



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

1972

CURSO
DE
DIREITO CIVIL

CURSO

DE

DIREITO CIVIL

PELO DOCTOR

A. J. Teixeira d'Abreu

*Do conselho de San Miguel de los Andes, ministro
d'Estado honarario, antigo deputado
da nação, lente cattedratico da Facul-
dade de Juris na Universidade de
Cochabamba, Bolívia.*

VOLUME PRIMEIRO

INTRODUÇÃO



IMPRIMTA ACADEMICA DE

COIMBRA, 1910. 2^a 2^a

PROPRIEDADE E EDIÇÃO

DO AUCTOR. 2^a 2^a 2^a

aos Ilustres Conselheiros

João Franco & Pinto Corio

Em respeitosa homenagem
a seus talentos e virtudes

Cff.

Dr. Jucena G. Barro

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

CAPITULO I

Do direito em geral e das suas diversas especies

§ 1.º — Noções de direito e de obrigação. *A palavra direito emprega-se geralmente em dois sentidos*¹: *como norma social de conducta* (direito objectivo), *e como faculdade ou poder individual* (direito subjectivo).

Chama-se direito objectivo — ás normas de conducta social cuja observancia é coactivamente imposta pelos poderes publicos da nação; e *por direito subjectivo entende-se, segundo a definição do nosso codigo civil*, a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos (cod. civ. art. 2.º).

Ao direito subjectivo corresponde sempre uma obrigação, que o nosso legislador definiu: a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos (cod. civ., art. cit.).

¹ L. L. 11 e 12. 11. De *Justitia et jure*.

Os romanos tambem consideravam o direito ora como faculdade: *jus est facultas agendi* (direito subjectivo), ora como norma de conducta: *jus est norma agendi* (direito objectivo).

O codigo civil emprega geralmente a palavra *direito* em sentido subjectivo; mas algumas vezes o nosso legislador usou d'ella tambem no primeiro sentido indicado; ex.: cod. civ. art. 659.º; cod. proc. civ. artt. 333.º, § 3.º, 1088.º, §§ 5.º e 6.º, 1159.º, § 2.º, n.º 2, etc.

Um escriptor italiano regista 24 significados da palavra *direito*.

1 Normas geraes de conducta social.

1 Exigencia imperiosa da propria natureza humana, attestada por modo inilludivel na historia da humanidade, *a vida dos homens em sociedade* seria absolutamente irrealisavel se as diversas energias individuaes não fossem moderadas e reguladas por certas normas ou preceitos geraes, destinados a limitar o arbitrio e a orientar o procedimento de cada associado no sentido da mais util e proporcionada satisfação das proprias necessidades e da mutua cooperação de todos.

E' por isso que nas sociedades humanas, ainda mesmo na phase da mais rudimentar civilisação, as differentes manifestações da actividade individual foram sempre disciplinadas por *normas obrigatorias de conducta*, cuja observancia a todos se impunha como essencial condição da existencia e progressivo desenvolvimento da collectividade.

Se fosse possivel ao homem isolar-se dos outros homens vivendo exclusivamente do seu exorço, foragido da humanidade em logar inacessivel á convivencia e á civilisação, comprehende-se bem que a sua actividade seria inteiramente livre, e sem outros limites alem dos que a natureza fixou, em leis inviolaveis, ás faculdades individuaes. Esse homem, porém, não existe, porque a lei da sociabilidade humana a todos impõe a vida em *commum*.

Nesta insuperavel necessidade da coexistencia social dos homens se filia a restrição e orientação das suas actividades, a limitação da liberdade, o sacrificio da autonomia individual, na medida necessaria para a formação conservação e desenvolvimento do grupo a que pertencem.

E' dentro d'estes limites que o homem pode praticar ou deixar de praticar certos factos, que elle pode ser compellido a praticar ou a não praticar outros. As normas de conducta social, como reguladoras da vida collectiva,

e garantia das condições de existencia e desenvolvimento do individuo e da sociedade, especificam e determinam esses factos, directa ou indirectamente.

2 Origem e carateres especificos do direito.

2 Observando as sociedades humanas no seu desenvolvimento progressivo, depara-se-nos desde logo, nitidamente desenhado, um constante movimento de diferenciação nas *suas normas de conducta*, as quaes, tendo no principio caracter exclusivamente religioso, e sendo observadas e respeitadas por simples obediencia á vontade dos deuses, nos apparecem mais tarde, em periodo relativamente adeantado da evolução, formando já grupos diversos, distinctos pelos seus caracteres, pela função que exercem, e pela sua especial garantia ou sanção; como succede nos modernos povos civilisados, onde ao lado dos preceitos de *caracter religioso ou sagrado*, se encontram normas de *caracter moral* e de *caracter juridico*.

Expressão da vontade divina, dictadas mysteriosamente pelos proprios deuses, que presidiam e regulavam em todas as suas minuciosidades as acções dos homens e os phenomenos da natureza, as primitivas regras de conducta, embora mal definidas na incerteza peculiar dos costumes, eram observadas como preceitos sagrados, cuja violação constituia um sacrilegio.

Com o tempo vac-se restringindo, porém, o dominio social das divindades; o *temor dos deuses* diminue; e novas relações surgem entre os homens por virtude do constante desenvolvimento das condições da vida *commum*.

A religião, actuando debilmente e num campo mais restricto, torna-se impotente para garantir a existencia da collectividade, que nos costumes, elaborados inconscientemente no seio da sociedade pela longa repetição de factos

identicos, encontra um importante e novo factor de disciplina social. São normas de character moral, que tem por *sancção interna* o prazer ou o remorso, e por *sancção externa* o applauso ou a censura da consciencia social, da *opinião publica*, ainda que imprecisa e variavel, fluctuando á mercê das paixões, por falta d'um órgão proprio para exercer aquella funcção. O *culto dos antepassados*, que tão repetidas vezes se encontra nos ritos e crenças religiosas da antiguidade, concorreu bastante para a observancia dos *costumes*, a que os romanos chamáram *mores majorum*.

Não bastáram, porém, ás sociedades as normas de character religioso e as de character moral para definirem e orientarem as energias sociaes dos associados, assegurando a existencia e desenvolvimento da communidade.

O egoismo individual, que foi sempre o mais poderoso estímulo das acções humanas, e, ao mesmo tempo, a fraca repercursão na consciencia individual dos applausos ou censuras da opinião publica e dos castigos sobrenaturaes, alem d'outras causas variaveis de povo para povo e relacionadas com as suas especiaes condições de vida, provocáram, mais tarde, a intervenção directa do Estado, para fazer respeitar *pela força* aquellas normas de conducta, cuja violação ia affectar a vida social nas suas condições de existencia.

E' então que o *direito* apparece.

A existencia do phenomeno juridico depende, pois, essencialmente da combinação de dois elementos: *uma norma de vida social*; e *uma auctoridade que a imponha coactivamente* ¹.

¹ DR. GUILHERME MOREIRA, *Inst. do Dir. Civ. Port.*, I, pag. 2.

E' o Estado que, por intermedio de órgãos proprios, reconhece aquellas normas, e por meio da coacção impõe a sua observancia aos individuos.

Essas normas revestem então um character especifico, pela natureza particular da sua garantia — a *coacção* — e pela independencia do órgão creado para assegurar o seu cumprimento — o *juiz* — e formam o primeiro direito das sociedades.

E assim, do complexo homogeneo das primitivas normas de conducta social, o *fas*, vão-se diferenciando e desintegrando successivamente as *normas de character moral*, que os romanos designavam pela palavra *mos*, e, finalmente, as de *natureza juridica*, o *jus*.

3 Relações do direito com as outras normas sociaes. O direito, da mesma forma que a moral e a religião, tem por fim commun regular as relações dos homens entre si; embora a religião e a moral abranjam tambem relações d'outra ordem, com as quaes o direito nada tem, como são os deveres do homem para com Deus e para comsigo mesmo.

Nestas condições, e limitando a questão ás relações sociaes do homem, convem determinar em que situação se encontra o direito relativamente ás restantes normas de conducta.

