento em territorio portuguez (art. 18.º n.ºs 1.º, 2.º e 4.º).
- b) da opção ou preferencia reconhecida aos filhos de pae portuguez ou illegitimos de mãe portugueza, que nasçam no estrangeiro (art. 18.º n.º 3.º);
- c) do matrimonio de mulher estrangeira com portuguez (art. 18.º n.º 6.º);
- d) da naturalisação — acto de graça pelo qual o poder executivo confere a um estrangeiro a qualidade de cidadão portuguez (art. 18.º n.º 5.º). Para que um estrangeiro possa pe-

dir a carta de naturalisação, é necessario, em geral:

α) que seja maior, em conformidade da lei do seu país e da portuguesa (art. 19.º).

β) que tenha capacidade para grangear salario pelo seu trabalho ou outros recursos para subsistir (art. 19.º n.º 1.º);

γ) que tenha residido um anno, pelo menos, em territorio português (art. 19.º n.º 2.º).

Vej. § unico do art. 19.º, e art. 20.º

A perda da qualidade de cidadão português deriva:

- 1) da naturalisação em país estrangeiro (art. 22.º n.º 1.º);
- 2) da acceitação de funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de um governo estrangeiro (art. 22.º n.º 2.º);
- 3) da expulsão do reino por sentença, enquanto duram os seus effeitos (art. 22.º n.º 3.º);
- 4) do casamento de mulher portuguesa com estrangeiro (art. 22.º n.º 4.º).

Póde, porém, readquirir-se a qualidade de cidadão português:

No 1.º caso — regressando ao reino, com animo de domiciliar-se n'elle, e declarando-o assim

perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio ;

No 2.º caso — rehabilitando-se por graça especial do governo ;

No 4.º caso — depois de dissolvido o matrimonio, se a mulher regressar ao reino com animo de domiciliar-se n'elle, declarando-o perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio.

2. — *Pessoas moraes* são as associações ou corporações, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica.

O codigo divide as pessoas moraes em *temporarias* e *perpetuas*, pertencendo a estas não só as que tenham tempo illimitado de duração, mas ainda as que, tendo tempo limitado, não tenham por objecto interesses materiaes (art. 35.º § 2.º n.ºs 1.º e 2.º).

Das pessoas moraes distinguem-se as associações de interesse particular, que se regulam pelas disposições do codigo civil ou do codigo commercial, relativas ao contracto de sociedade, ou por leis especiaes (art. 39.º).

3. — *Domicilio* é o logar onde o cidadão tem a sua residencia permanente (art. 41.º).

O domicilio póde ser *voluntario* ou *necessario*, *geral* ou *especial*.

É voluntario o fixado livremente pelo individuo, necessario o que é designado pela lei (art. 42.º); geral o que respeita a todos os direitos e obrigações, não exceptuados por lei ou convenção, especial o que se refere a actos juridicos determinados (art. 46.º).

Tem domicilio voluntario todas as pessoas maiores ou emancipadas, que não sejam exceptuadas por lei. Tem domicilio necessario:

a) os menores não emancipados, os maiores sujeitos a tutela e a mulher casada que não esteja judicialmente separada do (artt. 47.º a 49.º);

b) os maiores ou menores emancipados que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem (art. 50.º);

c) os empregados publicos que exercem as suas funções em logar certo (art. 51.º);

d) os militares arregimentados, os maritimos com praça na armada e os que pertencem á tripulação de navio de commercio ou de barcos costeiros (art. 52.º);

e) os condemnados a prisão, desterro ou degredo (art. 53.º).

~~4~~. — *Ausencia* é o desaparecimento do individuo do logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'elle se saiba parte (art. 55.º).

O legislador admittiu tres periodos na ausencia:

a) não excedente a quatro annos, se o ausente não deixou procurador bastante, ou a dez, se o deixou, contando-se o praso desde o desaparecimento do ausente do logar do seu domicilio ou residencia ou da data da expedição das ultimas noticias (art. 64.º);

b) excedente a quatro annos ou a dez, mas não a vinte (art. 78.º n.º 4.º), se o ausente não deixou filhos, ou a dez, se os deixou, relativamente aos bens que a estes fiquem pertencendo (art. 91.º);

c) ausencia por mais de vinte annos.

A estes tres periodos correspondem as seguintes instituições:

a) *Curadoria provisoria* dos bens do ausente — mera administração dos bens.

Termina (art. 63.º):

1.º — pelo regresso do ausente ou certeza da sua existencia;

2.º — pela comparencia de procurador bastante ou de quem legalmente represente o ausente ;

3.º — pela certeza da sua morte ;

4.º — pela installação da curadoria definitiva.

β) *Curadoria definitiva*, em que se attribue aos herdeiros alguns direitos sobre o patrimonio do ausente. Termina (art. 78.º):

1.º — pela volta do ausente ;

2.º — pela noticia da sua existencia ;

3.º — pela certeza da sua morte ;

4.º — pelo lapso de vinte annos ;

5.º — contando o ausente noventa e cinco annos de idade.

γ) *Posse definitiva* dos bens do ausente pelos herdeiros.

δ. — O codigo admittiu o systema de dois graus na idade: *menoridade* e *maioridade*, considerando menores, sem distincção de sexo, os individuos que não hajam completado vinte e um annos de idade (artt. 97.º e 311.º).

A incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal e, na falta d'este, pela tutela (artt. 100.º e 185.º).

O poder paternal, que é constituido pelas relações entre os paes e os filhos, sendo, especialmente

attribuido ao pae, como chefe de familia, é tambem exercido pela mãe (artt. 137.º e 138.º). Do matrimonio — contracto perpetuo entre duas pessoas de sexo differente, com o fim de constituirem legitimamente a familia (art. 1056.º), deriva a filiação legitima, sendo havidos como *legitimos* os filhos que forem concebidos ou nascerem na constancia do matrimonio (art. 101.º).

Entre os filhos nascidos ou concebidos fóra do matrimonio distingue o codigo :

- a) os *legitimados*, filhos de pessoas que, não estando casados ao tempo do nascimento d'elles, contrahem posteriormente matrimonio entre si e reconhecem os filhos havidos antes.

Esses filhos ficam, desde a data do matrimonio, em tudo equiparados aos legitimos (artt. 119.º a 121.º);

- b) os *perfilhados*, havidos de pessoas que, não estando ligados pelo matrimonio, os reconheceram, no assento do nascimento ou de baptismo ou por outra declaração autentica, como filhos, ou foram declarados taes por sentença judicial.

- c) os *espurios*, filhos havidos de pessoas que, em virtude do matrimonio ou dos vinculos de sangue, não podiam, ao tempo da concepção,

contrahir entre si matrimonio (art. 134.º); e são :

α) *adulterinos*, os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra, que não seja o seu consorte (art. 122.º § 1.º);

β) *incestuosos*, os havidos de parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta ou de parentes por consanguinidade no segundo grau da linha transversal (art. 122.º § 2.º).

Da filiação ou communidade de sangue resulta o parentesco por consanguinidade — relação existente entre as pessoas que proveem directamente umas das outras ou teem um tronco commun. É legitimo ou illegitimo, segundo resulta da filiação legitima ou illegitima.

Ha duas especies de parentesco por consanguinidade :

a) em *linha recta*, comprehendendo a serie de pessoas que descendem umas das outras. Póde ser *ascendente* ou *descendente*, conforme se considera partindo do primogenitor para o que d'elle procede ou inversamente (artt. 1973.º e 1975.º).

b) em *linha transversal* ou *collateral*, abrangendo os parentes que, não provindo uns dos outros, teem um auctor commum (art. 1974.º).

O poder paternal suspende-se pela incapacidade dos paes, judicialmente reconhecida, e pela sua ausencia, nos termos do art. 82.º (art. 168.º), e termina pela morte dos paes ou dos filhos e pela emancipação ou maioridade d'estes (art. 170.º).

Como instituição subsidiaria do poder paternal apparece a *tutela* (art. 185.º), em cuja organização o legislador distingue entre os filhos legitimos e perfilhados, espurios, expostos ou abandonados e de pessoas miseraveis.

A tutela dos filhos legitimos compõe-se das seguintes entidades: tutor, protutor, curador, conselho de familia e conselho de tutela (artt. 187.º e 226.º). O tutor tanto póde ser nomeado em testamento, como em acto authenticico entre vivos (art. 193.º). Chama-se, todavia, *testamentaria*, não só porque a nomeação se faz ordinariamente por testamento, mas tambem porque só produz effeito por morte dos paes, embora feita em acto entre vivos.

A tutela *legitima* é deferida em virtude da disposição da lei, aos parentes dos filhos legitimos, quando os paes não nomearam tutor ou este se escusou, impossibilitou ou morreu (art. 199.º).

A tutela *dativa* é deferida pelo conselho de família e só tem logar na falta de tutor testamentario ou legitimo (art. 202.º).

Para os filhos perflhados não ha a tutela legitima (art. 278.º). Na tutela dos filhos espurios ha tres entidades: o tutor, o juiz e o curador dos orphãos (artt. 279.º a 283.º). A tutela dos expostos e abandonados e dos filhos de pessoas miseraveis é confiada ás municipalidades (Cod. adm., art. 50.º n.º 25.º; Cod. civ., artt. 284.º a 293.º).

O individuo, desde que haja completado os vinte e um annos, fica maior e, portanto, habilitado para dispor livremente de sua pessoa e bens (art. 311.º). Ao maior é completamente equiparado o menor que tenha sido *emancipado* (art. 305.º).

A emancipação pode dar-se:

a) pelo casamento, devidamente auctorisado pelos paes ou por quem os substitua, aos dezoito annos para o varão, e aos dezeses para a mulher (art. 304.º n.º 1.º e 306.º);

b) por concessão do pae, da mãe na falta d'este e do conselho de família na falta de ambos, aos dezoito annos completos, tanto para o homem como para a mulher (artt. 304.º n.º 2.º e 307.º).

Os expostos e abandonados podem ser

emancipados aos quinze annos (art. 289.º), e ficam emancipados de direito aos dezoito annos (art. 291.º). A emancipação por concessão dos paes ou de quem os represente só pode fazer-se consentindo o menor (art. 307.º) e, uma vez feita, não pode ser revogada (art. 310.º).

6. — Os mentecaptos — todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e bens, serão interdictos do exercicio dos seus direitos (art. 314.º).

A interdicção pode ser requerida :

- a) por qualquer parente successivel do desassisado ;
- b) pelo seu conjuge ;
- c) pelo ministerio publico, na falta das pessoas referidas, no caso de demencia acompanhada de furor ou tendo o dessassissado filhos menores, se aquellas pessoas a não requererem (artt. 315.º e 316.º).

Decretada a interdicção, o juiz deferirá a tutela a quem competir (artt. 317.º e 320.º).

Tambem os surdos mudos, que não tiverem a capacidade necessaria para reger

seus bens, serão interdictos do exercicio dos seus direitos nos limites da sua incapacidade (artt. 337.º e 338.º).

Tambem se baseia na incapacidade natural para administrar os bens a interdicção por prodigalidade (art. 340.º).

Ao contrario das incapacidades naturaes, que são de natureza permanente, as incapacidades accidentaes simplesmente determinam a nullidade do acto praticado durante essa incapacidade (art. 351.º).

A interdicção civil em virtude de sentença penal não existe hoje, tendo sido revogados pela Nova Reforma Penal de 1884 os artt. 355.º a 358.º do codigo civil.

II. — A) Direitos originarios são os que resultam da propria natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros (art. 359.º). São inalienaveis e só podem ser limitados por lei formal e expressa, produzindo a sua violação a obrigação de reparar a offensa (art. 368.º).

Estes direitos são :

1) *O direito de existencia* — que comprehende não só a vida e integridade pessoal do homem, mas tambem o seu bom nome e

reputação, em que consiste a sua dignidade moral (art. 360.º).

2) *O direito de liberdade* — que consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção (art. 361.º).

3) *O direito de associação* — ou a faculdade de pôr em commum os meios ou esforços individuaes, para qualquer fim que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade (art. 365.º).

4) *O direito de apropriação* — que é a faculdade de adquirir tudo o que fôr conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da propria condição (art. 366.º). A lei civil só reconhece a apropriação, quando feita por titulo ou modo legitimo (art. 366.º § unico), podendo ser objecto de apropriação todas as cousas, que não estão fóra do commercio, por sua natureza ou por disposição da lei (art. 372.º). Consideradas como objecto dos direitos, as cousas são de diversas especies, que fazem variar a sua situação juridica.

O codigo define, nos artigos 370.º a 372.º, os termos de tres classificações de cousas :

a) cousas *no commercio* e *fóra do commercio* — (artt. 370.º-372.º);

b) cousas *immoveis* (por natureza, mediante a acção do homem ou por disposição da lei) e *moveis* (artt. 373.º-376.º);

c) cousas *publicas, communs e particulares* (artt. 380.º-382.º).

5) *O direito de defêsa* — que consiste na faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes ou adquiridos (art. 367.º).

A aquisição de direitos *por facto e vontade propria, independentemente da cooperação de outrem*, realisa-se pela occupação, posse, prescripção e trabalho.

1) *Occupação* é a apprehensão d'uma cousa, que nunca teve dono, ou que foi abandonada ou perdida (art. 383.º).

Póde recair sobre:

a) animaes	{	caça (artt. 384.º-394.º);
		pesca (artt. 395.º-399.º);
		occupação de animaes bravios que já tiveram dono (artt. 400.º-403.º);
		occupação de animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados (artt. 404.º-410.º).

b) cousas inanimadas. { cousas moveis abandonadas (artt. 411.º e 412.º);
cousas moveis perdidas (artt. 413.º-421.º);
thesouros e cousas escondidas (artt. 422.º-427.º);
embarcações e outros objectos naufragados (art. 428.º).

c) objectos e productos naturais, communs ou não apropriados. { aguas (artt. 431.º-464.º);
mineraes (artt. 465.º-467.º);
substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres (artt. 468.º-473.º).

2) *Posse* é a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito (art. 474.º). Os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse (cit. art. § 1.º).

A posse pôde ser adquirida e exercida, tanto em proprio nome, como em nome de outrem, presumindo-se, em caso de duvida, que o possuidor possui em proprio nome. Tambem a lei estabelece a presumpção de que a posse continúa em nome de quem a começou (art. 481.º).

O possuidor em nome de outrem não pôde adquirir por prescrição (art. 510.º).

A posse, que se conserva enquanto dura a retenção ou fruição da coisa ou direito, ou a possibilidade de a continuar (art. 474.º, § 2.º), pôde, como meio adquirir, ser *de boa fé* ou *de má fé*: de boa fé a que procede de titulo, cujos vícios não são conhecidos do possuidor; de má fé a que se dá na hypothese inversa (artt. 475.º e 476.º).

A posse presume-se de boa fé, enquanto o contrario se não provar, salvo nos casos em que a lei expressamente não admittir tal presumpção (art. 478.º).

3) *Prescrição* é a aquisição de direitos pela posse ou a extincção de obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento durante um certo lapso de tempo. No primeiro caso a prescrição diz-se *positiva*; no segundo chama-se *negativa* (art. 505.º e § un.).

Podem ser objecto de prescrição todas as coisas, direitos e obrigações que estão em commercio, e que não forem exceptuadas por lei (art. 506.º).

A posse, para o effeito da prescrição deve ser (artt. 517.º-523.º):

- 1.º — titulada;
- 2.º — de boa fé;

3.º — pacifica ;

4.º — continua ;

5.º — publica.

Os tres ultimos requisitos são essenciaes. Mas a falta dos dois primeiros implica o decurso de mais largos prazos para que tenha logar a prescripção, e quer se trate de cousas moveis, quer de immoveis (artt. 527.º, 529.º, 532.º, 533.º).

Ao contrario da prescripção negativa, em que, quanto á boa fé, se attende ao momento em que finda o tempo da prescripção (art. 535.º), na prescripção positiva a boa fé só é necessaria no momento da adquisição (art. 520.º).

E tambem na prescripção negativa o facto de o devedor se achar em boa ou má fé determina alteração nos prazos.

Alem dos prazos ordinarios (art. 535.º), a lei estabelece prazos especiaes para a prescripção de certas obrigações (artt. 538.º-543.º), resalvando-se, ainda, no art. 547.º, outras prescripções especialmente estabelecidas por lei (vej. artt. 635.º, 688.º, 1045.º, 1201.º n.º 2.º, 1480.º, 1490.º, 1503.º, 1522.º, 1884.º, 1967.º, 2017.º, etc.).

4) *Trabalho* é a applicação das proprias facul-

dades e industria á producção, á transformação e ao commercio de quaesquer objectos (art. 567.º).

O direito de trabalhar livremente só pôde ser limitado por lei expressa, ou pelos regulamentos administrativos auctorisados por lei (art. 567.º § unico). Mas se qualquer, no exercicio do seu direito de trabalho e industria, lesar os direitos de outrem, será responsavel, na conformidade das leis, pelos damnos que causar (art. 568.º).

O producto ou o valor do trabalho e industria licitos de qualquer pessoa é propriedade sua, e rege-se pelas leis relativas á propriedade em geral, não havendo excepção expressa em contrario (art. 569.º).

Objecto, em parte, de leis especiaes, a propriedade litteraria e artistica e dos inventos foi, no emtanto, regulada, com certa larguesa, no codigo civil, occupando-se os artigos 570.º a 612.º do trabalho litterario em geral, dos direitos das auctores dramaticos, da propriedade artistica, obrigações do auctor e responsabilidade dos contrafactores ou usurpadores de propriedade litteraria ou artistica, e os artt. 613.º a 640.º da propriedade dos inventos, sua transmissão, responsabilidade dos contrafactores, etc.

B) — Dos *direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente* occupa-se o codigo civil, no livro II, tratando, em titulos separados, dos contractos e obrigações em geral (artt. 641.º-1055.º) e dos contractos em particular (artt. 1056.º-1722.º). N'aquelle procura-se definir e classificar os contractos, estabelecendo-se as condições da sua validade, e regulando-se os seus effeitos e cumprimento, e a caução ou garantia dos contractos. Devemos, todavia, observar que, na resolução de cada hypothese particular, é necessario attender ás disposições contidas no titulo II e referentes ao contracto em questão, e só na falta de disposição particular recorreremos aos principios geraes consignados no titulo I.

Contracto é o accordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação (art. 641.º).

Póde ser:

- a) *unilateral* ou *gratuito*, quando uma parte promette e a outra acceita;
- b) *bilateral* ou *oneroso*, quando as partes transferem mutuamente alguns direitos e mutuamente os acceitam (art. 642.º).

Para que o contracto seja valido, é necessario que n'elle se verifiquem as seguintes condições (art. 643.º):

- a) *capacidade dos contrahentes*; sendo habeis para

contractar todas as pessoas não exceptuadas pela lei (art. 644.º), e podendo os contractos ser feitos pelos outorgantes pessoalmente ou por interposta pessoa, devidamente auctorisada (art. 645.º);

b) *mutuo consensu*, que deve ser claramente manifestado, por palavra, por escripto ou por factos d'onde elle necessariamente se deduzza (artt. 647.º e 648.º);

c) *objecto possivel*, physica e legalmente (art. 669.º).

Os contractos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos, não podendo ser revogados ou alterados senão por mutuo consentimento dos contrahentes, salvas as excepções especificadas na lei (art. 702.º) e ficando o contrahente, que falta ao cumprimento do contracto, responsavel, em regra, pelos prejuizos que causa ao outro contrahente (art. 705.º).