E' um problema melindroso, especialmente no que respeita ás *relações entre a moral e o direito*.

De um modo geral, podemos dizer que uma norma de conducta, pelo facto de revestir a natureza juridica, não perde o seu character moral ou religioso, se acaso o tinha. O que determina a intervenção do Estado no

reconhecimento d'essa norma como direito *é a insufficiencia da sanção moral ou religiosa para impôr aos individuos a sua observancia, e o facto d'esta ser indispensavel á existencia e desenvolvimento da sociedade.*

O direito não diminue, pois, os dominios da moral ou da religião; vae apenas em seu auxilio, impondo *á força* o cumprimento dos seus preceitos.

No direito português temos ainda hoje muitas disposições juridicas que são ao mesmo tempo preceitos religiosos; e pode igualmente affirmar-se que a maior parte da legislação dos povos modernos sanciona e perflha principios da moral contemporanea.

O direito, portanto, não exclue a moral nem a religião.

4 O direito e a moral.

Mas pondo de parte os preceitos religiosos, que só excepcionalmente entram nas relações juridicas, poderá o direito consignar preceitos contrarios aos da moral, ou a que a moral seja indifferente?

Os factos respondem affirmativamente, pois no direito positivo dos diversos povos muitas regras se encontram sancionadas em desharmonia com os preceitos da moral, ou que a esta são extranhas.

Ha preceitos juridicos que podem considerar-se amoraes, isto é: nem moraes nem immoraes; outros que permittem actos reprovados pela moral; e outros, finalmente, que prohibem actos permittidos pela moral.

São factos excepcionaes, é certo, porque, como bem diz o sr. DR. JOSÉ TAVARES, «entre o direito e a moral ha uma relação tão intima, que de um modo geral pode dizer-se que na moral se contem todo o direito, pois mal se comprehende um systema de leis que não seja integralmente baseado em principios moraes».

A moral, acrescenta o mesmo professor, é o grande conjuncto de regras de conducta social, uma parte das quaes é tão necessaria e impreseindivel, que se formula em leis de força obrigatoria, garantidas pela coacção externa »¹.

Mas não obstante a estreita relação que as une, a identidade de objecto de muitas regras da moral e do direito, e a identidade substancial dos preceitos correspondentes, a differença essencial das respectivas sanções torna o direito inconfundivel com a moral, embora sejam factores communs do progresso das sociedades, que ambos teem por fim. Tanto a moral como o direito são regras de conducta social obrigatorias; mas ao passo que a observancia dos preceitos juridicos é imposta por meio da coacção externa, da força social, os dictames da moral encontram a sua especial sanção na consciencia intima do individuo, e no juizo da consciencia geral, que sendo, como é, producto de elementos heterogeneos, e facilmente impressionavel, nem dá garantias de certesa, nem é geralmente uniforme.

D'ahi vem o dizer-se que a função especial do direito é de *protecção*, assegurando a coexistencia social por meio da força; ao passo que a moral desempenha geralmente uma função *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, exercendo uma pressão doce, mas efficaaz, sobre as determinações da vontade².

¹ DR. JOSÉ TAVARES, *Tratado da Capacidade Civil*, I, n.º 3, pag. 11.

² DR. CAIRO DA MATTA, *Direito Civil Port.*, pag. 15, cit. GROPPALI, *I caratteri differenziali della moralita e del diritto*, 1901, pag. 163 e seguintes, onde se faz a exposição e critica das diversas theorias sobre o assumpto.

5 Intervenção do Estado na constituição do direito.

A intervenção necessária do Estado na constituição do direito ¹ manifesta-se ordinariamente pela determinação, em regras precisas, dos preceitos jurídicos, e dos meios empregados para assegurar o seu cumprimento.

Quaes são, porém os limites dentro dos quaes o Estado pode influir na constituição do direito?

Orientações diversas se tem manifestado a este respeito.

Os philosophos-juristas da *escola do direito natural*, que preponderou nos seculos XVII e XVIII, influenciando poderosamente a legislação dos principios do seculo passado, concebiam o direito como um producto da razão humana, ligando ao homem, como elemento essencial da sua propria existencia, um complexo de direitos, chamados *originarios ou absolutos*, dos quaes todos os outros emanavam.

Pelo raciocinio sobre a propria natureza humana organisava-se um systema de direito ideal e perfeito, constituido por principios universaes e immutaveis, que servia de modelo ás normas juridicas legisladas; sendo dever do legislador *reconhecer e proteger esses direitos, como fonte e origem de todos os outros*, conforme expressamente declara o art. 359.º do nosso Cod. Civ.

Não havia, pois, que estudar o desenvolvimento historico dos institutos juridicos, para descobrir as leis que presidem á sua evolução; bastava ao legislador auscultar o coração humano, onde a natureza gravára os principios immutaveis e universaes do direito, para os traduzir em preceitos, conforme os dictames da sua razão.

O papel do legislador, portanto, limitava-se a copiar o modelo, o melhor possivel, aproximando o *direito posi-*

¹ Confira. SUPRA, n.º 2, pag. 5.

tico, sempre imperfeito, dos principios superiores e immutaveis do *direito natural* ¹.

¹ O direito natural, escrevia OUDOT, é o complexo de regras que é de desejar ver immediatamente transformadas em leis positivas (*Primièrs essais de philosophie du droit*, 67).

Criticando esta doutrina, diz PLANIOL que seria diffícil dar uma ideia mais falsa do direito natural. Suppor que existe ao lado de cada lei humana uma lei ideal, concebível pela intelligencia, e que seria o seu modelo, é reduzir o direito natural á sorte de todo o ideal, isto é, se não ao nada, pelo menos ao estado de concepções individuaes infinitamente variadas. Se cada um de nós, estudando uma qualquer lei, e concebendo uma outra lei melhor do que ella segundo as possas ideias pessoais, concorre assim para a formação do direito natural, este representará somente uma collecção heterogenea de opiniões discordantes (*Traité elem. de droit civil*, 1908, I, n.º 3).

OUDET reduzia o *direito natural*, imutavel, e universal, a um direito variavel no tempo e no espaço, ao *direito ideal ou theorico*, como lhe chama LACANTIERIE (*Précis de droit civil*, I, pag. 2).

Para PLANIOL o direito natural compõe-se d'un pequeno numero de *maximas, fundadas sobre a equidade e o boni senso, que se impõem ao proprio legislador*, e segundo as quaes a obra legislativa poderá ser apreciada, louvada ou criticada. O direito natural nem é a lei, nem o ideal da lei; é a *regra suprema da legislação*. Se o legislador se afasta d'ella, faz uma lei injusta ou má. Ao contrario do que pensa OUDOT, o direito natural compõe-se de principios superiores á lei, que seria, por consequencia, *inútil* formular em artigos de direito positivo.

Tal é a doutrina do illustre professor da Faculdade de direito de Paris.

Outros auctores apresentam um novo conceito do *direito natural*, que o DR. JOSÉ TAVARES (*Obr. cit.*, pag. 14 e 15) expõe nos termos seguintes:

«O conceito moderno do direito natural consiste nas ideias ou principios fundamentais que inspiram e dirigem a organização juridica.

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

Em summa, o direito natural é o systema de principios que deve orientar o legislador na confecção das leis destinadas a realizar o ideal de justiça proprio de cada sociedade. (SALLELES, *École historique et droit naturel*, na *Revue trimestrelle de droit civil*, 1902, pag. 81 e 82, 96 e 97).

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

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

São esses os principios de direito natural.»

Reagindo sobre os falsos conceitos d'esta escola, appareceu nos principios do seculo XIX a *escola historica*, que teve em SAVIGNY o seu principal representante, sustentando que o direito é um simples producto das relações sociaes que elle tem por função regular, e não um producto theorico e abstrato do raciocinio; de modo que, nas suas constantes transformações, está sujeito á mesma lei de evolução que preside á transformação das necessidades sociaes onde vae buscar a sua origem.

Todavia, por um exagero dos seus principios, a *escola historica* chegou á conclusão de que a formação do direito era automatica, realisando-se independentemente da vontade do homem, que só tinha de intervir para o reconhecer e declarar.