Os direitos e obrigações resultantes dos contractos pódem ser transmittidos entre vivos ou por morte, salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoaes, por sua natureza, por effeito do contracto ou por disposição da lei (art. 703.º).

Por diversos meios podem as partes assegurar

o cumprimento das obrigações contrahidas. Esses meios são :

a) *Fiança* — garantia, por terceiro, do cumprimento das obrigações resultantes de um contracto, no caso do seu não pagamento por parte da pessoa afiançada (art. 818.º).

Podem afiançar todos os que podem contractar, excepto as mulheres não commerciantes (art. 819.º), excepção que, por sua vez, é limitada pelo art. 820.º.

A fiança, que não póde exceder a divida principal, nem ser contrahida sob condições mais onerosas (art. 823.º), póde ser estipulada entre o fiador e o crédor, ainda sem consentimento do devedor, ou do primeiro fiador, se ella se referir a este (art. 821.º). É nulla a fiança que recáe em obrigação que não seja válida, excepto se a nullidade da obrigação proceder unicamente de incapacidade pessoal (artt. 822.º, 1535.º e 1536.º).

b) *Penhor* — garantia do cumprimento da obrigação do devedor, pela entrega ao credor ou a quem o represente, de objecto movel que lhe sirva de segurança (art. 855.º).

Podem ser dados em penhor todos os objectos moveis que podem ser alienados

(art. 856.º), podendo o penhor ser constituído pelo proprio devedor ou por terceiro, ainda sem seu consentimento (art. 859.º). O contracto de penhor só pôde produzir os seus effeitos, entre as partes, pela entrega da coisa empenhada, presuppondo a restituição d'esta a rescisão do direito ao mesmo penhor, se o credor não provar o contrario (artt. 858.º e 871.º).

- c) *Consignação de rendimentos* — que se verifica quando o devedor estipula o pagamento successivo da divida e seus juros, ou só do capital, ou só dos juros, por meio da applicação dos rendimentos de certos e determinados bens immobiliarios (art. 873.º).

Quando recaír sobre bens immoveis, só poderá ser celebrado por escriptura publica, e, para produzir effeito para com terceiros, deve ser devidamente registado (art. 875.º).

- d) *Privilegios creditorios*, isto é, a faculdade que a lei concede a certos credores de serem pagos com preferencia a outros, independentemente do registo dos seus creditos (art. 878.º).

Ha duas especies de privilegios creditorios: mobiliarios e immobiliarios, subdividindo-se os primeiros em *especiaes*, que

abrangem só o valor de certos e determinados bens mobiliarios, e *geraes*, que abrangem o valor de todos os bens mobiliarios do devedor. Os immobiliarios são sempre especiaes (art. 879.º).

e) *Hypotheca* — direito concedido a certos credores de serem pagos pelo valor de certos bens immobiliarios do devedor, e com preferencia a outros credores, achando-se os seus creditos devidamente registados (art. 888.º).

A *hypotheca*, que só póde recair em bens immobiliarios, que não estejam fóra do commercio (art. 889.º), onera os bens em que recae e sujeita-os directa e immediatamente ao cumprimento das obrigações a que serve de segurança, seja quem fôr o possuidor dos mesmos bens (art. 892.º).

Só podem ser hypothecados (art. 890.º):

1) os bens immoveis e os immobilisados, de que se faz menção nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 375.º;

2) o usufructo dos mesmos bens;

3) o dominio directo e o dominio util nos bens emphyteuticos.

As *hypothecas* são legaes ou voluntarias: as primeiras resultam immediatamente da lei, sem dependencia da vontade das par-

tes, e existem pelo facto de existir a obrigação a que servem de segurança; as segundas nascem de contracto ou de disposição de ultima vontade (artt. 904.º, 905.º e 910.º).

f) *Registo* — inscripção dos respectivos direitos nos livros da conservatoria, para os tornar conhecidos de terceiro (artt. 949.º e 950.º).

Estão sujeitos ao registo:

1) as hypothecas;

1.º a servidão e o compascuo;

2.º o uso, a habitação e o usufructo;

3.º a emphyteuse e a subemphyteuse;

4.º o censo e o quinhão;

5.º o dote;

2) os onus
reacs.

6.º o arrendamento por mais de um anno, havendo adiantamento de renda, e por mais de quatro, não o havendo;

7.º A consignação de rendimentos para pagamento de quantia determinada ou por determinado numero de annos.

Vej.Codigo de Processo civil, artt. 881.º,

884.º e 886.º e Regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898, art. 89.º.

3) as acções reaes sobre designados bens immobiliarios, e quaesquer outras que se dirigem a haver o dominio ou a posse d'elles; as acções sobre nullidade do registo ou do seu cancellamento; e as sentenças proferidas e passadas em julgado sobre qualquer d'estas acções;

4) as transmissões de propriedade immovel, por titulo gratuito ou oneroso;

5) a posse, nos termos do artigo 524.º;

6) a penhora em bens immobiliarios.

Os effeitos do registo subsistem emquanto este não é cancellado (art. 965.º). A falta de registo dos titulos e direitos a elle sujeitos não impede que sejam invocados em juizo, entre as proprias partes ou seus herdeiros ou representantes; mas, para com terceiros, os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registo, excepto quando se trate de transmissão de propriedade immovel indeterminada (art. 951.º).

g) Nullidade dos actos e contractos celebrados em prejuizo de terceiro (art. 1030.º).

Podem ser rescindidos a requerimento

dos interessados, tanto os actos e contractos verdadeiros como os simuladamente celebrados pelos contractantes com o fim de defraudar os direitos de terceiro; mas ao passo que os actos e contractos simulados — aquelles em que as partes declaram ou confessam falsamente alguma cousa, que na verdade se não passou ou que entre ellas não foi convencionada — podem ser annullados e rescindidos a todo o tempo (art. 1031.º), os actos e contractos verdadeiros, celebrados pelo devedor em prejuizo do crédor, só podem ser rescindidos, a requerimento d'este, a) se o credito fôr anterior ao dito acto ou contracto e b) d'este contracto resultar a insolvencia do devedor (art. 1033.º). Dá-se a insolvencia quando a somma dos bens e credits do devedor, estimados no justo valor, não eguala a somma das suas dividas (art. 1036.º).

- h) *Evicção*, que consiste no facto de ser o individuo, que adquiriu uma cousa por contracto oneroso, privado d'ella por terceiro, que á mesma tinha direito. Aquelle facto envolve para o alheador a obrigação de indemnizar o evicto (art. 1046.º).

A prestação da evicção não tem, porém, logar (art. 1051.º):

1) se assim foi estipulado ou se, sendo advertido o adquirente do risco da evicção, o tomou sobre si;

2) se, conhecendo o adquirente o direito do evictor, dolosamente o tiver occultado ao alheador;

3) se a evicção proceder de causa posterior ao acto da transferencia, não imputavel ao alheador, ou de facto do adquirente, quer seja posterior, quer anterior ao mesmo acto;

4) se o adquirente não tiver chamado á auctoria o alheador.

O legislador português regulou expressamente quinze contractos. São os seguintes:

a) *Casamento* — contracto perpetuo feito entre duas pessoas de sexo differente, com o fim de constituirem legitimamente a familia (art. 1056.º).

Ha duas especies de casamento: o catholico, para as pessoas que professam a religião catholica, e o civil, para todas as outras (art. 1057.º).

Mas, porque a lei declara que, para a

celebração do casamento civil, não possa haver inquerito prévio ácerca da religião dos contrahentes (art. 1081.º), nada obsta a que os catholicos celebrem na presença do official do registo civil o contracto de casamento.

O casamento catholico só pôde ser annullado no juizo ecclesiastico, e nos casos previstos nas leis da egreja, recebidas no reino (art. 1086.º); a annullação do casamento, contrahido entre subditos portuguezes, pela fórma instituida na lei civil, só pôde ser proferida pelos tribunaes civis (art. 1089.º).

O casamento, quanto ao regimen de bens, pôde revestir quatro typos:

1) *Communhão geral de bens, ou segundo o costume do reino*, consistindo na communhão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei (prazos de livre nomeação; bens doados ou legados com a condição da incommunicabilidade; bens herdados pelo pae ou mãe viuvos, por morte de filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido; as duas terças partes dos bens, que possuir o conjuge, que passar a segundas nupcias, ou dos que herdar

de seus parentes, tendo, de anterior matrimonio, filhos ou outros ascendentes ; vestidos e roupas do uso pessoal dos esposos e as joias esponsalicias dadas pelo esposo antes do casamento) (artt. 1099.º e 1108.º a 1124.º). A communhão acaba pela dissolução do matrimonio ou pela separação, em conformidade da lei (art. 1121.º).

2) *Simples communhão de adquiridos*, em que os bens, que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão, por outro qualquer titulo gratuito ou por direito proprio anterior, serão considerados e regidos como o são os bens propios, quando é feito segundo o costume do reino (artt. 1100.º e 1130.º a 1133.º). A communhão dos adquiridos acaba nos mesmos casos, em que termina a communhão universal (art. 1132.º).

3) *Separação de bens*, em que cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence, podendo dispôr dos respectivos bens livremente, quando a lei de outra fórma não disponha (artt. 1101.º e 1125.º a 1129.º). A separação de bens acaba nos mesmos casos, em que termina a communhão geral de bens (artt. 1126.º e 1132.º).

4) *regimen dotal* (artt. 1102.º e 1134.º a 1165.º).

A mulher póde dotar-se a si propria com os seus bens, ou ser dotada por seus paes ou por outrem, comtanto que todos os interessados intervenham, por si ou por seus procuradores, no mesmo contracto (art. 1135.º); podendo ser objecto de dote tanto os bens mobiliarios, como os immobiliarios, e tanto os bens, que a mulher já possui, como os que de futuro venha a adquirir por testamento ou por successão legitima (art. 1136.º). O dote estipulado é devido com todos os seus rendimentos desde a celebração do casamento, se outra cousa não tiver sido convencionada (art. 1144.º).

A sociedade conjugal póde ser interrompida, ou pelo que toca ás pessoas e bens dos conjuges, ou só pelo que respeita aos bens (art. 1203.º). No primeiro caso, póde ser causa legitima de separação *a)* o adulterio da mulher, *b)* o adulterio do marido com escandalo publico ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal, *c)* as sevicias e injurias geraes; no segundo caso, a má administração dos bens pelo marido, de maneira a achar-se a mulher em perigo

manifesto de perder o que é seu (artt. 1204.º e 1219.º).

b) *Sociedade*, contracto que se verifica quando um individuo se associa com outro ou outros, pondo em commun todos ou parte dos seus bens, a sua industria, simplesmente, ou os seus bens e industria conjunctamente, com o fim de repartirem entre si os proveitos ou perdas que possam resultar d'essa communhão (art. 1240.º).

A sociedade póde existir por convenção expressa ou por factos, de que se deduza necessariamente a sua existencia (art. 1241.º).

Póde ser :

1) *Universal*, abrangendo todos os bens moveis e immoveis, presentes e futuros, ou só os moveis, fructos e rendimentos dos immoveis presentes e todos os bens que se adquirirem de futuro (art. 1243.º).

A sociedade universal de todos os bens presentes e futuros só póde constituir-se por escriptura publica (art. 1244.º).

2) *Particular* — a que se limita a certos e determinados bens, aos fructos e rendimentos d'estes, ou a certa e determinada industria (art. 1249.º). Só por escriptura publica póde ser constituída qualquer socie-

dade particular, em cujos haveres entre a propriedade de algum immovel (art. 1250.º).

3) *Familiar* — a que se dá entre irmãos, ou entre paes e filhos maiores (art. 1281.º).

Póde ser expressa ou tacita, segundo resulta de **convenção expressa** ou do facto de terem os interessados vivido, por mais de um anno, em communhão de mesa e habitação, de rendimentos e despesas, de perdas e ganhos (art. 1282.º). A sociedade familiar abrange o uso, e os rendimentos dos bens dos socios, o producto do seu trabalho e industria, e os bens que os socios possuirem indivisamente (art. 1284.º).

4) *Parceria rural*, abrangendo a *parceria agricola* e a *pecuaria*, verificando-se aquella quando alguma pessoa dá a outrem algum predio rustico, para ser cultivado por quem o recebe, mediante o pagamento de uma quota de fructos, do modo que entre si accordarem; e tendo logar a segunda quando uma ou mais pessoas entregam a outra, ou outras, certos animaes ou certo numero d'elles, para os criarem, pensarem e vigiarem, com o ajuste de repartirem entre si os bens futuros em certa proporção (artt. 1298.º, 1299.º e 1304.º).

c) *Mandato* ou *procuradoria* — contracto pelo qual uma pessoa se encarrega de prestar ou fazer alguma cousa, por mandado e em nome de outrem (art. 1318.º).

Póde ser verbal ou escripto e, n'este caso, o documento, em que o mandante ou constituinte exprime o seu mandato, chama-se *procuração*; — e póde ser:

1) *publica*, se é feita por tabellião ou pelo escrivão respectivo, sendo exarada em alguns autos;

2) *particular*, se é escripta e assignada pelo mandante, ou escripta por outrem e assignada pelo mandante e mais duas testemunhas (artt. 1319.º a 1321.º).

São havidas por publicas a procuração escripta e assignada pelo mandante, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por tabellião; e a escripta por pessoa diversa do mandante, mas assignada por este e por duas testemunhas, se taes assignaturas forem feitas perante tabellião, que assim o certifique e reconheça no proprio documento (art. 1322.º).

Quanto ao seu objecto, a procuração póde ser (artt. 1323.º a 1325.º):

1) *geral* — a que representa o mandato para todos e quaesquer actos, sem os espe-

cificar, só podendo auctorisar actos de mera administração ;

2) *Especial* — a que representa o mandato para certos e determinados negocios.

O mandato póde ser *judicial* ou *extrajudicial*, segundo se auctorisa o mandatario a proceder em juizo ou fóra d'elle (art. 1354.º). Para o mandato judicial, assim como para os actos que teem de realisar-se por modo authenticico, ou para cuja prova é exigido documento authenticico, é necessaria procuração publica ; para os actos, cuja prova só depende de documento particular, é sufficiente a procuração particular; para quaesquer outros actos, é admissivel a prova de simples mandato verbal (artt. 1355.º e 1327.º a 1329.º).

O mandato presume-se gratuito, não tendo sido estipulada remuneração, excepto se o objecto do mandato fôr d'aquelles, que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa (art. 1331.º).

d) *Prestação de serviços* — que póde revestir diversas fórmias :

1) *serviço domestico* — o que é prestado temporariamente a qualquer individuo por

outro, que com elle convive, mediante certa retribuição (art. 1370.º).

O contracto de prestação de serviço domestico, que, salvas as disposições dos artigos 1373.º e segg., será regulado a aprazimento das partes (art. 1372.º), quando estipulado por toda a vida dos contrahentes, ou de algum d'elles, é nullo, e pôde a todo o tempo ser rescindido por qualquer d'elles (art. 1371.º).

O contracto de serviço de menores só pôde ser celebrado com as pessoas, a cujo cargo elles estiverem, observando-se, no caso de não ter o menor quem o represente, o seguinte :

1) se o menor não exceder dez annos de idade, sendo do sexo masculino, e doze, sendo do feminino, só poderá ser obrigado o amo aos alimentos ;

2) se exceder esta idade, vencerá tudo o que fôr de costume na terra, relativamente aos serviçaes da mesma condição e idade (artt. 1389.º e 1390.º).

2) *Serviço salariado* — o que presta qualquer individuo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario (art. 1391.º).

3) *Empreitada* — que se verifica quando algum ou alguns individuos se encarregam de fazer certa obra para outrem, com materiaes subministrados, quer pelo dono da obra, quer pelo empreiteiro, mediante certa retribuição proporcionada á quantidade do trabalho executado (art. 1396.º).

4) *Serviços prestados nos exercicios das artes e profissões liberaes* (art. 1409.º).

5) *Recovagem, barcagem e alquilaria* — contracto por que qualquer ou quaesquer pessoas se obrigam a transportar, por agua ou por terra, quaesquer pessoas ou animaes, alfaias ou mercadorias de outrem (art. 1410.º).

Este contracto será regulado pelas leis commerciaes e pelos regulamentos administrativos, se os conductores tiverem constituido alguma empresa ou companhia regular e permanente. Em qualquer outro caso, observar-se-hão as regras geraes dos contractos civis, com as modificações declaradas na lei para aquelles contractos (art. 1411.º).

6) *Albergaria ou pousada* — que se dá

quando alguém presta a outrem albergue e alimento, ou só albergue, mediante a retribuição ajustada ou do costume (art. 1419.º).

Este contracto deduz-se de factos, sem necessidade de estipulação expressa, quando o que presta albergue é albergueiro por officio (art. 1419.º § unico).

7) *Aprendizagem* ou *contracto de prestação de serviço de ensino*—o que se celebra entre maiores, ou entre maiores e menores devidamente auctorisados, pelo qual uma das partes se obriga a ensinar á outra uma industria ou um officio (art. 1424.º).

Nenhum aprendiz, antes dos quatorze annos, póde ser obrigado a trabalhar mais de nove horas em cada vinte e quatro; nem, antes dos dezoito, mais de doze (art. 1427.º). Este contracto termina por morte do mestre ou do aprendiz ou por chamamento do mestre ou do aprendiz ao desempenho de serviço publico, imposto por lei, o qual seja incompativel com a continuação da aprendizagem (art. 1430.º).

8) *Deposito*—pelo qual alguém se obriga a guardar e a restituir, quando lhe seja exigido, qualquer objecto movel, que de outrem receba (art. 1431.º).

Este contracto é de sua natureza gratuito, o que não impede, todavia, que o deponente possa convencionar a prestação de qualquer gratificação (art. 1432.º).

e) *Doação*, contracto pelo qual qualquer pessoa transfere o outrem gratuitamente uma parte ou a totalidade dos seus bens presentes (art. 1452.º). A doação não póde abranger bens futuros, isto é, aquelles bens, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito ao tempo da doação (art. 1453.º).

A doação póde ser (art. 1454.º):

1) *pura* — a meramente benefica e independente de qualquer condição ;

2) *condicional* — a que depende de certo evento ou circumstancia ;

3) *onerosa* — a que traz consigo certos encargos ;

4) *remuneratoria* — a que é feita em attenção a serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de divida exigivel.

Póde ser feita verbalmente ou por escripto, tendo, no primeiro caso, e quando a coisa seja mobiliaria, de ser feita com tradição da coisa (art. 1458.º). Das doações que tiverem de produzir os seus effeitos entre

vivos e que são irrevogaveis desde que foram acceitas, excepto nos casos declarados na lei (art. 1456.º), distinguem-se as doações que tiverem de produzir os seus effeitos por morte do doador, as quaes teem a natureza de disposição de ultima vontade e ficam sujeitas ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos (art. 1457.º).

- f) *Emprestimo*—cedencia gratuita de qualquer cousa, para que a pessoa a quem é cedida se sirva d'ella com a obrigação de a restituir em especie ou em cousa equivalente (art. 1506.º).

O emprestimo diz-se *commodato*, quando versa sobre cousa que deve ser restituída na mesma especie; e *mutuo*, quando versa sobre cousa que deva ser restituída por outra do mesmo genero, qualidade e quantidade (art. 1507.º). É essencialmente gratuito: quando retribuido, toma o *commodato* a natureza de *aluguer* e o *mutuo* a de *usura* (art. 1508.º).

- g) *Contractos aleatorios* — pelos quaes uma pessoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam reciprocamente, a prestar ou fazer

certa cousa, dado certo factó ou acontecimento futuro **incerto** (art. 1537.º).