Não é, porém, assim, como dissemos.

O direito, como garantia social das condições de vida da sociedade, encontra a sua origem nas proprias necessidades da communidade, que o legislador tem por missão satisfazer; e por isso, á medida que aquellas condições se transformam, o direito não pode permanecer immutavel e improgressivo.

Nas transformações do direito, porém, como na sua primitiva constituição, o legislador não é uma simples machina inconsciente, destinada a registar automaticamente os factos; pois lhe cumpre usar da propria iniciativa, inspirando-se nas diversas circumstancias do momento, para fixar em normas juridicas os principios mais consentaneos com o interesse social, segundo o seu criterio e as ideias da epocha, actuando sobre as condições de existencia da sociedade.

O direito d'um povo não é constituído apenas pelas instituições do passado, embora transformadas; novas necessidades originaram a criação de novos institutos, a que a vontade do legislador deu vida juridica, em harmo-

nia com as suas ideias, e com as condições do meio social.

Tem, portanto, o legislador, sem desvirtuar a sua função, uma larga parte de iniciativa na criação e transformações do direito, não contrariando o principio da evolução historica, que subordina todos os phenomenos sociaes.

6 Direito subjectivo e obrigação.

Toda a norma juridica, portanto, envolve substancialmente uma limitação da liberdade individual, que se traduz na obrigação de *praticar ou não praticar certos factos, considerados respectivamente necessarios ou lesivos para a collectividade*, ou seja nas relações directas do individuo com a sociedade, considerada como *pessoa*, ou seja nas relações dos individuos entre si, as quaes, em certo modo, vão tambem mais ou menos profundamente interessar a mesma sociedade.

E', pois, indispensavel que a propria sociedade, pelos seus legitimos representantes, declare em termos precisos quaes são os factos, cuja prática reclama aos cidadãos, ou que estes não podem praticar; podendo assim afirmar-se como preceito fundamental, logicamente derivado dos principios expostos, *que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*. Tal é o preceito do art. 145.º, § 1.º, da Carta Const.

Por isso, sempre que a lei não prohibe um facto, pode este ser praticado pelo individuo; que tambem pode deixar de praticar todos aquelles que por lei não é obrigado a prestar.

Em taes condições, a situação juridica de cada um relativamente a estes factos pode bem traduzir-se na formula indicada pelo nosso legislador na primeira parte do art. 2.º do Cod. Civ., definindo *direito subjectivo a*

faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos ¹.

E como nas relações dos cidadãos entre si, a *faculdade de praticar certos factos* importa para todos os outros a *obrigação de não estorvarem o exercicio d'este direito*, da mesma forma que á *obrigação* de praticar um facto, corresponde o *direito* de exigir a sua prestação, é legitimo dizer-se que *todo o direito, subjectivamente considerado, tem uma obrigação correlativa*.

A'quelle a quem o direito pertence, chama-se *sujeito do direito*; ao que soffre a obrigação correlativa, *sujeito da obrigação*, ou, no dizer de alguns, *sujeito passivo do direito*.

Nalgumas relações juridicas, porém, nos chamados *direitos reaes*, o *sujeito da obrigação é indeterminado*, pois aquelles se exercem contra toda e qualquer pessoa, sendo apenas determinado o *objecto*, ou cousa sobre que recaem; ao contrário do que succede nos *direitos pessoais*, em que o *sujeito da obrigação é sempre certo*, embora o não seja o *objecto do direito* ².

Assim, por exemplo, se eu tenho o dominio de uma cousa, (*direito real*), posso fazer valer o meu direito contra

¹ Esta definição legal é imperfeita, porque abrange mais do que o objecto definido. A *faculdade moral* de praticar certos factos tanto pode provir do direito, como da religião ou da moral. O direito subjectivo é uma *faculdade legal*, que emana da lei, ou direito objectivo. Este, tendo por fim restringir a liberdade individual nos limites traçados pelas exigencias da solidariedade social, dá a protecção do Estado ás restantes manifestações da actividade humana, convertendo em *faculdades juridicas* as suas *faculdades naturaes*. Só as *faculdades garantidas pela lei são direitos subjectivos*.

O nosso codigo emprega, porém, a expressão *faculdade moral*, para designar o *facto de phisicamente se não poder exercer*.

² A expressão *direito pessoal* é tambem empregada noutro sentido, designando aquellas *faculdades que só podem ser gosadas pelo proprio titular do direito*, e com elle se extinguem (cod. civ. art. 1737).

todos aquelles que o lesarem; mas se eu sou credor de um *individuo*, (*direito pessoal ou de crédito*), só a este, ou aos *seus representantes*, posso exigir o pagamento do débito.

O *sujeito da obrigação*, no primeiro caso, só foi determinado pelo *facto da lesão* do meu direito; ao passo que na segunda *hypothese* ficou determinado logo que a *relação juridica* se creou.

§ 2.—Direito publico e direito privado ¹. A *complexidade das relações sociaes*, que o *direito é chamado a regular*, e a *diversidade dos factos por elle regidos*, aconselham naturalmente a sua *divisão*, para *mais facil coordenação dos principios communs á mesma ordem de condições sociaes*.

Muitas *divisões tem sido tentadas*, sob *critérios diferentes*; mas a que mais nos interessa conhecer, *pela sua grande influencia na orientação legislativa*

Alguns escriptores tomando em consideração a natureza especial do *direito internacional*, ainda em via de formação, constituem com elle um grupo á parte, ao lado do *direito publico* e do *direito privado*, sub-dividindo-o depois em *direito internacional publico* e *direito internacional privado*.

Com esta orientação poderia formar-se o schéma das divisões do direito pela seguinte forma:



Não foi, porém, esta a orientação seguida pelo legislador português; pois teremos occasião de observar que tanto no codigo civil como no codigo commercial o *direito internacional* figura como elemento integrante d'estes dois ramos do *direito privado*.

dos povos modernos e pela diversidade dos principios que formam os seus dois ramos, é a que divide o direito em publico e privado, os quaes, por sua vez, pôdem subdividir-se, como se vê no seguinte quadro:

Direito publico	Interno ou nacional	{	Constitucional
			Administrativo
	Externo ou internacional publico	{	Penal
			Ecclesiastico
Direito privado	Civil	{	Processo
	Commercial	{	Interno
			Internacional

O direito publico determina a organização do Estado e das suas frações organicas (município e parochia) e regula as suas relações com os cidadãos, considerados como membros do Estado ou das referidas frações (direito publico interno); e bem assim as relações do Estado, como detentor do poder publico, com os outros Estados (direito publico internacional ¹).

¹ E' o direito publico, diz o sr. DR. LARANJO, que determina a formação, organização e funções do poder social, direitos e deveres reciprocos d'este e dos cidadãos, a sua influencia mutua, e as instituições, os meios e o modo pelos quaes o poder publico geral e os poderes locais hão de desempenhar as suas funções em toda a extensão do Estado (*direito publico interno*). E' elle, tambem, que regula as relações entre os Estados, sob o ponto de vista dos seus interesses geraes: tratados de paz, de alliança, de commercio, etc.

O seu fim directo e immediato é o interesse geral da sociedade; quod ad statum rei publicae spectat, como diziam os romanos.

O Direito privado regula as relações dos cidadãos entre si, ou d'estes com o Estado, e suas fracções organicas, considerados como meros particulares ¹.

Respeita immediatamente ao interesse particular dos cidadãos, e só indirectamente ao Estado: jus quod ad singulorum utilitatem spectat.

7 Importancia d'esta divisão do direito.

Na classificação do direito, como na determinação do seu conceito scientifico, na investigação das suas origens, e em muitos outros problemas que lhe dizem respeito, nunca foi possivel alcançar, nem o será, porventura, em tempo algum, uniformidade de opiniões entre os cultores da sciencia juridica.

As diversas classificações apresentadas podem agrupar-se em duas classes: a) *divisões classicas*, que tradicionalmente tem sido mantidas na doutrina, e influenciado mais ou menos intensamente as legislações; b) e *classificações sociologicas*, intimamente relacionadas com as diferentes tentativas de divisão interna da sociologia.

Nos estudos de direito positivo pouco interessa o conhecimento das ultimas; e das primeiras, a que mais profundamente se infiltrou no organismo juridico dos

¹ As relações de *direito privado* podem ter logar entre cidadãos do mesmo Estado, ou entre pessoas de nacionalidade diversa; e umas e outras dentro ou fóra do territorio nacional. O *direito privado internacional* regula, em cada país, somente os actos que ali hajam de produzir effeitos, não podendo abranger, sem offensa da soberania nacional das outras nações, os actos que nestas vão produzir os seus effeitos, os quaes ficam, consequentemente, sujeitos ao seu direito.

diversos povos é a que separa o direito em *publico e privado*, não obstante as enormes difficuldades que se depáram a quantos procuram determinar um criterio scientifico e rigoroso sobre o qual se apoie a distincção d'aquelles dois ramos do direito ¹.

Como bem diz um collega nosso, «os codigos das nações, as obras da jurisprudencia, a nomenclatura do direito, tudo está tão impregnado d'ella, que é impossivel em qualquer trabalho tornar-se intelligivel sem se lhe fazerem referencias quasi constantes» ².

No entanto ella tem sido vivamente combatida por falta d'um criterio scientifico, que permitta separar rigorosamente o direito publico do privado.

¹ Uma divisão classica do direito, hoje sem importancia, era a que separava o *direito natural* do *direito positivo*, e que ainda se encontra nos escriptores que admittem aquella especie de direito, embora com diverso significado, como anteriormente dissenos (supra, n.º 5).

O *direito positivo* é constituído pelas regras juridicas em vigor num Estado, qualquer que seja o seu caracter particular: constituições, leis, decretos, costumes, jurisprudencia. Estas regras são *positivas* no sentido de que ellas formam um *objecto de estudo concreto e certo*; são conhecidas; tem um texto, uma formula determinada e precisa; resultam d'um conjunto de factos e de noções que podem ser postos fora de duvida (PLANIOL, *obr. cit.* 4).

Como é evidente, esta classificação do direito não tem possibilidade de existencia para aquelles que consideram *tudo o direito positivo*.

Tambem o direito pode ser: *universal* ou *particular*, conforme se applica em toda a extensão do territorio do Estado, ou somente a uma ou outra região ou localidade; e *commum* ou *singular*, conforme se applica a todas as pessoas e relações, ou somente a uma classe d'ellas. (Conf. DR. G. MOREIRA, *obr. cit.* 5; MAZZONI, *Ist. di diritto civile italiano*, I. 8).

Como exemplo das classificações sociologicas registamos aqui a do fallecido professor d'esta Universidade, DR. MANUEL ENYDIO GARCIA, que, tomando por base a função propria do direito — garantia das condições de existencia e desenvolvimento da sociedade — dividiu o direito em quatro ramos: a) *Politico*, correspondente ás condições de formação, constituição, e renovação da sociedade; b) *Economico*, correspondente ás condições de vitalidade ou nutrição; c) *Administrativo*, correspondente ás condições de conservação e persistencia; d) *Moralisador* ou *penal*, relativo ás condições de desenvolvimento e aperfeiçoamento. (*Apostamentos de algumas lições de sciencia politica e direito politico*).

² DR. LARANJO, *Principios de Direito Politico*, 11.

8 Os criterios da classificação.
É sempre difficil estabelecer uma divisão bem nitida dos diversos ramos do direito em consequencia dos seus numerosos pontos de contacto ¹; mas essa difficuldade mais se avoluma ao tratar-se do direito publico e privado, onde o problema não obteve ainda uma solução definitiva.

a) Entre os diversos criterios propostos apparece-nos em primeiro logar o que attendia *ao fim das normas juridicas*, implicito na conhecida definição de Ulpiano: *publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*.

Era, portanto, a *utilidade publica* ou a *utilidade privada* que determinavam a natureza do direito; mas não podendo separar-se a utilidade dos individuos da utilidade do aggregado, visto ser util para o Estado toda a lei que o fôr tambem para os cidadãos, e vice-versa, não podia, consequentemente, proceder-se com tal criterio á classificação rigorosa das regras juridicas ².

b) O *sujeito do direito*, que por outros foi tomado para base da classificação, longe está tambem de satisfazer ao desejado fim.

Segundo este criterio, era direito privado o que tinha por sujeito um particular; e direito publico, o que tinha por sujeito o Estado e as suas frações organicas. Acontece

¹ PLANIOL, *Obr. cit.* 18.

² Sendo o Estado um organismo constituído pelos cidadãos, os interesses do todo e de cada uma das partes hão de ser correlativos e harmonicos, sendo por isso util para o aggregado tudo o que fôr util para os associados, e vice-versa.

Partindo d'este principio, entende tambem o sr. DR. GUILHERME MOREIRA que para incluir as normas juridicas no direito publico ou privado, era necessario «attender ao seu fim directo, que nem sempre é possível precizar, sendo que as normas juridicas respeitantes ás mesmas relações sociaes apresentam, sob esse aspecto, conforme as condições do meio, diverso characters (*obr. cit. pag. 7*).

porém, que não só o individuo pode ser sujeito de direitos publicos, v. g., os que constituem a sua capacidade eleitoral; mas também o Estado e as suas frações organicas, considerados como pessoas moraes, o podem ser de direitos privados.

Assim o individuo e a familia, ordinariamente sujeitos de direito privado, nem por isso deixam de pertencer também ao direito publico: aquelle nas suas relações com o Estado, e a familia em todas as disposições preceptivas e prohibitivas da sua constituição. Da mesma forma, o Estado e as suas frações, ordinariamente sujeitos de direito publico, pertencem também ao direito privado em numerosas relações sobre propriedade e contractos.

c) O *objecto* da relação juridica não fornece, por sua vez, o criterio procurado: pois embora o direito privado recaia ordinariamente sobre utilidades patrimoniaes, e o direito publico não, certo é, também, que, não só este pode ter por *objecto* aquellas utilidades, como succede, por exemplo, com o direito tributario, fruição de baldios, direitos de portagem, etc., mas pode, por seu lado, o direito privado ser alheio a interesses patrimoniaes, como se vê nos artt. 1184, n.ºs 1 e 2, 1186, 1188, e outros do cod. civ.

Da analyse, que resumidamente fizemos, da insufficiencia dos criterios apontados para se fixar com nitidez a distincção entre o direito publico e o privado, concluem os seus criticos que esta classificação é inadmissivel porque *ambos os ramos do direito apresentam simultaneamente uma face publica e outra privada*. Mas isso prova apenas que não é possivel firmar a classificação apontada sobre qualquer d'aquellas bases, isoladamente; pois, por mais procedentes que aquellas razões pareçam, ellas não invalidam nem apagam a separação profunda que na essencia da classificação se encontra, e devido á qual tem podido

manter-se e atravessar durante seculos as transformações do direito, sem haver sido substituida por outra com igual ou melhor acceitação.

Como diz um escriptor, esses dois ramos do direito não se confundem, porque: 1) o direito publico constitue de ordinario um *dever publico*; 2) é dominado pelo espirito de *generalidade*, ao passo que o *direito privado* é inspirado pelo da *individualidade*; 3) aquelle refere-se aos interesses da comunidade civil e do Estado como pessoa politica, ao passo que este se refere aos interesses privados ¹.

Além d'isso, aquella classificação não só corresponde melhor do que qualquer outra ás necessidades d'uma exposição organica da sciencia juridica, mas assenta primordialmente no principio de que *a vontade das partes é impotente para alterar ou modificar as regras do direito publico*, ao passo que *os preceitos do direito privado, tendo na sua grande maioria character supletivo, podem ser livremente derogados pelos individuos*, pois tem por fim apenas supprir o seu silencio ².

§ 3.º — Subdivisões do direito publico. O direito publico *subdivide-se* em direito constitucional, administrativo, penal, ecclesiastico e processo.