Póde revestir duas fórmas :

1) *Risco* ou *seguro*, se a prestação é em todo o caso obrigatoria e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma cousa em retribuição (art. 1538.º);

2) *Jogo* ou *aposta*, se a obrigação de fazer ou prestar alguma cousa é commum, e deve necessariamente recaír em uma das partes, conforme a alternativa do evento (art. 1539.º).

O contracto do jogo não é permittido como meio de adquirir (art. 1541.º).

h) Compra e venda— contracto em que um dos contrahentes se obriga a entregar certa cousa, e o outro se obriga a pagar por ella certo preço em dinheiro (art. 1544.º).

Se o preço da cousa consiste, parte em dinheiro, e parte em outra cousa, o contracto será de venda, quando a parte em dinheiro fôr a maior das duas; será de troca ou escambo, quando essa parte em dinheiro fôr a de menor valor; e presumir-se-ha que o contracto é de venda quando os valores das partes forem eguaes (art. 1545.º).

Podem ser objecto de compra e venda todas as cousas que estão no commercio, e não são exceptuadas por lei ou pelos regulamentos administrativos (art. 1553.º).

O contracto de compra e venda de bens mobiliarios não depende de formalidade alguma especial (art. 1589.º). O contracto de compra e venda de bens immobiliarios será sempre reduzido a escripto:

1) se o valor dos ditos bens não exceder a cincoenta mil réis, poderá a venda ser feita por escripto particular com a assignatura do vendedor, ou de outrem a seu rogo, não sabendo elle escrever, e de mais duas testemunhas que escrevam os seus nomes por inteiro;

2) se o dito valor ~~não~~ exceder a cincoenta mil réis, a venda só poderá ser feita por escriptura publica (art. 1590.º).

i) *Escambo* ou *troca* — contracto por que se dá uma cousa por outra, ou uma especie de moeda por outra especie d'ella (art. 1592.º).

j) *Locação* — que se verifica quando alguém trespassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e fruição de certa cousa (art. 1595.º).

A locação diz-se *arrendamento*, quando versa sobre coisa immovel; *aluguer*, quando versa sobre coisa movel (art. 1596.º), não fungivel, que esteja no commercio (art. 1633.º).

A fôrma do arrendamento dos bens do Estado, e de quaesquer estabelecimentos publicos é regulada pela legislação administrativa (art. 1604.º).

k) *Usura*, que se dá quando alguém cede a outrem dinheiro, ou qualquer outro objecto fungivel, com obrigação de restituir uma somma equivalente ou um objecto igual, mediante certa retribuição em dinheiro ou em coisa de outra especie (art. 1636.º).

Os contrahentes poderão convencionar a retribuição que bem lhes parecer; e nos casos em que tiver de fazer-se computação ou calculo de juros, na falta de estipulação, serão estes calculados annualmente em cinco por cento do capital (art. 1640.º).

l) *Renda* ou *censo consignativo* — contracto pelo qual uma pessoa presta a outra uma certa somma ou capital, para sempre, obrigando-se aquelle que o recebe a pagar certo interesse annual, em generos ou em di-

nheiro, consignando em alguns, certos e determinados, immoveis, a obrigação de satisfazer ao encargo (art. 1644.º).

É da natureza d'este contracto a cessão perpetua do capital prestado; porém a obrigação de pagar o interesse estipulado póde ser ou perpetua ou temporaria (art. 1645.º). O censo, ou perpetuo ou por mais de vinte annos, é distractavel no fim d'este praso, querendo o censuario, por meio de restituição da somma prestada (art. 1648.º).

m) *Emprazamento, aforamento ou emphyteuse*, que se verifica quando o proprietario de qualquer predio transfere o seu dominio util para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe annualmente certa pensão determinada, a que se chama *fôro* ou *canon* (art. 1653.º).

O contracto de emphyteuse é perpetuo; os contractos que forem celebrados com o nome e fôrma de emphyteuse, mas estipulados por tempo limitado, serão tidos como arrendamentos e, como taes, regulados pela legislação respectiva (art. 1654.º).

Só podem ser objecto de emprazamento, em regra, os bens immoveis alienaveis (artt. 1664.º a 1666.º); e, se se tratar de

predio urbano ou de chão para edificar, o fôro será sempre a dinheiro (art. 1658.º).

- n) *Censo reservativo* — contracto por que qualquer pessoa cede algum predio, com a simples reserva de certa pensão ou prestação annual, que deve ser paga pelos fructos e rendimentos do mesmo predio (art. 1706.º).

O codigo civil prohibiu para o futuro os contractos de censo reservativo, mandando considerar como emphyteuticos os que se estipularem com este nome (art. 1707.º). Havendo duvida ácerca do contracto, se é censitico ou se é emphyteutico, presumir-se-ha que é censitico, enquanto não se provar o contrario (art. 1709.º).

- o) *Transacção* — pela qual os transigentes previnem ou terminam uma contestação, cedendo um d'elles, ou ambos, de parte das suas pretensões, ou promettendo um ao outro alguma cousa em troca do reconhecimento do direito contestado (art. 1710.º).

A transacção póde ser *judicial* ou *extra-judicial*, conforme a pendencia se achar, ou não, em juizo (art. 1711.º). Esta só póde ser feita por escripto particular, ou publico, ou em auto de conciliação, mas, versando

sobre direito immobiliario, só pôde ser feita por escriptura ou por auto de conciliação (art. 1713.º); aquella far-se-ha por escriptura publica junta aos autos, ou por termo nos mesmos autos (art. 1713.º).

C) — No Liv. 3.º da Parte 2.ª tracta o Codigo dos *direitos que se adquirem por mero facto de outrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei.*

Esses direitos podem derivar da gestão de negocios ou da successão.

a) *Gestão de negocios* — administração voluntaria de negocios alheios sem auctorisação de seu dono (art. 1723.º).

O que se intromette nos negocios de outrem recebe a designação de *gestor de negocios*; a pessoa a quem os negocios pertencem é o *proprietario* ou *dono* dos negocios.

O gestor é responsavel para com o proprietario dos negocios e para com aquelles com quem contractar em nome d'elle (art. 1723.º). A ratificação da gestão pelo proprietario produzirá os mesmos effeitos que produziria o mandato expresso (art. 1726.º).

Aquelle que se intrometter na gestão de negocios, será obrigado a concluil-os,

se o proprietario não mandar o contrario (art. 1733.º).

b) *Successões.* — A successão, em sentido subjectivo — direito que tem uma pessoa a receber os bens que ficaram de um defuncto, com seus encargos — oppõe-se a successão, em sentido objectivo, isto é, a universalidade ou massa de taes bens. A esta corresponde a *herança*, que abrange todos os bens, direitos e obrigações do auctor d'ella, que não forem meramente pessoaes, ou exceptuados por disposição do dito auctor ou da lei (art. 1737.º).

Aquelle que succede na totalidade da herança, ou em parte d'ella, sem determinação de valor ou de objecto, diz-se *herdeiro*; aquelle, em cujo favor o testador dispõe de valor ou objecto determinados ou de certa parte d'elles, diz-se *legatario* (art. 1736.º).

A successão pode ser:

1) *testamentaria*, que tem logar quando alguém succede, por morte de outrem, em todos ou em parte dos seus bens, por disposição de ultima vontade (art. 1735.º). O acto pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos ou de parte dos proprios bens, chama-se *testamento*. O tes-

tamento é acto pessoal, que não póde ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbitrio de outrem, quer pelo que toca á instituição de herdeiros e de legatarios, quer pelo que respeita ao objecto da herança, quer, finalmente, pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento do mesmo testamento, podendo, todavia, o testador commetter a terceiros a repartição da herança, quando institue certa generalidade de pessoas (art. 1740.º).

O testamento póde ser livremente revogado, no todo ou em parte, pelo testador, que não póde renunciar este direito (art. 1754.º); mas esta revogação só póde ser feita em outro testamento, com as solemnidades legaes, ou por escriptura publica, ou pelo facto de haver o testador alienado, antes da sua morte, os objectos testados (art. 1755.º).

Podem testar todos aquelles a quem a lei expressamente o não prohibe (art. 1763.º). Esta prohibição respeita (art. 1764.º):

1.º — aos que não estiverem em seu perfeito juizo;

2.º — aos menores de quatorze annos, de um e outro sexo;

3.º — ás religiosas professas, emquanto se não secularisarem, ou as suas communidades não forem supprimidas.

Casos de incapacidade de testar, relativa, vem indicados nos artigos 1764.º § unico, 1766.º-1769.º, 1774.º e 1775.º.

Só podem adquirir por testamento as creaturas existentes, entre as quaes é contado o embrião; reputando-se existente o embrião, que nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias contados desde a morte do testador (art. 1776.º). Será, comtudo, válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatario venha á luz fóra do prazo dos trezentos dias (art. 1777.º).

As pessoas moraes podem succeder por testamento, tanto a titulo de herdeiros, como de legatarios, á excepção das corporações de instituição ecclesiastica, que só poderão succeder até o valor do terço da terça do testador (art. 1781.º).

Só podem adquirir por testamento, a titulo de alimentos, ou por legado em dinheiro ou em outras cousas mobiliarias, os religio-

sos **professos**, emquanto se não secularisarem ou **as suas** communidades não forem supprimidas (art. 1779.º). Outras pessoas ha que não podem aproveitar-se das disposições feitas em seu beneficio, como, por exemplo, os que houverem attentado contra a vida do testador (artt. 1780.º, 1782.º e 1783.º).

Póde o testador substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro ou herdeiros instituidos, ou aos legatarios, quando elles não possam ou não queiram acceitar a herança, quando falleçam antes da idade, em que podem testar, ou quando só devam gosar os bens por sua vida. É o que se chama *substituição*.

O Codigo civil admitte cinco especies de substituição :

1) *Vulgar* ou *directa*, para o caso em que os herdeiros ou legatarios não possam ou não queiram acceitar a herança ou o legado.

Esta substituição expira logo que a herança seja acceite (art. 1858.º e § unico).

2) *Pupillar*, se o testador nomeia quem

deve succeder aos filhos e outros descendentes, que estejam sob o seu poder, e não hajam de ficar, por sua morte, sob o poder de outro ascendente, quando aquelles venham a fallecer antes de completarem quatorze annos de idade, sem distincção de sexo (art. 1859.º).

A substituição pupillar ficará sem effeito, logo que o substituido perfaça aquella idade ou falleça deixando descendentes successivos (art. 1860.º).

3) *Quasi-pupillar*, que se verifica nas mesmas condições da antecedente, mas sem distincção de idade, no caso em que o filho ou outro descendente seja demente, comtanto que a demencia tenha sido judicialmente declarada (art. 1861.º).

Esta substituição fica sem effeito se o demente recuperar o juizo (art. 1862.º).

4) *Reciproca*, se os coherdeiros ou legatarios por partes eguaes forem substituidos reciprocamente.

Entende-se, n'este caso, que o foram na mesma proporção; e, se os chamados á substituição forem mais que os instituidos, e nada se declarar, entender-se-ha que foram

substituidos em partes eguaes (art. 1865.º e § unico).

5) *Fideicommissaria* ou *fideicommisso*, que é a disposição testamentaria, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmittir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado (art. 1866.º).

São tambem havidas por fideicommissarias:

α) as disposições com prohibição de alienar;

β) as disposições, que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatario;

γ) as disposições, que impozerem ao herdeiro ou ao legatario o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão.

São prohibidas, para o futuro, as substituições fideicommissarias, excepto:

α) as feitas por pae ou mãe nos bens disponiveis, em proveito dos netos nascidos ou por nascer;

β) as feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador (art. 1867.º);

γ) as prestações de qualquer quantia,

impostas aos herdeiros ou aos legatarios a favor dos indigentes, para dote de raparigas pobres, ou a favor de qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade publica (art. 1872.º).

Mas a disposição testamentaria, qualquer que seja a sua natureza, não pôde, em regra, prejudicar os *herdeiros legitimarios*, isto é, aquelles que teem direito a *legitima*.

Legitima é a porção de bens, de que o testador não pôde dispôr, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente (art. 1784.º).

Esta porção consiste, geralmente, nas duas terças partes dos bens do testador (artt. 1784.º § unico e 1786.º); mas se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae ou mãe, consistirá a legitima d'elles em metade dos bens da herança (art. 1787.º).

Os herdeiros legitimarios podem, todavia, ser privados pelo testador da sua legitima, ou desherdados nos casos em que a lei expressamente o permite (art. 1875.º), só podendo, porém, essa desherdação ordenar-se em testamento e com expressa declaração da causa (art. 1880.º).

O filho póde ser desherdado por seus paes (art. 1876.º):

1.º — se, contra a pessoa d'elles, commetter delicto a que caiba pena superior á de seis mêses de prisão;

2.º — se, judicialmente, accusar ou denunciar seus paes por delicto que não seja contra a pessoa d'elle, ou contra as de seus conjuges, ascendentes, descendentes ou irmãos;

3.º — se, sem justa causa, recusar a seus paes os devidos alimentos.

Os paes podem ser desherdados pelo filho, quando contra este praticarem algum dos factos mencionados no art. 1786.º, applicando aos paes o que alli se diz ácerca dos filhos; e, bem assim, o pae, se attentar contra a vida da mãe ou esta, se attentar contra a vida do pae, e não se houverem reconciliado (art. 1878.º).

O testador póde nomear uma ou mais pessoas que fiquem encarregadas de fazer cumprir o seu testamento, no todo ou em parte, e que são denominadas *testamenteiros* (art. 1885.º).

O encargo de testamenteiro é gratuito, salvo se alguma retribuição lhe foi assi-

gnada pelo testador (art. 1892.º), e não se transmite a herdeiros, nem pôde ser delegado (art. 1906.º). Os testamenteiros terão as attribuições que o testador lhes conferir, dentro dos limites da lei (art. 1894.º).

Quanto á fôrma, o testamento pôde ser (art. 1910.º):

a) *publico*, quando é escripto por tabellião no seu livro de notas (art. 1911.º).

O testador, que quizer fazer testamento por esta fôrma, declarará a sua ultima vontade perante qualquer tabellião e cinco testemunhas idoneas (art. 1912.º); mas, se o testador não souber ou não poder escrever, deverão assistir á disposição seis testemunhas, qualquer das quaes assignará a rogo do mesmo testador (art. 1916.º).

b) *cerrado*, quando é escripto e assignado pelo testador, ou por outra pessoa a rogo do testador e por este assignado (art. 1920.º).

A pessoa, que assignar o testamento, deve rubricar todas as folhas d'elle; e o testador só pôde deixar de assignal-o não sabendo ou não podendo fazel-o, o que no mesmo testamento será declarado (§ unico do art. 1920.º).

Os que não sabem ou não podem ler são inhabeis para dispôr em testamento cerrado (art. 1923.º).

Para produzir effeitos precisa o testamento cerrado de ser devidamente approvado por tabellião, a quem o testador o apresentará, perante cinco testemunhas, declarando que elle contém a sua ultima vontade, lavrando o tabellião o competente auto logo em seguida á assignatura do mesmo testamento (artt. 1921.º e 1922.º).

c) *militar*, o que é feito por militares ou empregados civis do exercito, em campanha fóra do reino, ou ainda dentro do reino, estando cercados em praça fechada, ou residindo em terra, cujas communicações com outras estejam cortadas, se n'essa praça ou terra não houver tabellião (art. 1944.º).

O testamento militar ficará sem effeito passado um mês depois do regresso do testador ao reino, ou de ter cessado o cêrco, ou a incommunicabilidade da terra onde o mesmo testamento foi feito (art. 1945.º § 5.º).

O testamento militar póde ser dictado pelo testador, e escripto por outrem; ou escripto pelo proprio testador e por este apre-

sentado ao auditor ou a quem legalmente o póde substituir para este effeito (art. 1946.º § 2.º).

d) marítimo, o que é feito no alto mar, a bordo dos navios do Estado, por militares ou empregados civis em serviço publico (art. 1948.º).

Póde este testamento ser escripto pelo testador, ou por elle dictado ao escrivão de bordo, na presença do commandante da embarcação, e de testemunhas idoneas. O primeiro carece, porém, de ser devidamente authenticado, para produzir os seus effeitos (artt. 1949.º e 1951.º).

O testamento marítimo deve ser feito em duplicado (art. 1952.º), e só produzirá effeito fallecendo o testador no mar, ou dentro de um mês, contado desde o desembarque do dito testador em territorio português (art. 1958.º).

e) externo ou feito em país estrangeiro, o que é feito fóra do reino, por portugueses ou por estrangeiros.

Os testamentos feitos por portugueses em país estrangeiro produzirão os seus effeitos legaes no reino, sendo formulados

authenticamente, em conformidade da lei do país onde foram celebrados (art. 1961.º); os testamentos feitos por subdito não português, fóra de Portugal, produzirão n'este reino os seus effeitos legaes, ainda com relação aos bens n'elle existentes, observando-se no testamento as disposições da legislação do país onde foram feitos (art. 1965.º).

Os consules ou vice-consules portuguezes poderão servir de tabelliães, na celebração e approvação dos testamentos dos subditos portuguezes, comtanto que se conformem com a lei portuguesa, excepto no que diz respeito á nacionalidade das testemunhas, que poderão, n'este caso, ser estrangeiras (art. 1962.º).

2) *Successão legitima*, que tem logar quando qualquer pessoa se finar, sem dispôr de seus bens, ou dispozer só em parte, ou se, havendo disposto, o testamento fôr annullado ou caducar (art. 1968.º).

Defere-se na ordem seguinte (art. 1969.º):

1.º — aos descendentes;

2.º — aos ascendentes, salvo o caso do artigo 1236.º;

3.º — aos irmãos e seus descendentes;

- 4.º — ao conjuge sobrevivivo;
- 5.º — aos transversaes não comprehendidos no n.º 3.º, até ao decimo grau;
- 6.º — á fazenda nacional.

O parente mais proximo em grau excluirá o mais remoto, salvo o direito de representação nos casos em que este vigora (art. 1970.º). Dá-se o direito de representação quando a lei chama certos parentes de uma pessoa fallecida a succeder em todos os direitos em que essa pessoa succederia, se fôsse viva (art. 1980.º). As pessoas incapazes de adquirir por testamento tambem não podem adquirir por successão legitima (art. 1978.º).

Os filhos legitimos e seus descendentes succedem aos paes e demais ascendentes, sem distincção de sexo nem de idade, posto que procedam de casamentos diversos (art. 1985.º); e para que os filhos illegitimos succedam *ab-intestato* a seus paes devem ser perfilhados ou reconhecidos legalmente (art. 1989.º).

A herança póde ser acceita pura e simples, ou sel-o a beneficio de inventario (art. 2018.º), sendo a acceitação da herança,

como o repudio, um acto inteiramente voluntario e livre (art. 2021.º), e podendo acceitar ou repudiar todos os que tem a livre administração de seus bens (art. 2023.º).

A acceitação póde ser (art. 2027.º):

a) expressa, quando o herdeiro toma este titulo ou qualidade em algum acto publico ou privado.

b) tacita, quando o herdeiro pratica algum facto, de que necessariamente se deduz a intenção de acceitar, ou de tal natureza, que elle não poderia pratical-o senão na qualidade de herdeiro.

Se o herdeiro fallecer sem acceitar ou repudiar a herança, passará a seus herdeiros o direito de acceitar ou repudiar (art. 2032.º).

O repudio deve ser feito por termo, assignado pelo repudiante ou por seu procurador, perante o juiz do logar da abertura da herança (art. 2034.º).