Direito constitucional, *tambem chamado* direito politico, e direito publico propriamente dicto, *é o que*

¹ GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, 10.

² O principio de que a vontade das partes, impotente para derogar as leis de direito publico — *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* — pode alterar as de direito privado, exprime apenas uma regra geral; pois a distincção *legal* que nos diversos Estados se tem feito entre as normas de direito publico e as de direito privado não se manteve fiel a esse criterio. E' assim que no direito privado ha normas, como as respeitantes á organização da familia e da propriedade, que o legislador considerou como tendo por base a utilidade publica, não deixando, portanto, dependente do arbitrio das partes a sua applicação. São as leis chamadas de *interesse e ordem publica* (DR. GUILHERME MOREIRA, *obr. cit.* pp. 6 e 7).

regula a constituição do Estado, e determina as suas funções organicas, attribuições dos poderes politicos, seus limites e relações.

Direito administrativo, ou direito publico secundario, é o que regula as relações entre o Estado e os cidadãos: ou, como o define o sr. DR. GUIMARÃES PEDROSA, «é o conjunto de disposições que regulam e garantem a acção que o Estado desenvolve na formação, conservação, e aperfeiçoamento do organismo publico, na aquisição e emprego dos meios de vida, e de funcionamento d'esse organismo, e na directa realização dos fins publicos do mesmo Estado»¹.

Direito penal, ou mais propriamente direito criminal, é o que determina os factos offensivos das condições essenciaes da ordem social, considerados crimes ou delictos, e fixa as respectivas penas².

Direito ecclesiastico é o que regula a organização e as relações sociaes da Igreja.

Direito processual, ou simplesmente processo, é

¹ Curso de sciencia da administração, pag. 180.

² COELHO DA ROCHA, (Inst. § 30) incluía no direito criminal as leis relativas á indemnização civil do lesado por qualquer facto criminoso; afirmando, consequentemente, que aquelle direito, emquanto á imposição da pena pertencia ao direito publico, e emquanto á indemnização do lesado pertencia ao direito particular ou civil.

O codigo civil separa nitidamente a responsabilidade criminal, que consiste na obrigação em que se constitui o auctor do facto ou da omissão lesiva do direito alheio, de submeter-se a certas penas decretadas na lei, as quaes são a reparação do damno causado á sociedade na ordem moral (art. 2364), da responsabilidade civil, que consiste na obrigação, em que se constitui o auctor do facto ou da omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e de satisfazer as perdas e damnos que lhe haja causado.

Só a primeira é objecto do direito criminal; mas como a responsabilidade civil acompanha sempre aquella (cit. cod. art. 2365), as nossas leis permitem que, em certas condições, sejam as duas conjunctamente pedidas no mesmo processo criminal.

Este facto, porem, não significa que a responsabilidade civil deixe de ser regulada pelo direito privado, cujos principios tem de ser applicados naquelle processo.

o que prescreve as formas por que o poder judicial exerce a força coactiva do direito, decidindo as questões que se suscitam, e punindo os crimes¹.

9 Relações do direito publico com o direito privado.

Dos diversos ramos do direito publico, os que mais se relacionam com o direito privado são o direito administrativo e o processo.

Em verdade, o direito administrativo, operando num campo vastissimo, frequentes vezes se encontra em contacto com materias de direito privado, sujeitando á superintendencia do Estado actos ou relações dos cidadãos entre si, como succede na caça, na pesca, na occupação das aguas, etc., que são materias simultaneamente regidas pelo direito civil, onde se estabelecem os principios fundamentaes, e pelo direito administrativo, que regulamenta e desenvolve esses principios.

Quanto ao direito processual, as relações do processo civil e do commercial com os correspondentes ramos de direito

¹ Em dois sentidos se emprega a palavra processo: no sentido restricto significa apenas a serie de actos e formulas necessarias á declaração e consecução dos direitos em juizo; no sentido lato, o processo abrange não só o estudo restricto da ritologia formal, isto é, a exposição das regras attinentes aos actos que não de realisar-se em juizo, mas ainda a determinação das condições de que depende a viabilidade do pleito e que se referem tanto ao magistrado e ao tribunal, como aos proprios litigantes (DR. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinario*, 13).

Alguns escriptores propõem a substituição do direito processual pelo direito judicario, comprehendendo neste não só o processo, no sentido stricto, mas tambem a organização dos tribunaes, que são os órgãos encarregados de declarar o direito nos differentes casos concretos controvertidos (DR. J. TAVARES, *obr. cit.* 9).

Ao direito processual chama-se tambem direito adjectivo, em opposição ao direito que por meio d'elle vem a ser declarado, ao qual se chama direito substantivo. Neste sentido, tanto o direito civil como o commercial são direitos substantivos, embora nos respectivos codigos se encontrem tambem regras especiaes de processo, ou direito adjectivo.

substantivo são tão intimas, que alguns escriptores consideram inadmissivel a sua collocação entre as subdivisões do direito publico, por entenderem que devem integrar-se no direito civil e commercial, como por muito tempo succedeu, é ainda hoje em parte se verifica. Muitas são em verdade as disposições de processo civil que o nosso código civil contem: e no código de processo civil não é tambem difficil encontrar disposições de caracter substantivo, que alteram, completam ou desenvolvem preceitos do código civil. E' por isso que o sr. DR. J. TAVARES, seguindo PLANIOL e CAPITANT, entende que o processo civil e o commercial devem figurar entre as subdivisões do direito privado, «porque realmente o processo do direito privado não pode pertencer ao direito publico; é tambem direito privado ¹».

Esta opinião, porém, creava a necessidade de separar o processo em diversos ramos, conforme se referisse a preceitos de direito publico, ou de direito privado, porque o primeiro não podia, evidentemente, incluir-se nas subdivisões d'esta ultima especie de direito; e essa separação traria não pequenos embaraços, não só porque muitos preceitos de processo são communs a todos os ramos do direito, mas ainda porque o principio fundamental que rege a vontade das partes em materia de processo, qualquer que seja a sua natureza, é sempre o mesmo, e commun tambem á generalidade dos preceitos de direito publico: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* ².

¹ DR. J. TAVARES, *obr. cit.* 9; PLANIOL, *obr. cit.* 26; CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, pag. 19 e 20.

² *Supra*, 8, pag. 19. Casos ha, porem, nos quaes a lei permite ás partes designar a forma do processo, e até influir na constituição do tribunal, que ha de julgar os seus pleitos. E' o chamado *juízo arbitral*, regulado nos artt. 44 e seg. do cod. de proc. civ., facultado a todas as pessoas que puderem livremente dispor

Sobre este principio apoia a jurisprudencia patria frequentemente as suas decisões, affirmando que as formalidades de processo, *por serem de direito publico*, não podem ser alteradas por vontade das partes; e no artigo 128 do cod. de proc. civ. consignou-se a mesma doutrina, pois ali se declara que se dá *nullidade no processo quando se omittir algum acto prescripto na lei, quando se praticar algum acto que a lei não admitta, ou quando o acto se effectuar sem as formalidades legais* ¹.

10 O processo, a acção e a defesa pessoal.

E' por meio do *processo* que o Estado, por intermedio dos tribunaes ou juizos, exerce a força coercitiva do direito, decidindo as questões que se suscitam, e reintegrando o individuo lesado no estado de direito anterior á lesão, ou punindo o violador das normas juridicas.

Esta garantia ou defesa judiciaria do direito é o que se denomina *acção* ².

A ella se refere o nosso código civil nos artigos 2536 e 2537, dizendo que os *meios pelos quaes os lesados ou*

dos seus bens, e que consiste em as partes poderem escolher um ou mais arbitros para decidirem as questões, sobre as quaes possam legalmente transigrir.

Neste caso, não só lhes é permitido escolher escrivão e official de diligencias para funcionarem no processo, e auctorisarem os arbitros a julgar o pleito *ex aequo et bono*, mas podem tambem designar a *forma do processo* (cit. cod. art. 45, §§ 1.º e 2.º).

¹ Nem todas as nullidades tem eguaes effectos, pois ha umas que são *insuppríveis*, tornando nullo tudo o que se tiver processado desde que ellas se verificaram; e outras que são *suppríveis*, as quaes só annullam o acto a que se referem e os termos subsequentes que d'elle dependerem absolutamente (cit. cod. art.º 130, §§ 1.º e 2.º).

² Ao sujeito do direito offendido quando reclama em juizo a sua garantia, chama-se *auctor*; á pessoa contra a qual é instaurada a acção, chama-se *reu*; a uma e outra pessoa, conjuntamente, *partes*. Mas tambem se designam por esta expressão as pessoas que interveem na mesma relação juridica; v. g., nos contractos chama-se *partes* aos *contrahentes* ou *contractantes*. (COELHO DA ROCHA, *Inst. de Dir. civ.* § 171, not.)

*ameaçados nos seus direitos podem ser restituídos, indemnizados ou assegurados na fruição d'elles, são os juízos e as acções; acrescentando o art.º 2538 que a organização e jurisdição dos juízos são reguladas por leis especiaes, pertencendo ao código de processo as regras relativas ás acções*¹.

Este é o meio normal e commun da defesa dos direitos, aquelle a que o titular do direito offendido tem geralmente de socorrer-se para se garantir contra os actos lesivos de terceiro; mas excepcionalmente, e só nos casos taxativamente marcados na lei, é-lhe também permittido *usar da propria força e auctoridade*. Tal é o principio estabelecido no artigo 2535 do cod. civ.: *ninguem é auctorizado a fazer-se restituir ao exercicio dos seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei*.

Estas excepções são determinadas pela necessidade de garantir o exercicio do direito ao respectivo titular nos casos em que elle não pode immediatamente recorrer á força pública². O código faz applicação d'este principio

¹ Divergem os juriconsultos na determinação da verdadeira natureza da acção, considerando-a alguns como um *direito* e outros como simples *meio*.

No direito romano foi ella considerada como *direito*, pois as *Institutae* a definiram *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*; e nesta orientação foi pelo sr. VISCONDE DE SADRÁ redigido o *Proj. do cod. civ.*, que estabelecia no seu ultimo titulo muitas regras relativas ás acções.

Outra foi, porem, a orientação da *Commissão revisora* d'aquelle projecto, pois, não obstante a larga discussão a este respeito sustentada por aquelle sabio juriconsulto, considerou a acção como um simples *meio* de garantir os direitos, eliminando do projecto os artigos que respeitavam ás acções, por os julgar privativos do código de processo civil.

Entre os que sustentam que a acção é um direito surge, porem, novas divergencias, quando se trata de determinar a natureza d'elle. E assim: para alguns, a acção é o proprio direito que se pretende garantir, ou antes uma qualidade ou elemento intrinseco d'esse direito, cuja realisação só pode ser levada a effeito perante a lesão ou ameaça d'ella; para outros, a acção é um direito distincto do direito lesado ou ameaçado, podendo existir independentemente d'este, como este pode existir sem acção. Formam assim duas classes de direitos: os *geradores*, que a lei reconhece em primeiro logar, e os *sancionadores* (acções), que servem para garantia d'aquelles. Conf. DR. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *obr. cit.* 18.

² Conf. *Infra*, 17.

nos artt. 486, 2354 e 2367 a 2370, restringindo o emprego da propria força aos limites da *legitima defesa*, que tambem no direito penal figura entre as circunstancias dirimentes da responsabilidade criminal (cod. pen. art. 44, n.º 5 e 46).

§ 4.º -- Subdivisões do direito privado. — O *direito privado comprehende o direito civil e o commercial, os quaes andáram por muito tempo confundidos; sustentando-se ainda hoje que o direito commercial não tem característica alguma que o differencie substancialmente do direito civil propriamente dito*.

E' certo, porem, que na legislação dos diversos povos, da mesma forma que entre nós, esta distincção está geralmente consagrada, embora fundada sobre criterios meramente empiricos.

*Direito civil, nos termos do art. 3.º do respectivo código*¹, é o que regula as relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre

¹ Os romanos chamaram *jus civile* ao que era proprio de cada Estado e só podia ser invocado pelos respectivos cidadãos: *quod quisque populus ipse sibi constituit, id ipsius proprium civitatis est; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis*. Inst. § 1.º. *De jur. nat. et gent.* (l. 2.). Compreendiam-se, portanto, nesta designação tanto o direito publico, como o privado de cada nação, por opposição ao *jus gentium*, que comprehendia as regras communes a todos os povos: *quo omnes gentes utuntur*.

Por muito tempo se usou tambem entre nós, e nomeadamente nos Estatutos da Universidade de 1772 (Liv. 2. Cap. 2 e 3), a expressão *direito civil* para abranger todo o direito português.

Na idade media empregou-se para designar o *direito romano*, por opposição ao *direito canonico*.

Algumas vezes ainda se encontra empregada num sentido mais restricto, que todavia a approxima do conceito romano, comprehendendo apenas os preceitos *legaes privativos* dos cidadãos de cada país; mas as relações de familiaridade, que hoje existem entre os povos, e os progressos da sciencia juridica, que alargaram a tutela do direito privado a todos os homens, sem distincção de nacionalidades, deixaram reduzido a muito pouco o conteúdo de tal expressão, neste sentido.

os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes. **Direito commercial** é o que rege os actos de commercio, sejam ou não commerciantes as pessoas que nelles intervêm (*cod. comm. art. 1.º*); *considerando-se actos de commercio* todos aquelles que se acham especialmente regulados no código commercial, e, alem d'elles, todos os contractos e obrigações dos commerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar (*cit. cod. comm. art. 2.º*).

A definição legal do direito civil é imperfeita, porque abrange todo o direito privado, comprehendendo nos seus termos tambem o direito commercial, do qual era mister distingui-lo. Por isso, para determinar os dominios respectivos dos dois direitos precisamos de recorrer ao criterio fornecido pelo código commercial, considerando actos civis todos os que, nos termos da lei commercial, não deverem classificar-se actos de commercio.

Esta determinação tem uma grande importancia pratica, pois não podem apreciar-se os effeitos de qual-quer relação juridica sem previamente caracterisar a sua natureza, para se conhecer a lei que lhe é applicavel.

11 Unidade do direito privado.

A historia do *direito commercial* attesta que elle em toda a parte se desintegrou do direito civil, tendo especialmente em vista uma certa classe de pessoas, cujas operações se procurava facilitar e proteger contra as fraudes a que particularmente se prestavam — a classe dos commerciantes; mas no campo scientifico, onde o problema da unidade ou dualidade do direito privado ainda subsiste, registam-

se opiniões divergentes sobre o valor e justificação d'aquelle facto, fazendo-se vaticinios diversos sobre o futuro.

Para alguns escriptores não ha distincção essencial entre o objecto dos dois direitos, que disciplinam relações juridicas fundamentalmente identicas. Como diz PLANIOL, o direito commercial confina em muitos pontos com o direito civil, trata as mesmas materias, limitando-se a applicar uma regulamentação excepçional a actos por elle subtrahidos ao regimen do direito commum ¹. Nestas condições, a separação entre o direito civil e o commercial em codigos separados resulta de circunstancias meramente eventuaes, que não affectam a unidade fundamental das respectivas relações juridicas, sendo de desejar e de prever a sua futura unificação no mesmo código ².

¹ PLANIOL, *Obr. cit.* 27.