Ninguem póde, todavia, nem sequer por contracto antenupcial, renunciar á successão de pessoa viva, ou alienar, ou obrigar os direitos, que eventualmente possa ter á sua herança (art. 2042.º).

Haverá sempre inventario, quando qualquer dos herdeiros fôr menor, interdicto, ausente ou desconhecido (art. 2064.º); entre maiores, que tenham a livre administração de seus bens, ou que não estejam comprehendidos n'aquelle artigo, só poderá fazer-se inventario judicial, sendo requerido por algum dos coherdeiros (art. 2065.º).

Á pessoa, que é encarregada de arrolar e dar á descripção e partilha os bens da herança, dá-se o nome de *cabeça de casal* (art. 2067.º), incumbindo tal encargo (art. 2068.º e 2069.º):

a) ao conjuge sobrevivivo, nos casamentos por communhão, e, nos outros, tão sómente na parte em que elle póde ter partilha;

b) na falta de conjuge sobrevivivo e nos casos em que elle não póde ser cabeça de casal, ao filho ou coherdeiro que estivesse vivendo com o fallecido, não sendo incapaz;

c) se nenhum dos filhos ou herdeiros estivesse vivendo com o fallecido, ou se, pelo contrario, estivessem todos, ao filho *varão* ou herdeiro mais velho, e, na falta d'estes, á irmã ou herdeira mais velha, não sendo incapazes;

d) se uma parte dos filhos ou coherdeiros

estivesse vivendo com o fallecido e outra não, áquelle d'entre os primeiros a quem fôr applicavel a disposição da alinea antecedente;

e) não havendo irmão ou irmã, ou coherdeiro maior, ou sendo todos incapazes, servirá de cabeça de casal o tutor.

Diz-se *collação* a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o calculo da terça e egualação da partilha (art. 2098.º). A collação poderá escusar-se entre os herdeiros legitimarios, se o doador houver assim declarado, ou o donatario repudiar a herança, salvo o direito de redução, no caso de inofficiosidade (art. 2099.º).

III. — A parte terceira do Codigo civil trata do *direito de propriedade*, determinando a sua noção, estabelecendo as differentes classificações da propriedade e decompondo-a nos seus elementos ou direitos constitutivos.

Propriedade ou direito de propriedade é a faculdade que o homem tem de applicar á conservação da sua existencia e ao melhoramento da sua con-

dição tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, póde dispôr livremente (art. 2167.º).

A propriedade é absoluta ou resolúvel, singular ou commum, perfeita ou imperfeita (art. 2168.º):

a) absoluta, a que, pelo titulo da sua constituição, não póde ser revogada senão por consentimento do proprietario, excepto no caso de expropriação por utilidade publica (art. 2171.º). A propriedade presume-se absoluta emquanto o contrario se não provar (art. 2172.º).

b) resolúvel, a que, pelo titulo da sua constituição, está sujeita a ser revogada independentemente da vontade do proprietario (art. 2171.º).

c) singular, a que pertence a uma unica pessoa (art. 2175.º).

d) commum, a que pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente (art. 2175.º).

O uso e administração da coisa ou do direito commum serão regulados pelo que fica disposto nos artigos 1249.º e seguintes (art. 2179.º). Nenhum comproprietario será

obrigado a permanecer na indivisão, e poderá em todo o tempo requerer partilha, excepto:

1.º — nos casos de casamento ou sociedade, em conformidade das respectivas disposições d'este código;

2.º — se a coisa ou o direito fôr de sua natureza não-partivel (art. 2180.º).

A divisão dos bens immobiliarios é nulla, não sendo feita em escriptura ou auto publico (art. 2184.º).

e) *perfeita*, a que consiste na fruição de todos os direitos contidos no direito de propriedade (art. 2187.º).

Esses direitos são (art. 2169.º):

1) *direito de fruição*, que abrange (art. 2169.º):

α) o direito de perceber todos os fructos naturaes, industriaes ou civis da coisa propria;

β) o direito de accessão.

Dá-se a **accessão** quando, com a coisa que é propriedade de alguém, ou une e incorpora outra coisa que lhe não pertencia. Póde ser produzida pela acção da natureza ou por industria do homem (art. 2289.º).

Pertence ao dono da coisa ou do predio

tudo o que, por effeito da natureza ou casualmente, accrescer á mesma cousa ou ao mesmo predio (art. 2290.º).

Dá-se accessão industrial quando, por facto do homem, se confundem objectos pertencentes a diversos donos; ou quando um individuo applica o proprio trabalho a materia que pertence a outrem, confundindo o resultado d'esse trabalho, propriedade sua, com a propriedade alheia.

Esta accessão póde ser mobiliaria ou imobiliaria, conforme a natureza dos objectos (art. 2298.º).

γ) o direito de accesso ou transito.

Os proprietarios de terrenos encravados, isto é, que não tenham communicação alguma com as vias publicas, podem exigir caminho ou passagem pelos predios visinhos, indemnizando o prejuizo, que com esta passagem venham a causar (art. 2309.º).

Se fôr indispensavel, para reparar algum edificio, levantar andaimes, collocar alguns objectos sobre predio alheio, ou fazer passar por elle os materiaes para a obra, será o dono do dito predio obrigado a consentil-o, comtanto que seja indemnizado de qualquer prejuizo, que d'ahi lhe provenha (art. 2314.º).

2) *direito de transformação*, que abrange a faculdade de modificar ou alterar por qualquer maneira, em todo ou em parte, e até de destruir a substancia da coisa propria (art. 2315.º).

3) *direito de exclusão e defesa*, pelo qual o proprietario tem o direito de gosar da sua coisa com exclusão de qualquer outra pessoa, e de empregar para esse fim todos os meios que as leis não vedam (art. 2339.º).

Este direito abrange:

α) o direito de demarcação.

O proprietario, e bem assim qualquer usufructuario ou possuidor em proprio nome, tem o direito de obrigar os donos dos predios confinantes a concorrerem para a demarcação das respectivas extremas entre o seu predio e os d'elles (art. 2340.º). Este direito é imprescriptivel, salvo o direito de prescripção pelo que respeita á propriedade (art. 2345.º).

β) o direito de tapagem.

Todo o proprietario póde murar, vallar, rodear de sebes a sua propriedade, ou tapal-a de qualquer modo, conformando-se com a disposição da lei (art. 2346.º).

γ) o direito de defesa.

Todo o proprietario tem o direito de defender a sua propriedade, repellindo a força pela força, ou recorrendo ás auctoridades competentes (art. 2354.º).

4) *direito de retribuição e indemnização*, pelo qual aquelle, cuja propriedade ou cujos direitos forem violados ou usurpados, será restituído e indemnizado, nos termos declarados no Codigo civil e no Codigo de processo (art. 2356.º).

5) *direito de alienação*, pelo qual o proprietario pôde alienar a sua propriedade, por qualquer dos modos por que esta pôde ser adquirida (art. 2357.º).

O direito de propriedade e cada um dos direitos especiaes que esse direito abrange, não teem outros limites senão aquelles que lhes forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario, ou por disposição expressa da lei (art. 2170.º).

f) *imperfeita*, a que consiste na fruição de parte dos direitos contidos no direito de propriedade (art. 2187.º).

São propriedades imperfeitas as seguintes (art. 2189.º):

1.º — a *emphyteuse* e a *sub-emphyteuse* (art. 1653.º);

2.º — o *censo* (art. 1644.º);

3.º — o *quinhão*, que é o direito que qualquer pessoa tem de receber uma quota parte da renda de um predio indiviso, encabeçado em um dos comproprietarios do mesmo predio e por elle possuido.

O comproprietario, em que o predio está encabeçado, tem o nome de *posseiro*; os outros comproprietarios o de *quinhoeiros* (art. 2190.º e § 1.º).

4.º — o *usufructo*, o *uso* e a *habitação*.

O usufructo é o direito de converter em utilidade propria o uso ou producto de coisa alheia, mobiliaria ou immobiliaria (art. 2197.º).

Póde ser constituido por acto entre vivos, por ultima vontade ou por disposição da lei (art. 2198.º) e condicional ou puramente (art. 2200.º).

O direito de uso consiste na faculdade concedida a alguma ou a algumas pessoas de servir-se de certa coisa alheia, tão sómente emquanto o exigirem as suas necessidades pessoas quotidianas (art. 2254.º).

O direito de habitação é o direito de uso referido a casa de morada (§ unico do art. 2254.º).

Os direitos de uso e habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufructo, e são egualmente regulados pelo seu titulo constitutivo, observando-se, na sua falta ou deficiencia, as disposições dos artigos 2256.º e segg. (art. 2255.º).

5.º — o *compascuo*, que consiste na communhão de pastos de predios pertencentes a diversos proprietarios (art. 2262.º).

Só pôde ser constituido por concessão expressa dos proprietarios, resultante de contracto ou de disposição de ultima vontade (art. 2264.º); e só é permittido estabelecer tal direito sobre predios certos e determinados, e por convenção expressa entre individuos tambem certos e determinados (art. 2265.º).

6.º — a *servidão*, encargo imposto em qualquer predio, em proveito ou serviço de outro predio pertencente a dono differente.

O predio sujeito á servidão diz-se *serviente*, e o que d'ella se utiliza *dominante* (art. 2267.º).

As servidões, que são inseparaveis dos

predios, a que, activa ou passivamente, pertencem (art. 2268.º), podem ser :

a) quanto ao seu exercicio :

1) *continuas*, aquellas cujo uso é ou póde ser incessante, independentemente de facto do homem ;

2) *descontinuas*, as que dependem de facto do homem (art. 2270.º §§ 1.º e 2.º).

b) quanto á sua fórma :

1) *apparentes*, as que se revelam por obras ou signaes exteriores ;

2) *não apparentes*, as que não aprezentem indicio algum exterior (art. 2270.º §§ 3.º e 4.º).

c) quanto á sua origem :

1) *convencionaes*, as constituídas por facto do homem ;

2) *naturaes*, as que derivam da natureza das cousas ;

3) *legaes*, as derivadas da lei (art. 2271.º).

As servidões continuas, apparentes, podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir declarados no codigo (art. 2272.º) e ainda por destinação do pae

de familias (art. 2274.º); as servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, apparentes ou não apparentes, tambem pódem ser adquiridas por qualquer modo, excepto por prescripção (art. 2273.º).

As servidões acabam :

- 1) pela reunião dos dois predios, dominante e serviente, no dominio da mesma pessoa;
- 2) pelo não uso, durante o tempo necessario para haver prescripção;
- 3) pela renuncia ou cedencia do dono do predio dominante (art. 2279.º).

IV. — Trata a parte quarta do Codigo civil da *offensa dos direitos e da sua reparação*.

A) Da *responsabilidade civil* occupa-se o livro I, começando-se por declarar que todo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado, por todos os prejuizos que lhe causa (art. 2361.º).

Os direitos pódem ser offendidos por factos ou por omissão de factos (art. 2362.º), factos ou omissões de factos que pódem produzir responsabilidade criminal, ou simplesmente responsabilidade civil, ou uma e outra responsabilidade simultaneamente (art. 2363.º).

A responsabilidade criminal consiste na obrigação, em que se constitue o auctor do facto ou da omissão, de submeter-se a certas penas decretadas na lei, as quaes são a reparação do damno causado á sociedade na ordem moral. A responsabilidade civil consiste na obrigação, em que se constitue o auctor do facto ou da omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado (art. 2364.º).

O direito de exigir reparação, bem como a obrigação de a prestar, transmite-se com a herança, excepto nos casos em que a lei expressamente determina o contrario (art. 2366.º).

B) *Prova* é a demonstração da verdade dos factos allegados em juizo (2404.º).

A obrigação de provar incumbe áquelle que allega o facto, excepto se tiver em seu poder alguma presumpção de direito (art. 2405.º).

Os unicos meios de prova admittidos pelo Codigo, são :

- 1) *Confissão das partes* — reconhecimento expresso, que a parte faz, do direito da parte contraria ou da verdade do facto por esta allegado (art. 2408.º).

Póde ser :

α) *judicial*, a que se faz em juizo competente, por termo nos autos, nos articulados, ou em depoimento pela propria parte, ou por seu procurador com poderes especiaes (art. 2410.º).

β) *extrajudicial*, a que se faz por modo diverso do que acabamos de indicar (art. 2414.º). Póde ser *authentica* ou *particular*, segundo se faz em escriptura ou auto publico ou verbalmente ou por escripto particular (art. 2415.º).

- 2) *Vistorias e exames* — meios de prova applicaveis á averiguação de factos que tenham deixado vestigios, ou possam ser sujeitos a inspecção ou exame ocular (art. 2418.º).

A prova, que resultar da vistoria ou do exame, será avaliada pelo julgador, conforme as circumstancias ou demais provas da causa (art. 2419.º).

- 3) *Prova documental* — a que resulta de documento escripto (art. 2420.º).

Os documentos para o effeito da prova podem ser :

a) *authenticos*, os exarados por official publico ou com a intervenção d'este exigida por lei (art. 2422.º).

São :

α) officiaes, os que forem exarados ou expedidos pelas repartições do estado, camaras municipaes ou auctoridades ecclesiasticas prepostas á administração das dioceses, e bem assim os actos judiciaes e os documentos lançados nos registos de todas as repartições publicas, quer extintas, quer existentes.

β) extra-officiaes, os instrumentos, actos ou escripturas, exarados por officiaes publicos ou com sua intervenção, nos casos em que por lei é exigida, e destinados á verificação de contractos ou á conservação ou á transmissão de direitos (art. 2423.º).

b) particulares, os escriptos ou assignados por qualquer pessoa, sem intervenção de official publico (art. 2431.º).

4) *Caso julgado*, que é o facto ou o direito tornado certo por sentença de que já não ha recurso (art. 2502.º).

5) *Prova testemunhal* — audição de testemunhas sobre certos factos.

A prova por testemunhas admittir-se-ha em todos os casos em que não seja expressamente defesa (art. 2506.º).

É inadmissivel:

a) em contrario ou além do conteúdo de documentos authenticos, excepto sendo arguidos de falsidade (art. 2507.º);

b) em contrario ou além do conteúdo de escriptos particulares legalisados, nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, excepto se esses escriptos forem arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia (art. 2508.º).

6) *Presumpções*, que são as consequencias ou illações que a lei (presumpções legaes) ou o julgador (presumpções judiciaes) deduz de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (art. 2516.º).

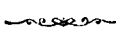
As presumpções legaes podem ser illidadas por qualquer prova em contrario, excepto nos casos em que a lei absolutamente o prohibir (art. 2518.º): as primeiras dizem-se *tantum juris*, as segundas *juris et de jure*.

As presumpções, que não forem estabelecidas por lei, dependem do prudente arbitrio do julgador; mas só podem ser admittidas nos casos em que a prova testemunhal é de receber (art. 2519.º).

7) *Juramento*. Não póde, como meio de prova,

ser prestado por procurador, nem recaír sobre factos que não toquem pessoalmente á parte a quem é deferido (art. 2520.º).

Póde ser :

- a) *decisorio*, o que uma das partes defere ou refere á outra, para decisão do pleito;
 - b) *suppletorio*, o que é deferido pelo juiz a alguma das partes, para complemento da prova (art. 2522.º).
- 

DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

2.^a série

CAPITULO IV

Principios sobre a applicação e a interpretação das leis (1)

1. — Applicação e interpretação da lei.

A execução das leis, na sua adaptação ás diferentes relações sociaes, faz-se natural e espontaneamente 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 órgão 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.

(1) Para não pretermirmos materias cujo conhecimento, n'esta cadeira, é indispensavel, reproduzimos, a titulo provisorio, das lições do Sr. Dr. Tavares, o objecto dos capitulos IV e V. Este facto não impede, porém, a continuação da publicação das nossas lições, que ficarão completas, na parte referente ao direito objectivo, no actual anno lectivo.

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.

2. — Noção e necessidade da interpretação das leis.

A *interpretação* das leis define-se geralmente 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.

É 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 também *na declaração do conteúdo do direito*, sendo por isso constituída 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.

É pela interpretação das leis que se determinam as *relações* que ellas regulam, a *extensão* das normas que contem, e os *effeitos* da sua applicação.

E como a lei, enquanto vigora, deve applicar-se sempre, o interprete tem de a estudar de modo a torna-la adaptavel ás diversas circumstancias e mo-

(1) Chironi e Abello, pag. 56.

(2) E assim o nosso grande mestre Coelho da Rocha (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 auctorizado professor e civilista italiano Chironi dizia, em 1888, no volume 1 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.

dalidades, em que podem apresentar-se os factos juridicos subordinados ao seu regimen, d'onde 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 grau de intelligencia e da maior ou menor illustração do interprete (1).

3. — **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 effectos.

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).

(1) Dr. Vasconcellos Portocarrero, cit. *Questões de jurisprudencia*, pag. 73. No mesmo sentido Dr. Teixeira d'Abreu, *Lig. 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

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, ou se attende a outros elementos, que podem concorrer para determinar o sentido da lei.

Em relação aos seus efeitos, a interpretação pôde 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 ape-

ponto de vista, em *authentica* ou *legislativa*, e *doutrinal*, subdividindo esta em *judicial* e *privada* — Dr. Vasconcellos Portocarrero, ob. cit., pag. 73 e segg.

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 character 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.

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 70; e Chironi e Abello, pag. 60, nota.

nas uma subdivisão da interpretação logica, porque a grammatical só pôde ser *declarativa*, não podendo alterar por si só o significado das palavras da lei.

4. — 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, interpretar-as, suspendel-as e revogal-as.»

Sendo assim, pôdo parecer que este devia ser o meio regular e ordinario de interpretar as leis.

Mas não é, nem pôde 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 funcionar, 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 unifor-

midade de interpretação, ou quando a jurisprudência dos tribunaes se fixa por uma fórmula injusta ou contraria ao verdadeiro significado ou conteúdo da lei (1).

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 character 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 *proibição*, nem uma *permissão*, que não existisse já anteriormente, faltando-lhe assim o character essencial de todas as leis, que é a *ordem* (2).

(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 funções sociaes não permite que o poder legislativo contraponha uma interpretação á dada pelo poder judicial, que é sem duvida mais competente para o exercicio d'esta função — *Lic. cit.* pag. 96.

(2) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, I, 41 e 42.

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 character da lei interpretativa (1).

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 a character 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 considerar-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

(1) Sr. Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç.*, pag. 94.

despachos, as sentenças e os accordãos dos diferentes 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 função característica, 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.

5. — 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 possíveis 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 redução 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 fórmulas 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 legis-

lador o purista infallível da linguagem, tendo mesmo as palavras diversos sentidos, conforme as circumstancias, acontece muitas vezes que, ou a lei se apresenta inintelligível, 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.

É por isso que a jurisprudencia de todos os povos cultos accceita unanimemente o principio de que as leis devem entender-se pela sua razão logica, tanto pelo seu espirito como pela sua lettra.

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 podem 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 circumstancias 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. É

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 circumstancias 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 etymo-

(1) Dr. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de Jurisprudencia theorica e pratica*, pag. 78 e 81.

logico das palavras, procurando 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). É o que constitue

(1) Para este effeito ha varias regras, que Gianturco, notavel jurisconsulto e eminente estadista italiano, formula 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

a chamada *interpretação logica*, a qual procura determinar o verdadeiro sentido da lei pelas relações de coexistencia e interpendencia entre as suas differentes disposições, e pelo fim e motivos da lei.

A interpretação logica é de differentes especies, conforme a sua diversa função: *declarativa*, quando se limita a explicar e esclarecer palavras ou phrases da lei, que são ambigüas, incompletas, ou obscuras; *extensiva*, quando amplia a disposição da lei a relações ou casos que, embora se não contenham expressamente 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

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 circumstancias especificas, em que o Legislador concebeu a Lei, e quiz que ella obrigasse; e do fim, e da razão, que o moveram a estabece-la».

No mesmo sentido, Savigny, *Traité de droit romain*, vol. 1.º, pag. 221 e seg.

(1) Gianturco, *obr. cit.*, pag. 28, estabelece as seguintes

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 da lei, que precisam de ser interpretadas: disposições inintelligiveis, 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 á 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.

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 commun.

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 também a afinidade.

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 se lê *substituto*, em vez de *substituído*; 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 d'este 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).

6. — Elementos de 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 se-

(1) Dr. Portocarrero, pag. 86 e 87.

guiu, e pelas condições sociaes que provocaram a sua elaboração; o segundo exerce a mesma função pelo exame das relações de solidariedade e dependencia que prendem as diversas instituições do direito, como corpo de doutrinas scientificamente organizado.

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 criação arbitraria do legislador, é pelo contrario uma resultante necessaria do conjunto das necessidades e relações sociaes que elle é destinado a garantir e desenvolver. D'ahi a função 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 funcionamento em cada phase da sua existencia pelas relações com as anteriores e pelas condições socies 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, relatorios, actas das commissões, e discussões tanto parlamentares como extraparlamentares) (1).

(1) Sobre os trabalhos preparatorios das leis, como ele-

Relativamente ao nosso código civil, poucos elementos nos fornecem os trabalhos preparatórios.

O código não foi precedido, como é costume, de relatório ou exposição dos motivos e fim da lei.

As actas da comissão 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.

mento historico da interpretação, fórmula 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 comissões 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 juriscultos.

A discussão extra-parlamentar é que nos fornece alguns subsidios, espalhados nos folhetos que foram publicados sob o projecto do codigo (1).

(1) 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 (1850);

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 de 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);

Resposta ás reflexões do Sr. Dr. Vicente Ferrer Netto

«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 parallellos* (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

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).

(1) Dr. Portocarrero, *obr. cit.*, pag. 95 e 96.

suppôr, por virtude da presumida coherencia do legislador. E igual valor teem os logares paralelos, que são as disposições legaes textualmente afastadas do que se pretende interpretar, mas tam relacionadas entre si e com esta, que a interpretação de uma deve necessariamente influir na das outras.

7. — Processos da interpretação logica.

Da doutrina exposta resulta que para bem determinar 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 approximando-as todas, e comparando-as.

b) *Determinar as suas fontes*: se a lei reproduz um preceito de lei anterior, nacional ou estrangeira, 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.

É por isso que o estudo comparado do nosso código com os códigos estrangeiros, 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 d'este 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 código civil, os que acima enumerámos.

Como os artigos dos diversos projectos se não ajustam na sua numeração aos do código 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 Código Civil português*.

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 afestar-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).

8. — 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 à *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.

(1) Baudry — Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1, 191; Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 66 e 67.

A analogia é um processo muito eficaz, e perfeitamente legítimo, da interpretação jurídica, porque se funda na presumpção, igualmente legítima, de que o legislador, se tivesse previsto os casos não expressos na lei, os teria regulado pelas mesmas ou análogas disposições com que regulou os casos identicos ou semelhantes.

Mas sendo assim, é claro que a argumentação por analogia só pôde 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 pôde empregar-se por virtude da propria lei logicamente interpretada. Taes são:

a) A lei, que faz excepção ás regras geraes, não pôde 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 pôde 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).

(1) Dr. Portocarrero, pag. 102. Cfr. supra nota da pag. 134.

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 (1).

Como se vê, o argumento da *analogia* faz parte integrante dos elementos de interpretação logica, é do espirito da lei, e, por isso, é que nós considerámos a analogia consignada no art. 16.º como fonte subsidiaria do direito.

Da mesma fôrma 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*

(1) Coelho da Rocha, vol. 1, pag. 26; Dr. Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, vol. v, pag. 233.

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 submeter á mesma disciplina, do que nas *hypotheses* previstas na referida lei.

Assim, por exemplo, o art. 1867.º do código 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 legatário; 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 pôde o mais, pôde 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 pôde 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* — *Inclusionem unius fit exclusio alterius*.

O argumento *a contrario* carece, porém, de ser empregado só com a maxima cautela e prudencia, porque muitas vezes pôde 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).

(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) É necessario que a disposição, em sentido contrario da qual pretendemos argumentar, seja de character 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) É 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) É preciso verificar-se, admittindo uma regra especial para certos e determinados casos, o legislador teria realmente a intenção de submeter 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 di-

Note-se por fim que são todos os factores da interpretação jurídica 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, 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*.

versa 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 jurídica, com especial applicação a algumas disposições do nosso código civil, deve ver-se o referido estudo do Dr. A. Portocarrero.

9. — 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.º, 12.º, 13.º, 14.º e 15.º, 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 d'estes 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.

10. — Principio da egualdade da lei.

Este principio é assim consignado no art. 7.º :

« 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 desigual 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 portuguezes, 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 profiados os esforços de

alguns pensadores no sentido de se estabelecer a perfeita egualdade civil dos dois sexos:

Essa egualdade, no sentido de 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 código, 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 poderíamos enunciar o mesmo principio, dizendo que a lei disciplina e rege os factos, sempre pela mesma fórmula, qualquer que seja a pessoa a quem elles possam interessar — salvo nos casos especialmente exceptuados d'esta regra pela mesma lei.

Só assim pôde e deve entender-se o art. 7.º do código civil.

11. — 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 d'esse 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 d'este 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, tão 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.

De *meios indispensaveis* falla, porém, o codigo; e por isso, não póde o sujeito do direito, na falta

(1) Coelho da Rocha, obr. cit., § 49.º.

de indicação, geral ou especial, dos meios para o seu exercício, usar indifferentemente d'aquelles que mais agradaveis lhe forem, pois a lei só legitíma os *indispensaveis*.

Assim, por exemplo, o art. 480.º do código 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, comtanto 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 legitíma 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 d'elle, 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 d'ellas, quando perturbado ou esbulhado da sua posse, costuma valer-se da *propria força*, para se manter ou restituir, a fim 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).

(1) O nosso povo, diz o Dr. Teixeira d'Abreu, sempre astuto na defesa dos seus interesses, usa geralmente dum

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 d'este 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, os prejuizos resultantes, para terceiro, deste mesmo exercicio nunca podem ser motivo de responsabilidade para quem os produz, visto que a

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 lugar 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.

responsabilidade civil sómente se origina na offensa ou violação dos direitos alheios, como se reconhece expressamente no art. 2361.º do mesmo código.

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 legais, nos precisos termos em que a lei o define e especifica.

Assim, por exemplo, o art. 2317.º do código civil permite 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 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 código 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 pôde até caber-lhe responsabilidade criminal, se tiver procedido com dolo, ao *aprumar* a arvore.

12. — Principios 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 circumstancias de facto que se verificam no caso; e resolvem essa collisão por modo a evitar prejuizos, o mais que fôr possivel.

É assim que na collisão de direitos eguaes, ou da mesma especie, 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 200\$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, obr. cit. (1.^a edição), I, 35.

CAPITULO V

Applicação das leis no tempo

13. — O problema da applicação das leis no tempo. Disposições de direito transitorio.

Da propria natureza das leis, como regra 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 vigora.*

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 d'estas 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 consi-

dera-la em relação a tres categorias de actos ou relações jurídicas :

a) actos integralmente realizados 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 realizar-se integralmente no dominio da lei nova.✓

Para as duas primeiras categorias não offerece o problema diffculdade alguma. . .

Mas em relação á terceira é que por vezes se apresentam graves diffculdades, 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 juridicò 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 óu principio juridico, que deve ser precisamente o

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Lic. cit.*, pag. 85.

mesmo que inspira o legislador na confecção dos preceitos do direito transitorio.

14. — 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 fórmula negativa da não-retroactividade, dizendo-se que *as leis não tem 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 fórmula positiva de que *as leis tem effeito retroactivo*, emquanto não offendem *direitos adquiridos*.

A justificação d'este principio é muito simples: a lei nova, representando a ultima expressão do progresso das necessidades sociaes, deve ter applicação immediata; mas não haveria segurança alguma para os particulares, desaparecendo a confiança nas leis, se 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 através 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, apesar d'este 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 suprime direitos já definitivamente adquiridos; mas não o é, quando se limita a offender simples direitos possiveis ou meras espectativas (2).

(1) Planiol, pag. 95.

(2) Planiol, pag. 95 e 96; Lacantinerie e Houcques-

Mas adeante veremos que esta noção da retroactividade não é inteiramente adoptada pelo nosso código civil.

E certo é que aquella não é a verdadeira noção da retroactividade, pois que esta se refere á applicação das leis a factos passados anteriormente á sua vigencia, ou ás consequencias e effeitos d'estes 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 tão intuitivo, que desnecessario era consigná-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.

Fourcade, pag. 101 e 102; Dr. Teixeira d'Abreu, *Liç. cit.*, pag. 85; Capitant, pag. 45, nota.

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.

D'aqui 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, pôde 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.

É 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 d'este capitulo, ou como diz Planiol, a de *duração da applicação das leis*.

15. — A distincção entre as simples expectativas e os direitos adquiridos.

Esta distincção, que, no dizer do professor Planiol, pôde 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

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 92.

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 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).

(1) Planiol, pag. 95, nota, e 96.

(2) Vareilles-Sommières foi o escriptor que mais energeticamente 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

Geralmente, dizem os adversarios da distincção, entende-se por direito adquirido um direito definitivo, que não pôde ser tirado áquelle que o possui, enquanto que a expectativa é um direito ainda não constituido, uma esperança que pôde desaparecer.

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 constituídas sob o imperio da lei anterior.

Para evitar esta difficuldade, apresentou Laurent uma outra distincção, para substituir a classica, entre o *direito* e o *interesse* (1).

de vista pratico, pois que nenhuma das duas categorias apresenta um só character que lhe seja proprio. — Planiol, pag. 96 e nota.

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, I, nn. 153 a 161. Esta distincção foi adoptada por Huc, no seu *Commentaire théorique et pratique du code civil*, I, n. 60.

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 (1).

Vejamos, porém, as principaes definições que teem sido apresentadas para os direitos adquiridos, porque só assim podemos avaliar do alcance d'esta critica.

Meyer chama *direitos adquiridos*: os que se tornaram propriedade de quem os exerce, que d'elles 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 aquisição (Gierke, *Deutsches Privatrechts*, I, pag. 192);

Os direitos que por um acto de vontade particular do individuo foram adquiridos e feitos seus

(1) Planiol, pag. 96.

por elle (Lasalle, *System der erworbenen Rechte*, I, pag. 61);

Deve entender-se por direitos adquiridos sómente aquelles em que uma possibilidade de querer contida no direito objectivo se realisono como estado juridico concreto de um sujeito individual, por um processo qualquer, quer seja um acto juridico, um facto creador de direito ou uma lei (Gerber, *Grundzüge des Staatsrechts*, pag. 39).

Entre nós o problema do conceito dos direitos adquiridos tem sido examinado por alguns juriconsultos, 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 Reinhardt 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 tem 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 circumstancia

(1) Dr. Dias Ferreira, I, pag. 19; Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 91.

de alguns os definirem independentemente da especial oportunidade da definição para o problema da retroactividade, enquanto que outros attendem 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 direito 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 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,

(1) Gabba, *Teoria della retroattività della legge*, vol. I, liv. II, cap. II; Lomonaco, I, pag. 73.

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 constitutivos 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 constitutivos 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 supõem 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 da legislação.

Entretanto, a verdade é que este criterio é apenas a expressão dos conceitos de alguns escriptores allemães, por uma fórmula mais simples e intelligivel.

O valor d'este 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 d'ella, 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 parecenos 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

(1) Lacantinerie e Houcques-Fourcade, pag. 104 e segg.

um grande periodo de tempo, enquanto se não verifique a prescrição.

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.

16. — 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 lhes deve attribuir uma maior ou menor força obrigatoria.

E, nesta ordem de ideias, enquanto 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 retro-activo ás leis de ordem publica, e os segundos attribuiram-no ás leis prohibitivas; e esta coincidência 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 d'isso, 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 permite (1).

17. — 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 suprime no passado os effeitos já produzidos de um facto ou de um acto anterior».

Mas se-lo-ha ainda quando «modifica ou sup-

(1) Póde ver-se a indicação e critica de diversas theorias ainda menos importantes, em Chironi, *Della non retro-attività della legge*, pag. 27 e segg.

prime os effeitos a produzir ou futuros» d'este facto ou d'este 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 ninguém pôde 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, precisa-

mente 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 d'isso, a theoria de Vareilles-Sommières leva a conclusões, em certas questões de direito, que são na verdade incompreensíveis e inadmissíveis.

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).

18. — A theoria dos factos realísados 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 realísado* 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.

(1) Lacantinerie e Houcques-Fourcade, 1, pag. 112.

Esta theoria, que é defendida especialmente por Chironi (1), não é, na essencia, diversa da theoria classica dos direitos adquiridos.

É 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 realiado sob o dominio, e nos termos da lei anterior.

É o que explica o facto de o Dr. Teixeira d'Abreu ter construido uma theoria dos *direitos adquiridos*, que coincide com a dos factos realiaados 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 realiaados 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 sómente se verifiquem no dominio da lei nova, salvo nos casos em que esta expressamente determinar o contrario» (2).

(1) Chironi, pag. 65 e segg.; Chironi e Abello, pag. 85 e segg.

(2) Para completo conhecimento d'esta 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

19. — Conceito e caracter do principio da irretro-actividade das leis.

O principio da irretroactividade, como criterio regulador da applicação das leis no tempo, é

levar em conta a propria natureza da lei, que se pretende applicar, verificando em primeiro logar se acaso se trata ou de algum preceito com caracter *suppletivo*, e tomando em consideração o *facto* em que o direito se origina, os effeitos já realísados, 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 d'esta 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 póde 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

apenas um principio geral, porque, segundo a doutrina geralmente acceita, só obriga o juiz, mas

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 d'aquella 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 omissão 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 character suppletivo, regem os effeitos dos*

não o legislador, que póde attribuir ás leis effeito retroactivo, sempre que o julgue necessario e con-

actos e contractos realisados antes da lei nova, embora aquelles effeitos só mais tarde venham a produzir-se.

«Quanto ás leis, que não teem character suppletivo, é preciso distinguir se ellas são *prohibitivas, imperativas* ou *facultativas*.

«Sendo a lei antiga *prohibitiva*, é claro que á sombra d'ella 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 oppôr* 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

veniente para a melhor garantia das relações sociaes.

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 character 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 omissão d'aquelle, 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 d'esta a respeito de casos identicos.

«Devemos, porém, observar que algumas leis *preceptivas* não consignam obrigações, cujo não cumprimento vá ferir direitos de terceiro; pois são estabelecidas com certo *character* 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 funcçio-*

E, assim entendido, o principio traduz apenas o conceito de que as leis só regulam para o futuro,

narios publicos, no exercicio de suas funcções; e, por isso, não se filiando nestas quaesquer relações juridicas, cujos effeitos possam vir a produzir se na vigencia da lei nova — a não ser pelo que respeita á fôrma 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 omisão affectava direitos individuaes, devem reger-se pela lei que vigorava ao tempo em que a ommissão se deu.*

«Tendo a lei character *facultativo*, a unica relação juridica que pode verificar-se á sombra d'ella, 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 d'ellas, os effeitos d'esse uso legitimo constituem *direitos adquiridos*, que a nova lei não pôde affectar, tendo de ser apreciados pela lei antiga.

«Assim, por exemplo, o direito anterior ao Cod. Civ. permittia ao proprietario deitar os beirões da sua casa para o lado do predio do vizinho, desde que deixasse o intersticio 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 appli-

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.

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.

cavel á hypothese, mas sim o direito anterior (Coelho da Rocha, *Inst.*, § 594.^o, 2.^o). Não póde, consequentemente, o proprietario vizinho oppôr-se a que as obras se concluam, fundado no art. 2327.^o 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 aquisição 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.*»

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 mosmo a sustentar, que sendo o legislador o órgão do interesse geral, o juiz deve averiguar se a garantia d'esse 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 inaceitavel, porque desnatura a função do poder judicial, que só é competente para applicar a lei, tal como ella é, e não como devia ser.

É 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.

É pois necessario que a força retroactiva da lei seja expressa e claramente estabelecida, para que o juiz seja auctorizado 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, dis-

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, I, n.º 164 e segg.

cutir-se se é um principio constitucional, que só pôde ser alterado pelas côrtes constituintes, ou se o pôde ser tambem pelas côrtes ordinarias.

Entre nós a duvida provem do facto de ser o principio consignado no § 2.º do art. 145.º da Carta constitucional incluindo na categoria dos inviolaveis direitos dos cidadãos, constituindo assim materia *constitucional*, que nos termos dos artt. 140.º e seguintes da Carta, não pôde 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.

20.—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 constituídos, e não quando se limita a modificar ou alterar simples expectativas ou legítimas esperanças de direitos.

O código 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 pre-supposto de que a lei só pôde dizer-se retroactiva, quando da sua applicação resulta offensa de direitos anteriormente adquiridos, teem identificado o art. 8.º do código 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 código civil, pareça deprehender-se o contrario (1).

(1) Dr. Dias Ferreira, I, pag. 24.

Mas esta interpretação é inadmissível, por ser expressamente contradictada pela disposição da lei, e porque se funda num significado da expressão — *retroactividade da lei* — que estas palavras não justificam. pois que a lei é realmente retro-activa, não só quando altera direitos anteriormente adquiridos, mas também quando se applica a factos passados, ainda que sejam simples esperanças de direitos.

Simplesmente a retroactividade é inadmissível no primeiro caso, enquanto que no segundo pôde muitas vezes ser admissível, 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 pôde 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 áquelles 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 pue se realisam já na sua vigencia, mas que são effeitos necessarios de actos legalmente realisados no 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 código civil sobre a successão legitima, vem reco-

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, pag. 98.

DIR., 3.ª CAD., 2.ª SÉRIE.

nhecer 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.

21. — 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 retro-activo.

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 apoia a theoria geral da não-retroactividade da lei.

«A lei nova, portanto, não póde 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 igual 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 transacção.

«É o mesmo que succede, independentemente

de leis interpretativas, com a erradã 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 apoiassem.

«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 realísados* 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 pôde deixar de incluir também a prescrição.

E assim, no exemplo apontado do neto illegítimo, se este possuiu os bens da herança durante o tempo e nas condições necessárias para se dar a prescrição, adquiriu por este meio um direito definitivo e irrevogável, que nem mesmo a lei interpretativa lhe pôde 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 d'estes factos acquisitivos dos direitos encontra-se no proprio systema organico do código, que d'elles trata na segunda parte, regulando na terceira parte a fruição dos direitos assim adquiridos.

O código 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, prescrição, 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 tão amplo de direitos adquiridos, porque na ver-

dade 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 d'este facto, e não por causa da lei interpretada.

22. — Applicaçào 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 franceses 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 franceses, 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*

(1) Chironi e Abello. pag. 89 e 90; Gabba, II, pag. 70 e segg.

de praticar certos actos juridicos, sem constituir em si mesma um direito adquirido (1).

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 modifiasse a antiga sobre a idoneidade das cousas que d'elles 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 ~~extinção~~, pela lei vigente ao tempo em que foram constituidas; por isso, se as partes modificaram 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*

(1) Chironi e Abello, pag. 90, nota.

de prova, porque estes fazem parte integrante da constituição jurídica das obrigações.

Em materia de *successão*, os actos de ultima vontade e as relações derivadas da successão legítima 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 jurídico da successão.