² A questão da unificação do direito privado tem sido muito debatida em Italia. Contra a autonomia do direito commercial apresenta VIVANTE os seguintes argumentos:

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; porque:

- 1) conserva em flagrante contraste com os principios da egualdade social uma classe privilegiada, cuja actividade é regulada por uma lei especial, que a favorece em prejuizo dos outros cidadãos;
- 2) 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) prejudica a applicação do direito pela difficuldade de applicar as suas disposições quando os dois codigos, civil e commercial, regulam o mesmo instituto;
- 4) exerce uma perniciosa influencia no progresso scientifico, pela grande deficiencia no código commercial de regras geraes e pela grande abundancia de particularidades nas normas dos varios institutos;
- 5) não é possivel precisar os limites das duas leis civil e commer-

Outros auctores, porem, longe de acceitarem as premissas estabelecidas, contestam a identidade fundamental das relações jurídicas e do objecto dos dois direitos. Entre elles, o egregio juriconsulto brasileiro, autor do ultimo *Projecto do codigo civil* d'aquella nação, CLOVIS BEVILAQUA, cuja grande erudição flue de todos os seus importantes escriptos: o qual, refutando algumas criticas dirigidas ao seu valioso trabalho, sob este ponto de vista, sustenta que, no momento actual, as relações jurídicas, que constituem o dominio dos dois direitos, se apresentam com caracteres sufficientemente distinctos para que se organsem por codigos diferentes¹.

cial, pela difficuldade de caracterisar o 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 explica-se pela diversa natureza das relações sociaes que um e outro 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 haja limites; da mesma forma que a afinidade reciproca do direito constitucional e do direito administrativo e a difficuldade de lhes assignar os limites, não são motivo para unificar aquelles. De resto, 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 bens são considerados no seu valor de uso, e no direito commercial no seu valor de troca; etc.

¹ Em *defessa do proj. de cod. civ. Brasileiro*, pp. 31 a 33. «Já não me refiro, escreve elle, ao modo particular de effectuar a cobrança dos creditos sobre o patrimonio do devedor insolvente, porque, em muitas legislações a fallencia é commun aos commerciantes e aos que não fazem da mercancia profissão habitual; mas as regras especiaes ao contracto cambial, ás sociedades mercantis, ás empresas de transportes, ás instituições bancarias, estão-nos indicando, de um

A grande complexidade objectiva e formal do direito civil, que pela vastidão dos assumptos que regula é, porventura, de todos os ramos do direito o que tem mais extensos dominios, explica sufficientemente a sua morosa evolução, attestada no facto de ainda hoje nos codigos civis se reproduzirem, na sua maior parte, as velhas formulas do direito romano.

Comprehendendo grande numero de instituições, correspondentes a necessidades diversas da commuidade, era de prever que umas se adiantassem ás outras no seu desenvolvimento progressivo, de modo a estabelecer-se a des-

modo irreversivel, que ha no commercio uma função social sufficientemente especialisada, que se destina a effectuar a circulação rapida das riquezas, ligando as duas operações fundamentais da economia politica, — a reaccção das utilidades e a satisfação das necessidades. E essa função, que imprime um caracter proprio nas relações, que determina, que exige mais de uma classe especial de agentes auxiliares, que dia a dia se amplia e toma intensidade, não pôde, penso eu, dispensar, no momento presente, um conjunto de preceitos jurídicos modelados segundo as peculiaridades que ella faz nascer.

«Suppondo que, nesta região do mundo intellectual, a evolução siga marcha inversa da commun, passando do polymorphismo á forma unica, da especialisação para a uniformidade, que se contraia, em vez de se desdobrar, ainda é prematura a reforma, porque ainda subsistem as causas determinantes da distincção entre os dous ramos principaes do direito privado.

«Nem se desloquem os termos da questão, allegando que, hoje, o commercio não é mais o privilegio de uma classe, porque são precisamente relações especiaes que o direito commercial pretende regular, pouco importando que ellas se circumscrevam a um grupo de pessoas ou se estendam á generalidade dos individuos. Não é do ponto de vista particular das pessoas que a distincção é feita, mas em attenção ao objecto das relações travadas. Si a mediação ou, como prefere dizer ENOUE VIDARI, a intronissão, dá um caracteristico de facil assignamento ás operações do commercio, é natural que por esse mesmo prisma se considere o Direito».

E contestando que o objecto d'essas relações jurídicas seja o mesmo, e pelo mesmo aspecto encarado, acrescenta:

Quanto ao objecto, á materia do direito civil, a primeira inspecção revela-o mais extenso do que o do commercial, pois que faltam a este as relações de familia e de successão hereditaria, que dão origem a grande numero de actos jurídicos e de institutos (casamento, filiação, patria poder, adopção, regimen matrimonial, testamento, legitima, etc.).

Toda a forte argumentação do insigne escriptor sobre o assumpto, foi por elle proprio resumida na resposta que deu á censura do DR. COELHO RODRIGUES, (*obr. cit.* p. 217 e seg.) pela forma seguinte:

harmonia dos principios tradicionaes do direito civil com as novas necessidades sociaes.

Era preciso um direito novo, com formulas simples, adequadas á natureza especial das novas funções d'esses institutos; e d'ahi a desintegração do *direito commercial*, que subtraiu ao pesado formalismo do direito civil os actos e contractos que substancialmente constituem a função especifica da industria commercial, e d'outras com esta intimamente relacionadas, cujos progressos se não compadeciam com a quasi immobildade d'aquelle direito.

Esse movimento de desintegração continúa, e ha de continuar, certamente, a produzir novos ramos de direito, autonomos e diferenciados do direito civil e do commercial. O *direito industrial*, e os *direitos intellectuaes*, approxi-

«... ponderei contra os que sustentam a necessidade da absorção do direito commercial no civil, que se hade transformar em privado social:

1.º Que a marcha da evolução, em todos os dominios, é sempre uma passagem do homogeneo para o heterogeneo, da uniformidade para a especialisação, da unidade para a multiplicidade; e que a pretensão dos unionistas do direito privado, contrariando essa lei natural do desenvolvimento dos phenomenos e das idéas, não me parecia digna de applausos.

2.º Que o direito commercial não se baseava sobre um privilegio de classe, não era um direito de excepção, como infundadamente affirmavam alguns, mas sim uma especialisação do direito privado, determinada pela natureza das relações que é destinado a regular, relações que assumem um caracter especial em consequencia da função propria do commercio, que é vincular duas phases da vida economica, a produção e o consumo, para que uma receba da outra a porção de energia vital de que necessita.

3.º Que os unionistas partiam do falso supposto de que a base do direito era puramente economica, esquecidos de que semelhante doutrina desfigura, mutila e amesquinha a idéa do direito, mais elevada, mais particularmente humana, exigindo faculdades mais aperfeiçoadas do que o principio economico.

4.º Que o direito *civil* considerava os bens, como judiciosamente observava PISANELLI, no seu valor de *uso* e o commercial no seu valor de *troca*, e desdobrei este argumento em cinco proposições diferentes, de accordo com o preclaro RAOUL DE LA GRASSERIE.

5.º Que o exemplo do codigo suizo das obrigações não constituia um argumento, porque na Federação helvetica a unificação que se procurava firmar era a politica, para tornar o direito privado objecto da competencia federal, e não a conceitual, para tornal-o um todo unido e compacto.

6.º Finalmente, que ainda mesmo quando o exemplo suizo pudesse ser invocado, a elle se opporia o da Alemanha, onde se julgou conveniente manter a distincção entre o direito civil e o commercial ».

mam-se cada vez mais da realidade objectiva, correspondendo á mais rapida evolução dos respectivos institutos; emquanto o direito civil com as suas instituições fundamentaes, a familia, as successões, etc., refractarias a transformações rapidas e profundas, proseguirão, dentro das velhas formulas, a evolução lenta, mas fatal, de todos os phenomenos sociaes.

Por isso, com rasão affirma o illustre jurisconsulto brasileiro que o direito civil, em seus traços geraes, se ha de manter indefinidamente, regulando as relações de familia, a propriedade, as obrigações e a successão hereditaria, vicejando ao seu lado o direito commercial, do qual se ha de desagregar o industrial, ou para constituir por si só um organismo independente, ou para alliar-se duradoura ou transitoriamente ás outras formas dos chamados direitos intellectuaes ¹.

De resto, o direito commercial nasceu e desenvolveu-se em toda a parte sob o impulso de necessidades identicas, porque identica é no mundo inteiro a função especifica do commercio. D'ahi a quasi identidade dos seus preceitos nos diversos povos, e a geral aspiração para a sua completa unificação universal, que se manifesta nos escriptos dos mais notaveis commercialistas modernos, e nas discussões dos congressos internacionaes.