A *fôrma* dos actos jurídicos, isto é, o modo especial, ou o conjuncto de formalidades, como a escriptura e as testemunhas, que a lei manda realizar na sua celebração, para que possam produzir os seus effectos, 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 fôrma do documento é regulada pela lei vigente ao tempo em que é feito (cod. civ., art. 1762.º).

CAPITULO VI

Applicação das leis no espaço

23. — Constituição das relações jurídicas internacionais.

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 internacionais. 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 oportunidade politica, filhas mais dos germens de construcções theoreticas, 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 intellectual, tem activado e multiplicado por fôrma tão 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 character 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 econo-

(1) Prospero Feddozzi, *Gli enti collectivi nel diritto internazionale privato*, pag. 1.

micas, moraes e intellectuaes de todas as sociedades, a sciencia juridica proclama em muitas e variadas circumstancias a applicação do direito estrangeiro para resolver os conflictos de leis nas relações entre pessoas, cousas e actos pertencentes a diversos Estados. É esta applicação extraterritorial do direito que constitue a sciencia do chamado direito privado internacional.

24. — 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 d'este 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 baseia-se no principio natural de psychologia collectiva da existencia de certos deveres de cortesia entre os differentes Estados, tão naturaes como os proprios deveres de delicadeza entre os individuos. É a theoria chamada da *cortesia internacional* — *a comitas gentium*.

A doutrina da *comitas gentium* é em grande parte fundada no simples interesse de reciprocidade, pois, com effeito, a cortesia internacional, como a cortesia interindividual, só existe geral-

mente emquanto é retribuida por eguaes ou semelhantes attenções.

De fórma que, nos termos d'esta 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 cortesia internacional está longe de ser um facto constante na vida dos povos, e ainda que o fosse, como simples manifestação d'um phenomeno meramente psychologico ou interesseiro

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *Das relações civis internacionais*, 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, Bullenoi, 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, n.º 10; e Dr. Arthur Montenegro, *Da unidade e universalidade da fallencia*, pag. 5, 11 e 12.

das nações, nunca poderia ser elevada á categoria d'um 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 d'esta 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 :

«Partindo do principio de que entre todos os povos chegados a um certo grau de desenvolvimento existe uma certa comunidade 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 cortesia 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 acção juridica das differentes sociedades é uma consequencia natural e necessaria da differença organica dos povos e das nacionalidades. Dr. Guimarães Pedrosa,

(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.

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 afirmação do principio da communidade de direito entre os povos representa, pois, quando muito, o desejo d'uma aspiração do direito universal, mas é necessariamente irrealizavel, 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

(1) Dr. Guimarães Pedrosa, *obr. cit.*, pag. 11.

Dir., 3.^a cad., 2.^a série.

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, 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. É 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, inglêz, 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 ~~aceita~~⁹⁾ 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 proprias fronteiras (3); e por

(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.

(3) Fleischlen, *L'autorité de la chose jugée et de la litis-*

outros, como uma consequencia natural e logica dos direitos naturaes do homem, que se impõem ao respeito universal (1).

Mas um simples e superficial exame d'estas 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 (2).

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 des-

pendance en droit international privé, na *Revue de droit international privé*, vol. 28.º, pag. 678.

(1) Marino, *Principii di diritto internazionale*, pag. 100.

(2) Em vez de semelhante principio a escola reclama o direito á existencia ou direito ao trabalho — Charles Gide, *Principes d'économie politique*, pag. 459.

envolver 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» (1).

Em presença da derrocada de tantas theorias, propagadas pela voz auctorizada de tão notaveis escriptores sociologos e jurisconsultos, onde estará então a verdade scientifica do fundamento da vida extraterritorial do direito?

O espirito d'um 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 fórmula e as manifestações vitaes d'um organismo, resultante da coordenação necessaria, que cada vez mais estreitamente prende todas as nações chamadas a tomar parte no convivio universal, moral,

(1) Veja-se a judiciosa critica feita pelo Dr. Marnoco, na sua obra já citada, n.º 14.

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 através de todos os povos, facilitando as communicações e universalizando 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, que 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 defesa, conservação e vida nacional, com as condições correspondentes de existencia e desenvolvimento de todos os outros, contribuindo numa cooperação harmonica e soli-

(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.

daria para o desenvolvimento da vida de todo o organismo internacional.

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 possível, 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 pôde 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 internacionais.

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.

25. — 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 d'estes systemas o illustre professor de direito, Dr. Teixeira d'Abreu: «Pelo primeiro cada Estado estende 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 d'este, 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 d'aquellas; mas nenhum imperio tem sobre os seus nacionaes desde que sahem do país» (1).

Ambos os systemas, com o seu character de exclusivismo, decahiram com o direito que os arvorou em bandeira suprema.

E assim tinha de ser necessariamente, porque qualquer d'elles é absurdo e desastroso em suas

(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 ahí citados.

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 insolúveis os conflictos d'aquellas 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 internacionais, e de substituir o direito pelo arbitrio, pois que perante elle não ha direitos certos, e tudo depende do simples facto d'um deslocamento territorial. Aquelle que é maior num país, será menor noutro onde viaje ou fixe, embora temporariamente, a sua residencia, e os contractos são válidos ou nulos, conforme o lugar em que se encontrem os contrahentes, ou mesmo conforme o lugar onde hajam de se cumprir e produzir os seus effeitos (1).

Reconhecidos os perigos insanaveis de qualquer

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 10.

d'estes *systemas*, como principio exclusivo, e julgada, 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*.

26. — 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 d'estas 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

(1) Despagnet, *obr. cit.*, pag. 145.

conteúdo central, era definir quaes as relações jurídicas, ou elementos d'ellas, 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: *Primogenitus 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

(1) Ora, com effeito, a distincção é pueril, ou, pelo menos, isenta de qualquer criterio logico, não obstante o esforço 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 ali citados.

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 pessoas ou cousas, era inutil, pois que o seu auctor equiparava os estatutos mixtos aos reaes, fazendo prevalecer a respeito d'elles a lei territorial. De resto, a criação dos es-

tatutos mixtos não fez senão levantar maiores difficuldades, porque os jurisconsultos reclamavam, em obediencia aos principios da theoria, que se applicassem simultaneamente, a respeito d'elles, 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 propuseram 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

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 14, e auctores ahi citados.

expressão da theoria que melhor se harmonisa com as condições de desenvolvimento do organismo internacional.

27. — A theoria da vontade das partes.

Uma theoria singular sobre a lei reguladora das relações juridicas internacionaes é a defendida por Hauss. É a da *lei presumidamente acceita pela vontade das partes*.

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 d'ellas 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 character imperativo e prohibitivo das leis. Comtudo é certo que ella tem uma applicação exacta em relação ás formalidades externas dos actos, que, segundo o

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 17.

principio hoje universalmente acceito — *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.

28. — 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 d'um 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 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 d'um legislador estrangeiro (1).

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.ºs 19 e 25.

Mas ainda nesta tentativa sossobraram por completo os esforços de tão notáveis jurisconsultos. Esta doutrina não pôde mesmo ser elevada á categoria d'uma theoria scientifica, porque lhe falta o alicerce d'um 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 fórmula 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 da nacionalidade, ou mesmo a da vontade das partes, conforme o principio que se quizer adoptar. E a lei do logar da fôrma dos actos ou da sua execução é precisamente o estatuto real.

20. — A territorialidade da escola anglo-americana e a personalidade da escola italiana.

É 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 cortesia 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 juriconsultos 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 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* (2).

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, contudo nem satisfaz plenamente as exigencias scien-

(1) Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, pag. 241; Fiore, *Le droit international privé*, vol. 1.º, pag. 57. Veja-se Dr. Marnoco, *obr. cit.*, n.º 1, in fine, e nota 5.

(2) Weiss, *obr. cit.*, log. cit.

tíficas, 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 fórmulas 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, tão 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 character de generalidade, visto que as excepções tão amplas e variadas o inutilizam, 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 character essencial e exclusivamente pessoal**; o que ellas teem é um character

essencialmente social, referindo-se ao homem social e não á pessoa individual. E sendo assim, constituindo as leis de cada Estado um conjunto 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 d'este 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. Tão 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 ultimoŝ 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 país, são consideradas como respeitando aos interesses essenciaes d'esse mesmo país; ou então, o conjuncto de preceitos legaes, que constituem condições essenciaes á existencia e desenvolvimento organico d'um Estado».

Independentemente de qualquer analyse critica, é evidente a insufficiencia, a indeterminação de qualquer d'estes principios, embora fundamentalmente verdadeiros. Em nosso entender, devo mesmo reconhecer-se a impossibilidade de definir por uma fórmula geral todos os principios ou preceitos da ordem publica internacional. E por isso ao le-

(1) *Rapport à l'institut de droit international*, na sessão de Haya, em 1874 e 1875.

(2) *Obr. cit.* do Dr. Marnoco e Souza, n.º 84.

(3) *Obr. cit.*, pag. 175.

gislador é que compete determinar, para cada instituto ou grupo de relações jurídicas, 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 país 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 fôrma externa dos actos, é hoje universalmente admittida como principio de jurisprudencia internacional» (1).

Mas profunda divergencia existe entre os escriptores sobre o character imperativo e necessario, ou facultativo, da observancia da regra, sustentando

(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; Weiss, *obr. cit.*, pag. 253; Fiore, *obr. cit.*, vol. 1.º, pag. 239.

uns o character sempre imperativo, outros o facultativo, e outros uma ou outra das doutrinas, conforme a natureza, importancia e circumstancias particulares dos diversos actos juridicos (1). E esta ultima nos parece a mais razoavel 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 guardam silencio vem o legislador affirmar qual foi a sua intenção. É por isso da propria natureza d'essas disposições o poderem ser ou não respeitadas pelas partes; de razão é, pois, que as leis não imponham aos estrangeiros a

(1) Sustentam o character imperativo e necessario da regra, entre outros, Lomonaco, Gary, e entre nós, relativamente ás letras, o **conselheiro Beirão** (*Da letra de cambio em direito internacional*, pag. 61).

Porém, a grande maioria dos internacionalistas sustenta o simples character facultativo (Esperson, Despagnet). Veja-se Dr. Marnoco e Souza, *Das letras* cit., log. cit.

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* (1).

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.

30. — Principios fundamentaes sobre as relações jurídicas 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 character territorial e pessoal, ambos estes ele-

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, n.º 23.

mentos devem ser respeitados nas relações jurídicas internacionaes ;

4.º E, portanto, modificando a theoria dos Estatutos, no sentido de definir os seus termos, não pelo objecto da relação jurídica (pessoa ou cousas), mas sim pela lei applicavel, e desdobrando os termos do estatuto pessoal, esta theoria, sob uma nova fôrma, pôde ser restaurada, no sentido de ser toda a relação jurídica 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 jurídica ;

6.º E, finalmente, o criterio do legislador na fixação da lei reguladora das diversas relações jurídicas 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 d'elle 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 jurídica internacional dos diversos elementos dos actos juridicos vamos verificar a precisa applicação d'estes principios fundamentaes.

31. — Objecto do direito privado internacional.

Do facto da diversidade das leis dos differentes países, 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 d'este ramo de direito á resolução dos *conflictos* que podem dar-se entre as leis dos diversos Estados.

É 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 fórmula 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 países ;

c) determinação, em cada país, dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro (1).

Entretanto é certo que estes tres aspectos do

(1) Pillet, *Principes de droit international privé*, pag. 27 e segg. ; Dr. Alvaro Villela, *Lições de direito internacional*, pag. 749 e segg.

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, 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.

32. — 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 realizar-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 *doutina* ou a **sciencia** do direito internacional.

Cada Estado, **em virtude do** seu direito de sobe-

rania, 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.

É assim que o nosso codigo civil regulou, nos artt. 24.º, 26.º e 27.º, a determinação do estado e capacidade civil dos portuguezes 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.º, 28.º, 29.º e 30.º, determinou a competencia dos tribunaes portuguezes, de preferencia aos estrangeiros, para julgar certas questões entre nacionaes e estrangeiros ou entre estes sómente.

No art. 31.º determinou a auctoridade que teem em Portugal as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros.

Semelhantemente dispôs o codigo commercial nos artt. 4.º, 5.º, 6.º, 12.º e outros.

Relativamente á acção judiciaria internacional, dispuseram 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 jurisdiccional de cada um a condição juridica dos nacionaes dō 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.

33. — Condição juridica dos estrangeiros.

A situação juridica dos estrangeiros, em cada pais, tem sido determinada por tres systemas diversos: o systema das *incapacidades*, o da *reciprocidade* e o da *egualdade*.

(1) Dr. Villela, pag. 771

O primeiro consiste em declarar o estrangeiro incapaz de certos direitos, como, por exemplo, o de adquirir propriedade immovel.

O segundo consiste em o Estado reconhecer aos estrangeiros os mesmos direitos que os respectivos Estados reconhecem aos cidadãos d'aquelle ; tal é o caso do art. 578.º do nosso codigo civil, que reconhece aos auctores estrangeiros os mesmos direitos de propriedade litteraria, que nos seus países são reconhecidos aos auctores portuguezes.

O systema da egualdade, que equipára os nacionaes e os estrangeiros, é sem duvida o que impõem necessariamente os progressos 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 portuguezes, emquanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos neste 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 fórmula ainda mais geral, dispõe o art. 6.º do código commercial :

«Todas as disposições d'este código 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 forma as determine e regule.»

O código 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 código, não contradizem o principio geral da egualdade.

Este principio da egualdade juridica dos nacionaes e estrangeiros é tambem applicavel ás pessoas moraes ou juridicas constituídas no estrangeiro, salvas as condições que hajam de satisfazer, para salvaguarda dos interesses nacionaes, como a auctorisação governamental que nos termos do decreto de 18 de abril de 1901, é necessaria para as associações religiosas estrangeiras se estabeleceram entre nós.

34. — Lei reguladora do estado e da capacidade das pessoas.

A situação jurídica de cada pessoa depende em grande parte do seu estado e da sua capacidade.

O *estado* das pessoas designa a sua qualidade jurídica, 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 legítimo ou illegítimo, etc.

A *capacidade* é, como já dissémos, a aptidão de gozar e exercer direitos e obrigações.

Foi a condição jurídica das pessoas, determinada pelo seu estado e pela sua capacidade, o primeiro facto jurídico que fez sentir a necessidade de se adoptar uma lei pessoal com applicação permanente, universal e extraterritorial.

Era um absurdo jurídico que um individuo fosse maior ou menor, casado ou solteiro, capaz ou incapaz de praticar actos jurídicos, conforme se encontrasse num ou noutro país, onde as leis fossem diferentes.

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 acceito.

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 juriscultos 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 mesológicas, 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.

É 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 pôde fazer-se aos individuos que não teem nacionalidade, ou que, em virtude das diversas condi-

ções de aquisição 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 lugar 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 ca-

(1) É neste sentido que alguns jurisconsultos italianos interpretam o art. 58.º do seu código commercial, dizendo que nos actos e contractos commerciaes tambem a capacidade dos individuos é regulada pela *lex loci*.

pacidade á lei do logar, para que o outro contra-hente não seja victima da confiança que nelle tinha — *qui cum alio contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur*.

A doutrina contraria, 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 d'isso, 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 d'esta 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 applicação das leis estrangeiras em contrario.

Assim, por exemplo, nos países em que a familia é monogamica e indissolúvel, não póde um estrangeiro contrahir segundo casamento enquanto for vivo o seu conjuge, nem póde requerer o divor-

. .

cio, 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 fôrma dos actos, que é regulada pela lei do logar da sua celebração (Codigo civil, art. 24.º) (1).

35. — 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

(1) Sobre estas differentes questões, póde ver-se a citada obra do Dr. Alvaro Villela, pag. 829 e segg.

as cousas, mas sim que determina e regula as relações jurídicas 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 d'elles resultam.

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 jurídica 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 desaparecer, pois que nos tempos modernos a propriedade mobiliaria adquiriu tanto ou mais valor e importancia que a propriedade immovel.

D'um modo geral, póde dizer-se que os juriconsultos 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 jurídica dos immoveis ou a organização 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 jurídica 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.

É tambem pela *lex rei sitae* que se regulam, em geral, os modos por que se póde adquirir, alienar ou onerar a propriedade immobiliaria. É 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 d'este país.

Tambem o prazo 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 rela-

tivos aos immoveis, são regulados pela lei pessoal do auctor da herança, segundo a doutrina e a jurisprudencia geralmênte 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 character 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 portuguezas?

Para as cousas immobiliarias não ha duvida, porque o art. 24.º do codigo civil expressamente subordina á lei portugueza a propriedade immobiliaria situada no reino, e pertencentes a portuguezes 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.

(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 internacionais*, pag. 68 e segg.

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 também as cousas moveis estão sujeitas á lei do lugar 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 portuguezes.

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 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 estran-

geiros terão os mesmos 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 portugueza 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 d'aquelle 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, salvo convenção em contrario;*

2.º *Quanto ao modo do seu cumprimento, pela do logar onde este se realisar;*

3.º *Quanto á fôrma externa, pela lei do logar onde*

(1) *Apostilla* n.º 3 á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, pag. 19.

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 português ou aos principios de ordem publica».*

A materia d'este 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).

(1) Disposições preliminares do codigo civil italiano: art. 9.º «As fôrmas extrinsecas dos actos entre vivos e dos de ultima vontade determinar-se hão pelas leis do lugar onde se praticam. Os contrahentes e os testadores terão, ainda assim, a faculdade de seguir a fôrma das suas respectivas leis nacionaes, sempre que ella seja commun 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 lugar em que se lhes der acabamento;* e, se os contrahentes forem estrangeiros e de nacionalidade commun, 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

A doutrina consignada no art. 4.º refere-se aos tres elementos constitutivos do organismo juridico de todos os actos e contractos — condições e elementos intrinsecos da sua validade e existencia (*substancia e effeitos*), fórmulas e processos de realisação effectiva e posterior das obrigações d'elles emergentes (*modo do seu cumprimento*), e condições extrinsecas ou elementos formaes da sua celebração ou constituição (*fórmula externa*).

E as disposições d'este artigo são applicaveis

leis do lugar em que se proseguir o pleito. Os meios de prova das obrigações determinar-se-hão pelas leis do lugar em que se outorgou o contracto. As sentenças proferidas por auctoridades estrangeiras em materia civil, cumprir-se-hão no reino quando tenham sido declaradas executivas na fórmula estabelecida nos codigos de processo civil, salvo o disposto nos tratados internacionaes. *As fórmulas de execução dos contractos e sentenças reger-se-hão pela lei do lugar em que hajam de cumprir-se.*

Codigo commercial italiano, art. 58.º: «*A fórmula e os requisitos essenciaes das obrigações commerciaes, a fórmula dos actos necessarios para o exercicio e conservação dos direitos que d'ellas derivam ou para a sua execução, e os effeitos dos mesmos actos são regulados respectivamente pelas leis ou pelos usos do lugar onde se contrahem as obrigações e onde se fazem ou effectuam os sobreditos actos, salvo 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 nacional.*»

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 d'elles emergentes.

Essas condições são, em primeiro logar, as essenciaes e communs a todos os contractos: *capacidade dos contrahentes, mutuo consentimento e objecto juridicamente possivel* (cod. civ., art. 643.º).

E, são, além d'estas, as condições tambem essenciaes, mas particulares ás differentes especies de contractos, que individualisam e caracterisam cada um d'elles, 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 commun participação nos lucros e nas perdas da empresa collectiva.

Umas e outras são essencialmente constitutivas da validade e existencia juridica do acto, constituem a sua propria *substancia*, e por isso são chamadas *fórm*as 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 *fórm*as ou *formalidades externas* (cod. civ., art. 686.º e cod. com., art. 4.º, n.º 3.º) (1).

É certamente ás condições e elementos essenciaes ou internos do acto a que se refere a expressão *substancia*, excluindo, porém, a *capacidade*, que é regulada por outros principios (cod. com., art. 12.º e cod. civ., art. 27.º), e que não é propriamente da substancia objectiva do acto, mas antes uma qualidade subjectiva necessaria na pessoa do contra-hente.

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: «*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.º) diz «*requisitos essenciaes das obrigações*», em vez de *substancia*, como se exprimem o nosso codigo commercial e o art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil italiano.

A expressão *substancia* significa, pois, tudo o que as partes quizeram, no acto ou contracto, com effi-

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, vol. 1.º, pag. 155 e segg.; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, vol. 1.º, § 95.

cacia 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.º e seg.), a possibilidade juridica do objecto da obrigação (cod. civ., artt. 669.º e seg.), e, em geral, as clausulas 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 acceito, 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 d'elle mediata ou immediatamente. Por seu lado as conse-

quencias são os direitos e obrigações que o legislador faz nascer do acto 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 d'esta 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 destituída

(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 même*. 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 d'um pacto, do não cumprimento da condição, ou de lesão de mais de metade, as questões de solidariedade entre os devedores, a fôrma da quitação, etc.; e considera como *consequencias*: as perdas e danos que resultam do dolo, da falta ou móra do devedor, a restituição por inteiro do principal, a confirmação dos contractos nulos, defeituosos ou rescindiveis, e, emfim, o modo de execução. Veja Foelix, *Droit international privé*, 4.^a ed., pag. 247 e segg.

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 d'elle na applicação 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.

(1) Foelix e Merlin, *log. cit.*; Laurent, *Droit civil international*, vol. 1.º, pag. 551 e segg.

DIR., 3.ª CAD., 2.ª SÉRIE.

Mas o que deve então entender-se pela expressão «*effeitos das obrigações*», empregada já no art. 9.º das disposições preliminares do código 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 jurídica manda adaptar ao art. 4.º do nosso código (1).

E assim, os *effeitos* das obrigações comprehendem não só as consequencias que as partes tiveram na mente quando se obrigaram, 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.

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

(1) É esta a doutrina referida por Bolaffio, como expressão do pensamento geral e commum. Bolaffio, *Il codice di commercio italiano commentato*, pag. 724.

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 excepionalmente 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

(1) Cfr. Bolaffio, *Esegesi dell'art. 58 del codice di commercio italiano*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pag. 217 e segg.; e a obr. cit. do mesmo auctor, do commentário ao mesmo artigo; Guido Bonolis, na revista *«Il diritto commerciale»*, vol. XVII, 1899, fasc. 2.º, pag. 370 e segg.

alguma d'ellas pertencer a mais do que uma, ou quando, e isto acontece frequentemente com os emigrantes, não é facil averiguar a patria de qual-quer 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 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 d'este 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 pôde ser defendido com argumentos de valor. Para que suppôr que o devedor se submetteu áquella lei antes do que á sua propria? Era ao

(1) De Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, vol. 2.º, pag. 13 e segg.; Albéric Rolin, obr. cit., pag. 465.

credor que competiria prova-lo, quando por mais não fosse, pelo principio *actor probat actionem* (1).

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 novais representantes (Thöl, Windscheid, Mommsen, Roth, Stobbe) (2).

Será accitavel 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 lavantaria 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 com-devedores, ou d'um devedor com varios domicilios, ou mesmo sem domicilio certo, fixo ou conhecido?

O systema é pois anti-scientifico.

Examinemos o da *lex loci*, que tem por si o maior numero de adeptos e dos mais auctorizados 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*).

(1) Albéric Rolin, pag. 464 e 465.

(2) Albéric Rolin, pag. 465.

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 d'aquella distincção, a maior parte dos internacionalistas abandonam o systema dualista, para se fixarem na applicação d'uma 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 francêses e italianos (Aubry e Rau, Weiss, Laurent, Fiore, Esperson, Lomonaco, Rocco, Bolaffio, etc.) (2).

(1) Eduardo Saldanha, pag. 181. Este foi tambem o systema preferido pelo notavel Savigny.

(2) Cfr. Albéric Rolin, pag. 452 e segg.; Bolaffio, n.º 329, pag. 724 e segg. É 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 neste ponto restricto o codigo commercial não modificou a doutrina do art. 9.º das disposições preliminares do codigo civil, entendendo os juris-

Segundo o testemunho dos escriptores referidos, a jurisprudencia francêsa tem seguido quasi uniforme e invariavelmente este systema, admittindo comtudo a convenção das partes, em contrario, para se sujeitarem a uma outra lei.

Nos mesmos termos, e ainda com 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 d'isso, tem o grande valor pratico de fixar nitidamente a lei applicavel, evitando as graves e

consultos 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*» d'aquelle 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.

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 fórmula 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 commun. Fica assim excluido o arbitrio injustificavel de ser licito ás partes a adopção da lei que melhor lhes agrade para a substancia e effeitos das suas obrigações commerciaes. A referencia generica a uma lei estrangeira é muitas vezes dolosa; cheia pois de imprevistas consequencias para o contrahente ingenuo» (2). E assim, affirma o notavel commercia-

(1) É 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.

(2) Bolaffio, pag. 726. Esta doutrina é mesmo perfeita-

lista italiano, para as obrigações commerciaes, *locus regit actum quoad formam et substantiam* (1).

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 (2), tendo numerosos adeptos na Allemanha (Walter, Unger, Bluntschli, Gerber, Dernburg, etc.), alguns na Inglaterra, (Burge e Phillemore (3), e tem sido entre nós defendido por alguns commercialistas (4).

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

mente 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 d'aquelle codigo synthetizam 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 d'elles 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.

(1) Bolaffio, pag. 725.

(2) Savigny, obr. cit., vol. 8.º, pag. 178 e segg.

(3) Cfr. Albéric Rolin, pag. 462 e nota.

(4) Eduardo Saldanha, *Estudos sobre direito commercial*, pag. 176 e 177.

execução e á jurisdicção competente para d'ella 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 d'este 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 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 d'esse logar, por virtude da submissão voluntaria das partes. Poderá bem presumir-se que ellas acceitaram em todos os casos, de olhos fechados, as disposições d'essa lei? O contrario nos parece evidente. Se o logar da execução não é, nem o do contracto, nem o do domi-

cilio, nem o do país d'uma 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 d'ellas, 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 d'isso, 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 fórmãs da execução. Mas quando se trata de apreciar 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, enfim, todas as questões que derivam da *substancia* e dos *effeitos* das obrigações, isto é, que dizem respeito á existencia, natureza, validade e extensão do vinculo obrigatorio; parece-nos juridicamente impos-

sível separar a obrigação d'uma 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 destinadas 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. É 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

(1) Albéric Rolin, pag. 463 e 464.

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 tem consagrado qualquer dos systemas como principio unico e exclusivo.

O proprio codigo commercial italiano (art. 58.º), que é de todos o mais radical nesta materia, adoptando 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 juriconsultos estabelecem, ora o systema da *lex loci actus*, combinado com o da *lex loci solutionis*, ora qualquer d'estes 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 característica da propria natureza do direito contractual.

E assim podemos desde já dizer que a combinação d'estes 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 commun 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 commun. De resto, em todos os outros casos não ha realmente motivos de valor, nem considerações de oportunidade ou relação directa, que determinem a applicação d'uma 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 d'elles emergentes, o systema da *lex loci actus* combinado com o da *voluntade* das partes.

A redacção da parte final do n.º 1.º poderia á primeira vista dar a entender que o codigo formu-

lou 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 portuguezes 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).

Por consequencia, sempre que tenha de applicar-se o n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial portuguez, deve attender-se: a) á lei do logar da celebração do acto, se as partes não convencionaram d'outro modo; b) ás convenções das 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 submeter-se, ou quaes as condições em que fazem o seu contracto?

A fórmula geral da lei, não estabelecendo dis-

(1) Cfr. o parecer da camara dos pares, no *Appendice ao codigo commercial*, pag. 486.

tineção, 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 pôde ser feita por palavra, por escripto, ou por factos d'onde 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.

Á 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 lugar onde foram celebrados nem pela convenção das partes, mas teem, pelo contrario, de sujeitar-se á lei portugueza.

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 d'esta 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 organização. Havendo dois interesses em lucta, d'um 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

(1) Weiss, obr. cit., pag. 245.

simplesmente de exercer o direito e cumprir o dever de garantir a segurança interna, material e moral da sociedade, exerce uma função de legitima defesa da sua vida nacional (1).

Na terminologia do § unico do art. 4.º, tirada do n.º 5.º do art. 1088.º do código de processo civil, constituem a ordem publica internacional o *direito publico português* e os *principios de ordem publica*.

A primeira duvida que resulta d'esta 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 código de processo civil, «*para evitar que pareça haver distincção ou differença nas duas locuções*» (2).

A verdade, porém, é que esta passagem das actas d'aquella commissão não auctoriza semelhante interpretação; as actas não se referem á distincção ou differença entre as duas expressões

(1) Eduardo Saldanha, obr. cit., pag. 192 e 193.

(2) 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 igualmente perfilhada pelo Sr. Eduardo Saldanha, obr. cit., pag. 194.

do § unico, mas sim á que poderia suppôr-se existente entre a locução do § unico do art. 4.º do projecto, que só comprehendia o direito publico portuguez 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.

36. — 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 auctorizados pelo mandante.

É claro que estes actos são nulos 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 realização do acto.

A ratificação equivale ao mandato; aquelle que a presta auctoriza retroactivamente as operações feitas em seu nome como se estivesse presente, na pessoa do mandatario, no momento e no logar da realização do acto (1).

É claro, porém, que fica salvo o direito da ratificante para rejeitar as consequencias do acto de-

(1) Weiss. *obr. cit.*, pag. 636; Eduardo Saldanha, pag. 182.

terminadas 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. civ., art. 1726.º e seg.).

Mas 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 character 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 d'onde emette 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 países d'onde 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 accitação, adoptado pelo codigo commercial italiano (art. 36.^o), foi justificado pelo principio de que o logar onde a accitação produz todos os seus effeitos juridicos é onde o proponente a recebeu, pois que só ahi apparece a conjunção 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 accitação 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 accite.

É com a accitação que se realiza a coexistencia dos consentimentos necesarios e sufficientes para se celebrar o contracto proposto.

Por consequencia, entre os dois primeiros sys-

temas é preferível o da lei do lugar 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 código commercial, visto que nos termos do artigo 649.º do código civil o contracto fica perfeito com a acceitação da proposta, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade. Nestes casos excepçionaes, o contracto será regulado pela lei do lugar onde se celebrarem as formalidades necessarias para a sua perfeição (1).

Não deve, porém, considerar-se como lugar da acceitação qualquer lugar onde accidentalmente ella seja consentida; mas sim o lugar por onde foi emittida a proposta, pois é a este que o proponente 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.

(1) É de notar que já entre nós se sustentou que, perante o n.º 1.º do art. 4.º do código commercial e os artt. 651.º e 652.º do código civil, deve considerar-se o contracto como celebrado no lugar onde o proponente teve noticia da acceitação da proposta, e portanto regular-se pela lei d'esse lugar. — *Revista de Direito Commercial*, 3.º anno, 1897, pag. 201 e 202.

A verdade, porém, é que os artigos citados não auctorizam semelhante conclusão.

Qual deve ser a lei reguladora dos actos praticados e das obrigações contrahidas em navio, no alto mar?

Em direito internacional marítimo 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 marítimo é regulado por principios especiaes, que o constituem como que num ramo á parte (cf. 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 marítimo, que a lei expressamente manda regular de modo diverso. Assim: as avarias grossas ou communs serão reguladas pela lei do lugar 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 character 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?

Á primeira vista póde parecer logico, quando o acto juridico produz seus effeitos num dado país, determinar pela legislação que neste vigorar o seu character 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 *lex 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 imperio da lei do logar onde se realizar (n.º 2.º do art. 4.º).

(1) Asser-Rivier, cit. *Éléments de droit international privé*, n.º 91; Bolaffio, *obr. cit.*, pag. 726.

37. — Cumprimento das obrigações.

O código commercial não adoptou a classica distincção dos *effeitos* e das *consequencias* dos actos e obrigações.

Mas separou dos *effeitos* das obrigações o *modo do seu cumprimento*, mandando-o regular pela lei do logar onde se realizar (n.º 2.º do art. 4.º).

O que é, pois, o *modo de cumprimento* das obrigações commerciaes? Como distinguí-lo dos seus *effeitos*?

Geralmente costuma-se considerar *modo de cumprimento* tudo o que diz respeito á realização efectiva das obrigações contrahidas: *a fôrma de pagamento, a especie e o tempo em que deve ser feito, a móra e seus effeitos*, como por exemplo, o *pagamento das indemnisações por perdas e damnos resultantes da móra*, etc. (1).

É 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 fôrma de pagamento póde ser regulada pela con-

(1) *Lições lythographadas, cit.*, pag. 168; Eduardo Saldanha, pag. 180.

venção 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 (1). 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 intrinsicas 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 *fórmula dos actos a fazer-se para o exercicio e conservação dos direitos, que d'ellas* (das obrigações) *derivam*, ou *para a sua execução*, e ainda os *effeitos d'estes mesmos actos*. São os actos que Foelix chama *effeitos de natureza executoria dos contractos* (2).

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

(1) Eduardo Saldanha, pag. 180.

(2) Foelix, *obr. cit.*, n.ºs 109 e 110.

das obrigações e direitos d'elle emergentes, como são as acções e a forma do processo, o protesto das letras por falta de acceite ou de pagamento, e outros semelhantes. Póde comprehender-se também 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 lugar onde se realiza.

E effectivamente para esta phase da vida das obrigações o systema da *lex loci solutionis* é o que melhor se harmoniza 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 país estrangeiro.

E seria, com effeito, muitas vezes impossivel, porque os meios, principalmente os judiciaes, de assegurar o cumprimento das obrigações variam profundamente d'um para outro país.

De resto, a applicação da *lex loci executionis* ao modo de cumprimento não tem, como para a sub-

stancia 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 realização 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 realizar.

Entendemos, porém, que o simples facto da fórma litteral da redacção não auctoriza 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 portugueza emquanto á especie de moeda d'esse 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.

38. — Fórmias externas 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 d'esta 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 realiza a manifestação sensivel e externa d'essa vontade.

A primeira não cahe, nem póde cahir, sob a

acção da lei, enquanto 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 (cod. 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 fôrma 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 d'um certo systema de formalidades externas (cod. civil, art. 686.º).

No seu significado mais amplo, a *fôrma externa* dos actos, é, pois, o modo como a vontade de quem

(1) Serafini, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge*, pag. 5.

dispõe ou contracta se manifesta com efficacia legal. O escripto, a palavra, o gesto, o simples proceder constituem outras tantas fôrmas por que a vontade juridica pôde livremente manifestar-se. Sem a fôrma não existe acto juridico, como não existe corpo sem as tres dimensões (1).

Não é, porém, neste significado geral e amplo que deve entender-se a expressão legal «fôrma externa dos actos», pois neste sentido todos os actos carecem da fôrma 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 pre-scriptas na lei (cod. civil, art. 686.º) (2).

No sentido legal deve, pois, entender-se por *fôrma externa* dos actos o modo especial por que a lei os mânda celebrar necessariamente para que a vontade das partes produza todo o resultado juridico que se propõe.

A *fôrma externa* é, portanto, o conjuncto de condições e elementos extrinsecos ou formaes que a lei declara necessarios para a manifestação externa

(1) Bolaffio, pag. 734.

(2) Cfr. o nosso *Tratado das sociedades commerciaes*, vol. 2.º, n.º 1.º; Giorgi, *Teoria della obbligazioni*, vol. 1.º, n.º 291.

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.

É como dizia o nosso Coelho da Rocha: a reunião das circumstancias ou solemnidades chama-se *fôrma*; esta ou é *interna*, quando se refere ao objecto e conteúdo do acto; ou *externa*, quando as solemnidades que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura e as testemunhas (1).

Os codigos civil e commercial mandam regular a fôrma 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 d'esta regra?

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

(1) *Instituições de direito português*, vol. 1.º, § 95. Cfr. o nosso *Tratado das sociedades commerciaes*, vol. 2.º, n.º 1.

sua observancia, quando é certo ella ser defendida com character imperativo por quasi todos os internacionalistas, pelo menos a respeito dos actos mais importantes da vida juridica.

Para De Bar a regra não tem a final 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, d'ahi 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).

(1) Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili* — *Locus regit actum*, pag. 118 e 119.

Com quanto seja certo em these geral que as condições de fôrma são de interesse e ordem publica, tambem é certo, porém, que este fundamento não tem valor scientifico.

Com effeito, as condições de fôrma dos actos, taes como são impostas em cada país, são de interesse geral para a vida juridica d'este 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 fôrmas externas é contradictoria consigo 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 organização 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 possível 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 character 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 mais justificadas para a fôrma 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 fôrmas externas do acto teem por fim assegurar a livre e sincera expressão da vontade das partes que nelle

(1) Weiss, *obr. cit.*, pag. 253 e segg.

outorgam; estão por isso intimamente ligadas ás condições peculiares do país, á moralidade e ao character dos seus habitantes, devendo portanto variar d'um para outro logar; fórmulas que aqui offerecem plena garantia, serão além justamente consideradas inefficazes (1).

É que, como diz Grasso, a fórmula dos actos é connexa com a organização judiciaria do país e com as instituições com ella relacionadas; ora, se ha leis que tenham profundamente impresso o character da territorialidade são de certo estas (2).

Depois das considerações expostas, o fundamento que justifica a devolução da fórmula á competencia legislativa da lei do logar onde o acto ou contracto é feito, parece-nos evidente. É 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 movi-

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, cit. *Relações civis internacionais*, pag. 78.

(2) Grasso, *Principii di diritto internazionale*, pag. 274.

mento economico e juridico (1). Deve, pois, ser a mesma lei que o organize na sua constituição externa.

Mas qual é e deve ser a amplitude ou a extensão da regra *locus regit actum*?

Compreenderá ella só os actos de fôrma autentica, que são feitos por official publico competente ou pelo menos com a sua intervenção? Ou compreenderá 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 d'esta doutrina traduz-se na observação de que geralmente os documentos particulares não são feitos pelas proprias partes, e, quando o são,

(1) Bolaffio, pag. 735.

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 são commerciantes ou individuos sufficientemente illustrados para prescindirem do conselho dos technicos em actos tão 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 d'um dado país, podendo igualmente celebrar-se em toda a parte do mundo; e emfim a imposição da regra aos proprios documentos particulares,

(1) Dr. Teixeira d'Abreu, *obr. cit.*, pag. 80 e 81.

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 lugar, quer pela da nacionalidade ou do domicilio d'algun d'elles, quer ainda pela do lugar 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 acceitá-la d'um modo absoluto a respeito dos actos que na jurisprudencia classica são conhecidos pelo nome de *solemnes*.

O problema é geralmente posto nestes termos: para se determinar se um dado acto deve ou não ser feito com certas solemnidades, deverá attender-se á lei do lugar onde é celebrado ou antes á d'aquella onde tem de ser executado?

(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 segg.

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 formalidades 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 d'estas solemnidades á lei do lugar 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 países 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. É a

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, vol. 1.º, pag. 155 e 156; *Droit civil international*, vol. 2.º, pag. 433-444; Duranton, *Cours de droit civil*, vol. 1.º, n.º 91; Albéric Rolin, vol. 1.º, n.º 190.

classica distincção das formalidades *ad solemnitatem* vel *ad substantiam* e *ad probationem* (1).

Segundo a doutrina d'aquelles escriptores, seria absurdo applicar sem restricções a regra á determinação dos actos sollemnes, porque se poderiam assim facilmente illudir e defraudar as leis que impõem certas solemnidades para a validade d'alguns actos, e que são de ordem publica. Bastaria que os individuos nacionaes ou habitantes do país, não querendo sujeitar-se aos rigores da legislação d'este, para celebrarem um certo acto, se transportassem a um outro país onde taes solemnidades fossem dispensadas.

Demais, accrescentam, se as fórmulas sollemnes são condições essenciaes á validade d'um certo acto, num dado país, como ha de a final admittir-se neste mesmo país a validade do acto em que ellas não foram observadas?

É 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 formalida-

(1) Vej. o nosso *Tratado das sociedades commerciaes*, vol. 2.º, n.º 1.

des sacramentaes por simples motivo de solemnidade apparatosa.

As condições de fôrma são determinadas apenas como função 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 fôrma 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 d'um 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 im-

porta, na verdade, que, por exemplo, dois portugueses vão de proposito ao estrangeiro para praticar um certo acto, a fim 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 subtiliza, a questão apresentada por alguns internacionalistas, como Laurent, sobre a validade ou nullidade do acto feito por um individuo d'uma 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 anti-juridica a solução da nullidade.

É 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 característico do conceito absoluto de generalidade da regra *locus regit actum* encontra-se no art. 1085.º do nosso código civil, a respeito do casamento celebrado em país estrangeiro.

Para determinar o mais approximadamente possível a extensão ou o alcance d'esta 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 fórmulas 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 (auctorização paternal, marital, tutelar, etc.); d) *executorias*, as que teem de praticar-se na execução do acto (como, por ex., as fórmulas de processo) (1).

Ora, d'estas formalidades, só são da fórmula ex-

(1) Albéric Rolin, n.ºs 172 e 174; Weiss, pag. 251, e nota.

terna 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 igualmente, 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 de certo formalidades externas.

Regular-se-hão tambem estas formalidades pela lei do lugar onde o acto é feito ou terão de subordinar-se á lei do lugar onde haja de produzir seus effeitos?

Os auctores são unanimes em as sujeitar á lei do lugar 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 de se tornar completamente illusoria a cautela da lei, com grave risco para a ordem juridica nacional. De mais a mais, estas formali-

dades não fazem parte da fôrma 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 lugar, onde estes actos forem exigidos (1).

O nosso codigo não é expresso sobre o alcance da regra a respeito d'estas 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 generolidade 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 d'ellas, ou de todas, a lei do seu domicilio, ou ainda a do lugar onde o acto deva executar-se?

A regra *locus regit actum* parece ter apparecido

(1) Cfr. nosso *Tratado das sociedades commerciaes*, vol. 2.º, n.ºs 9, 10 e 11.

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 (1).

É certo, porém, que o fundamento da regra não a justifica, com este caracter, senão para os actos que teem de celebrar-se por fôrma publica e authentica.

Para os actos de caracter particular, em que não ha necessidade de intervenção de official publico, seria mais razoavel deixar a escolha da fôrma externa á legitima autonomia da vontade das partes.

É demasiado rigoroso e arbitrario não reconhecer a validade d'um 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

(1) Buzzati, *obr. cit.*, pag. 152 e segg.; Laurent, vol. 2.º, pag. 245 e segg.

d'um modo geral a regra devia ser facultativa sempre que as partes pudessem praticar os seus actos conformemente á lei que preferissem.

Neste sentido se tem 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 character 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. D'estes 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 d'isto, tambem os tratados internacionaes (art. 6.º) podem regular diversamente a fórma externa dos actos em que interveem cidadãos dos Estados contractantes, como acontece, por exemplo,

(1) Albéric Rolin, n.º 180; Eduardo Saldanha, pag. 190 e 191.

com o tratado de Portugal com a França, de 11 de julho de 1866 (1).

(1) Assim, dispõe-se neste tratado, art. 7.º:

«Os consules geraes, consules e vice-consules ou agentes consulares dos dois países 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 fórmulas 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 fórmulas requeridas e segundo as disposições especiaes d'esse mesmo país.

«As expedições dos actos, legalizados pelos consules, vice-consules ou agentes consulares e munidas do sinete especial do seu consulado, farão fê tanto em justiça como fóra d'ella, 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 privé*, pag. 714 e segg.

Para maior desenvolvimento no estudo da regra *locus*

39. — Lei reguladora das successões.

A evolução do direito internacional, em materia de successão, tem-se realizado 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

d) escolha da lei pessoal do auctor da herança, considerando-se como mais competente a lei da sua nacionalidade.

É 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 introdução).

Assim se exprime o codigo italiano, que foi o

regit actum póde vêr-se o artigo do Dr. Alberto dos Reis — *Fórma externa dos actos no direito internacional*, nos *Estudos Juridicos*, I, pag. 36 e segg.

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 regulados 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 emanção 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 legitima-ria 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 incongruências a que dava lugar, mas ainda porque muitas vezes contrariava a vontade do auctor da herança.

Mas será esta a doutrina legal no direito português?

Nem o código 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.º, na falta de disposição reguladora de um caso analogo, deverá ser regulado pelos principios do direito natural.

Esta simples consideração é bastante para nos vencer 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.

É assim que o Dr. Dias Ferreira chega a esta conclusão, por integrar o direito successorio na materia da capacidade civil (1); enquanto que os Drs. Reis e Villela se fundam no conjuncto de

(1) Dr. Dias Ferreira, ⁶I, pag. 54.

principios que constituem o direito privado internacional (1).

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.

O principio da ordem publica internacional, sendo expressamente consignado no codigo de

(1) Dr. Alberto dos Reis, *Das successões no direito internacional privado*, pag. 92 e seg.; Dr. Villela, pag. 850 e seg.

processo civil (art. 1088.º, n.º 5.º) e no código commercial (§ unico do art. 4.º e art. 12.º), deve prevalecer também em direito civil.

Por outro lado, também 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 também a fôrma externa do testamento, que, nos termos do art. 24.º, e em harmonia com os artt. 1961.º a 1965.º, é regulada pela *lex loci*.

40. — 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 d'esse 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 d'um modo sensível um movimento favoravel á segunda, movimento conhecido pela denominação da *theoria du renvoi, del rinvio, der Rück und Weiterverweisung*,

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 applicavel para reger uma relação jurídica 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,

(1) Dr. Alberto dos Reis, pag. 128 e 129.

sendo tambem adoptada pelo código allemão (art. 27.º da lei de introdução).

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 d'essa 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 nacional das partes, terá a sentença mais probabilidade de execução, sem necessidade de novos processos para se applicarem esses preceitos ;

c) obtem-se assim uniformidade de julgados nos dois países 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 país remette para

uma lei estrangeira, não é para que se venha a applicar a sua lei nacional, mas sim para que se applicuem 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 qualq̃uer outro país ;

c) a uniformidade de julgados nos dois países, entre os quaes se dá a devolução, é meramente illusoria, porque devendo os juizes de ambos os países 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 saír ; 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 segg. ; Dr. Villela, pag. 861 e 862.

41. — A acção judicial entre nacionaes e estrangeiros.

As condições em que nos tribunaes portuguezes podem ser accionados ou demandados portuguezes e estrangeiros, por obrigações contrahidas no reino ou fóra d'elle, são determinadas pelo codigo civil, nos artt. 25.º, 28.º, 29.º e 30.º, pelo codigo do processo civil, no art. 20.º, pelo codigo 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) portuguez contra portuguez	{	por obrigações contrahidas fóra do reino.
b) portuguez contra estrangeiro		
c) estrangeiro contra portuguez		
d) estrangeiro contra estrangeiro		
e) portuguez contra estrangeiro	{	por obrigações contrahidas no reino.
f) estrangeiro contra portuguez		
g) estrangeiro contra estrangeiro		

Um simples confronto d'estas 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 juridica-

mente ser excluída da esphera da acção judicial internacional.

Para que seria, pois, incluído no código commercial o art. 5.º?

Reparando em que este diz «*fôra do reino*», em vez de «*país estrangeiro*», como se exprimem os códigos civil e de processo civil, conclue-se naturalmente que foi para abranger a acção judicial por obrigações contrahidas no alto mar (1).

Mas, com esta modificação, comprehenderá o art. 5.º do código commercial todas aquellas seis hypotheses, que manifestamente são abrangidas no art. 20.º do código de processo civil?

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 judicial commercial entre nacionaes e estrangeiros seria mais restricta do que a acção judicial civil.

(1) Com effeito, ao tempo da elaboração do código commercial duvidava-se se, em face dos códigos civil e de processo civil, os tribunaes portuguezes eram competentes para conhecer da acção judicial 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 código commercial portuguez*, do Dr. Alves de Sá, a pag. 320 a 335.

Este simples facto, que é um contrasenso juridico, por ser contrario ao espirito evidente de generalização 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 synthetizar, e mesmo generalizar, 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 pôde 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 portuguezes são competentes para conhecer d'uma 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 vice-versa, 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

É 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 d'estes 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 lugar onde elle fôr encontrado. São por consequencia condições necessarias para se propôr a

dois estrangeiros fóra do reino estabelecerem por convenção fóro em Portugal, não tendo aqui domicilio, nem sendo encontrados, ou achando-se em alguma d'estas circumstancias, mas não havendo estipulado fóro, e sobre o ponto discorreram os Drs. Dias Ferreira, Brandão, Barbosa Magalhães, Laranjo, relator e ministro, approvando-se a final 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.

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 portuguezes 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 fórmulas 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 autoriza.

Mas, dada a omissão, pelo menos apparente, da lei portuguesa sobre esta materia, poderá admit-

tir-se que a determinação da competencia e das fórmulas de processo, na acção judicial internacional perante os tribunales portuguezes, se faça por uma fórmula ou lei differente da nacional?

Parece-nos evidente que não. Admittindo mesmo que o código fosse omisso a este respeito, deveria entender-se a omissão no sentido de que o legislador portuguez, se não exarou expressamente aquelle preceito do artigo 10.º das disposições preliminares do código civil italiano, é porque o julgou incluído nas regras geraes do direito internacional, universalmente admittidas.

Mas a esta consideração accresce ainda a circumstancia de que o nosso código commercial não é realmente omisso nesta materia. Com effeito, a competencia e as fórmulas 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 realiza.

É, pois, nos termos dos códigos de processo commercial e civil portuguezes que tem de determinar-se a competencia e as fórmulas de processo para as acções entre nacionaes e estrangeiros instauradas perante os nossos tribunales. D'ahi resulta, entre outras consequencias, que o preceito de competencia do art. 5.º do código commercial é facultativo e não obrigatorio, no sentido de que as partes podem livremente escolher o fóro 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.

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. É 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 fôrma externa, é logico e rigorosamente juridico que se regulem tambem pela *lex loci actus* (2).

(1) Eduardo Saldanha, pag. 201.

(2) Esta é, com effeito, a doutrina geralmente acceite pelos internacionalistas — Weiss, pagg. 808 e 810; Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, pag. 244 e segg.; Bo-

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 lugar 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 sancionar por tratados*» (1).

É 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 da doutrina que já entre nós tem sido ensinada, parece-nos inadmissivel, pelo menos, *de jure constituto*, a applicação da mesma regra á 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 portuguezes podem ser admittidos como testemunhas, para prova de contractos e obrigações contrahidas

laffio, *obr. cit.*, pag. 735 e 754; Fiori, *Diritto internazionale privato*, vol. 1.º, n.º 191.

(1) Eduardo Saldanha, pag. 202 e 203.

fôra do reino, menores de quatorze annos, contra a prohibição do n.º 3.º do art. 2510.º do código civil, desde que pela lei do lugar 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 portuguezes, 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 portuguezes, como em geral os tribunaes dos outros países, teem de applicar muitas vezes disposições de leis estrangeiras.

(1) Cit. *Lições lytographadas de direito commercial*, de 1891-1892, pag. 191; Lomonaco, pag. 244 e segg.; Massè, vol. 2.º, n.º 270.

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 seria absurdo e incompativel com os artt. 4.º, 12.º e outros do codigo (1).

É, pois, certo que nos tribunaes portuguezes 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

(1) É o que se vê clarissimamente da 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.

póde abster-se de julgar sob pretexto de falta ou obscuridade das disposições legaes.

Mas sendo certo que os tribunaes portuguezes 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 (1).

Segundo estes escriptores, a doutrina da applicação do direito estrangeiro nos tribunaes nacionais 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;

b) se o juiz não conhece perfeitamente a lei estrangeira applicavel, deve ordenar que a parte interessada prove a existencia da mesma;

(1) 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.

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 português (1).

O direito estrangeiro que por disposição da lei nacional deve applicar-se a certos factos constitue verdadeiramente lei; e, como tal, é da função do juiz applica-lo mesmo *ex officio*. A lei estrangeira é em tal caso tão 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

(1) Sobre este importante problema póde vêr-se a obra citada de Bolaffio, pag. 754 e segg.

se conformaria com ella, se decidisse uma controversia com a lei do proprio país, quando a lei nacional manda applicar o direito estrangeiro (1).

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.

42. — Execução das sentenças dos 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 países mais atrasados 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

(1) Laurent, *Droit civil international*, vol. 2.º, n.º 263.
Dir., 3.ª CAD., 2.ª SÉRIE.

extraterritorial das sentenças consistiu em se permitir 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 estrangeira, nos mesmos termos adoptados no país onde esta foi proferida, em relação ás sentenças do primeiro.

Este systema da reciprocidade de facto tem sido

adoptado principalmente nos países da raça germanica, sendo por isso denominado *germanico* por alguns escriptores; mas é tambem ainda hoje adoptado por muitos outros países, 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 contudo 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 organização 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 d'um 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 d'esta 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 tem criticado, defendendo a revisão de merito só d'um 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 países pouco civilizados.

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 internaciocal 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 character 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 código civil dispõe no art. 31.º:

«As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portuguezes, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no código do processo».

Nos termos da redacção d'este artigo não se encontra definido o systema de revisão adoptado.

Mas o art. 1088.º do código de processo civil mostra claramente que é o systema da delibação.

Com effeito, nos termos do § 1.º d'este artigo, a revisão e confirmação da sentença estrangeira só pôde 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 portuguez, ou offensivas dos principios de ordem publica;

f) ser a sentença proferida contra algum subdito portuguez, em opposição aos principios de direito civil portuguez, quando por este devesse ser resolvida a questão.

De resto, no processo da revisão não é admissi-

vel produção 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 código civil, relativamente ás sentenças estrangeiras que, para terem força executória, precisam de revisão nos termos do código 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, tão 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).

(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.

Segundo outra interpretação demasiadamente liberal, o art. 31.º do código 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 (1). Segundo esta interpretação, o art. 31.º não é senão uma excepção ao art. 2430.º, justificada 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 (2).

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 código, nunca abrange as tres hypotheses, como se vê nos artt. 1065.º, 1066.º, 1106.º e 1107.º (3).

Mas a verdade é que naquelles artigos do co-

(1) Art. 2430.º «Os documentos authenticos passados em paiz estrangeiro, na conformidade da lei d'esse paiz, farão prova neste reino, como o fariam documentos da mesmá natureza, exarados ou expedidos nelle».

(2) *Gazeta dos Tribunaes*, de 1868-69, pag. 75.

(3) Dr. Marnoco e Souza, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, pag. 119.

digo civil não se encontra a referida expressão do art. 31.º

E se effectivamente a duvida é legitima perante a expressão «*entre estrangeiros e portugueses*», que parece restrictiva, essa duvida deve desaparecer perante o codigo de processo civil, que no art. 798.º, n.º 2.º, declara titulos exequiveis as sentenças passadas em julgado, sem restricção ás sentenças nacionaes. E o art. 805.º 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.

É certo que o art. 1087.º do mesmo codigo, onde se começa a regular o processo da revisão, falla das sentenças *a que se refere o art. 31.º do codigo civil*.

Mas esta referencia do art. 1087.º do codigo do processo não deve ser sufficiente para interpretar restrictivamente a expressão «*entre portugueses e estrangeiros*» do art. 31.º do codigo civil, porque não deve ter sido esse o pensamento do auctor d'aquelle codigo.

De resto, a verdade é que a expressão «*entre estrangeiros e portugueses*», entendida á letra, ou 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, além 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).

É certo, porém, que a revisão das sentenças estrangeiras só é necessaria para ellas poderem ser executadas judicialmente, nos termos dos artt. 798.º 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 legalizada, e acompanhada de documento egualmente legalizado, que prove ter passado em julgado.

É o que resulta necessariamente do confronto dos artt. 31.º e 2430.º do codigo civil com os artt. 805.º e 1087.º do codigo do processo.

«Não se deve, contudo, 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).

(1) *Revista dos Tribunaes*, IX, pag. 340.

(2) Dr. Marnoco e Souza, pag. 131.

Anteriormente ao código de processo commercial discutia-se se o processo da revisão também seria applicavel ás sentenças commerciaes.

Mas este código acabou com as duvidas, dispondo logo no art. 1.º que o processo commercial, em tudo o que no mesmo código não fôr prevenido, será regulado pelo código do processo civil.

PARA A 3.ª CADEIRA

- Capitant — *Introduction à l'étude du droit civil* (Paris, 1904).
Windscheid — *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Leipzig, 1891).
Tarde — *Les transformations du droit* (Paris, 1894).
Planiol — *Traité élémentaire de droit civil* (Paris, 1904).
Geny — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1899).
Beudant — *Cours de droit civil français* (Paris, 1896).
Huc — *Commentaire du code civil* (Paris, 1892).
Baudry-Lacantinerie — *Précis de droit civil* (Paris, 1885).
Roguin — *Observations sur la codification du droit* (Lausanne, 1896).
Saleilles — *Déclaration de la volonté* (Paris, 1901).
Viолlet — *Histoire du droit civil français* (Paris, 1893).
Cimbali — *A nova phase do direito civil*, trad. por Adherbal de Carvalho (Porto, Rio de Janeiro, 1900).
D'Aguanno — *La genesi e l'evoluzione del diritto civile* (Torino, 1890).
D'Aguanno — *La reforma integral de la legislación civil*, trad. de Dorado Montero (Madrid, ?).
Mazzoni — *Istituzioni di diritto civile italiano* (Firenze, 1906).

- Chironi e Abello — *Trattato di diritto civile italiano* (Torino, 1904).
- Biagio Brugi — *Istituzioni di diritto civile italiano* (Milano, 1905).
- Cogliolo — *Filosofia del diritto privato* (Firenze, 1891).
- Bianchi — *Corso di codice civile italiano* (Torino, 1888).
- Alexandre Alvarez — *Une nouvelle conception des études juridiques* (Paris, 1904).
- Abel Andrade — *Commentario ao código civil português* (Coimbra, 1895).
- Le Cod. civil* — *Livre du centenaire* (Paris, 1904).
- Vigié — *Cours élémentaire du droit civil français* (Paris, 1891).
- Dernburg — *Pandette*, trad. por Cicala (Torino, 1906).
- Gianturco — *Istituzioni di diritto civile* (Firenze, 1902).
- Ravoul de la Grasserie — *Les principes sociologique du droit civil* (Paris, 1906).
- Vander Eycken — *Méthode positive de l'interprétation juridique* (Bruxelles-Paris, 1907).
- Nardi-Greco — *Sociologia giuridica* (Torino, 1907).