Não assim pelo que respeita ás instituições fundamentaes do direito civil, que apresentam modalidades substancialmente diversas nos diversos povos, provenientes da diversidade dos seus costumes, e das suas necessidades, que o constante e progressivo desenvolvimento das relações internacionaes não conseguiu nem, decerto, conseguirá jámais apagar.

¹ Obr. cit. p. 223 e 224.

O direito commercial poderá ser *cosmopolita* e *universal*; o direito civil ficará sempre *nacional*.

A dualidade do direito privado está, pois, em nosso entender, plenamente justificada: o direito commercial constitue um direito *singular* ou *especial* em relação ao direito civil.

12 Actos civis e actos de commercio.

O direito civil acha-se inteiramente relacionado com o direito commercial, servindo aquelle de subsidiario a este nos casos omissos (cod. comm., art. 3.º).

Sendo, porem, diverso o dominio de cada um d'elles, embora as relações juridicas por ambos reguladas caibam na definição legal do direito civil (cod. civ. art. 2.º) é indispensavel, na falta de melhor criterio, estabelecer a regra pratica para determinar os casos regidos por um ou por outro. Ora, como o direito commercial constitue um *direito especial*, as suas disposições prevalecem sobre as do direito civil, que é *geral* ou *commum*, segundo a regra de que *a lei especial prevalece sempre sobre a lei geral*.

Por isso, o primeiro dever do interprete perante um caso qualquer de direito privado é verificar se porventura se trata, ou não, de *actos de commercio*, e como taes sujeitos á lei commercial.

O artigo 2.º do cod. comm. fornece-nos o criterio para fazer essa determinação, definindo aquelles actos, que podem ser de duas especies:

a) Actos de commercio objectivos, que são todos os que se acham especialmente regulados no codigo commercial.

b) Actos de commercio subjectivos, que são os restantes contractos e obrigações dos com-

merciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar.

Os primeiros são commerciaes, qualquer que seja a pessoa que os pratica, e por isso se chamam *objectivos*, por serem commerciaes por si mesmos; os segundos chamam-se *subjectivos*, porque a sua commercialidade resulta da qualidade da pessoa que os pratica.

Em face d'estes principios, o caminho do interprete fica traçado:

1) O acto está especialmente regulado no codigo commercial. A solução tem de ser dada á face do direito commercial, seja qual fôr a qualidade das pessoas.

2) O acto não está regulado especialmente naquella codigo. Neste caso é preciso attender á qualidade das pessoas que nelle intervieram:

a) se não foi praticado por commerciante, é acto civil;

b) se foi praticado por commerciante, será considerado, em regra, acto de commercio; pois só deixa de o ser em dois casos: a) se o contracto ou obrigação fôr de natureza *exclusivamente civil*, isto é, regulado apenas na legislação civil, v. g. a *emphyteuse*; b) ou se, não tendo esta natureza, do proprio acto resultar que nada tem com o exercicio do commercio ¹.

¹ Os actos de commercio subjectivos, quando somente uma das pessoas que intervêm na relação jurídica é commerciante, são também chamados na jurisprudência italiana e franceza *actos commerciaes mistos* ou *unilateraes*; mas nem por isso deixam de ser regulados pela lei commercial, e de ficarem sujeitos ao fóro

Tal é o criterio legal que o nosso direito fornece para separar os dominios correspondentes aos dois ramos do direito privado. A elle precisámos frequentemente recorrer no estudo das diversas questões praticas, que não podem ser devidamente resolvidas sem a prévia averiguação da natureza juridica do acto, sobre a qual assenta a determinação da lei applicavel ¹.

§ 5.º — Divisões do direito subjectivo. Os direitos subjectivos estão naturalmente subordinados ás divisões do direito objectivo; e por isso temos direitos publicos e direitos privados, pertencendo ao numero dos primeiros os direitos politicos, administrativos, etc. e á classe dos segundos os direitos civis e os direitos commerciaes.

Outras divisões, com diversas bases, são porém, mencionadas pelos escriptores, e algumas referidas na nossa legislação.

Tal é a divisão dos direitos em originarios e adquiridos, de que nos fallam diversos artigos do codigo civil, que lhe deram sanção legal; a dos direi-

commercial. Assim o determina o art. 99.º do codigo commercial, nos seguintes termos: *«embora o acto seja mercantil somente em relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei commercial quanto a todos os contractantes, salvas as que só forem applicaveis áquelle, ou áquelles por cujo respeito o acto é mercantil, ficando, porém, todos sujeitos á jurisdição commerciaes»*.

A mesma disposição vem reproduzida no § 1.º do art. 3.º do codigo de processo commercial. Conf. EDUARDO SALDANHA, *Estudos sobre o direito commercial Português*, I, 72.

¹ Pode ver-se a applicação d'este principio na *Rec. de Leg. e de Jurispr.* (XXIII, 451) onde se afirma que *é civil e não commercial o contracto de compra e venda dos moveis d'um hotel, feita ao dono d'esta casa para continuar o comprador a gerir o mesmo hotel*; e nos *Estudos Juridicos* (I, 176) onde se opina que *a sociedade que tem por objecto a compra e venda de cortiças, é commercial e não civil*. Conf. DR. J. TAVARES, *A determinação dos actos de commercio, em o numero 7 d'esta ultima publicação*.

tos geradores e sancionadores ¹, a que já nos referimos anteriormente; a dos direitos affirmativos e negativos, conforme consistem em poder praticar certos factos, ou em deixar de praticar outros ²; e finalmente, a dos direitos pessoaes e reaes, a que tambem já fizemos referencia ³

As tres ultimas especies de direitos podem considerar-se subdivisões dos direitos adquiridos; mas como modernamente se não acceita a primeira divisão indicada, deixámos de enunciar as restantes como suas subordinadas.

De todas ellas, interessam particularmente ao nosso estudo a primeira e a ultima.

13 Importancia relativa d'estas classificações.

A concepção racionalista do direito, defendida pela escola do direito natural, a que já nos referimos ⁴, fazendo derivar da propria natureza humana um certo numero de direitos, nos quaes todos os outros encontravam a sua fonte ou origem, estabelecia logicamente a classificação d'esses mesmos direitos em dois grupos, chamando aos primeiros: direitos originarios, primitivos, absolutos, ou naturaes, e aos segundos: direitos adquiridos, hypotheticos, condicionaes, secundarios, derivados ou relativos, porque a sua aquisição dependia essencialmente de *um facto* do homem — ou fosse do titular do direito, ou d'outra pessoa ⁵.

¹ Supra, 10, p. 24, not. 1.

² Os direitos affirmativos auctorisam o sujeito a uma acção positiva; os negativos permittem-lhe omittir qualquer cousa, que elle seria obrigado a fazer se prescindisse d'esse direito. DR. J. TAVARES, *obr. cit.*, 19; CHIRONI E ABELLO, *Tratato di diritto civile italiano*, I, p. 114 e 115.

³ Supra, 6, pag. 12.

⁴ Supra, 5.

⁵ DR. VICENTE FERRER, *Philosophia do direito*, I, §§ 33.º, 65.º e 81.º

Foi nesta doutrina que o legislador português assentou todo o vasto plano da sua obra; e, por isso, não só mencionou logo no artigo 4.º do código civil a *natureza humana* como fonte dos direitos civis, mas pela definição e classificação dos *direitos originarios* abriu a parte segunda do mesmo código.

Não tem, é certo, esta materia importancia alguma pratica, servindo apenas para perpetuar no seu melhor trabalho as ideias philosophicas do auctor do código civil, ou do seu primitivo Projecto — o saudoso VISCONDE DE SEABRA — que a morte foi ha poucos annos surprehender no seu pittoresco retiro de Mogofores, entre os seus livros queridos, cuja leitura escutava attento, ou dictando esmeradas traducções de textos latinos, já que os olhos, de ha muito cerrados para a luz, lhe não permittião compulsá-los directamente, e o constante amor do trabalho lhe não consentia deixar em repouso o espirito, ainda em plena lucidez.

A' sua tenacidade na defêsa do plano geral da sua obra, á consideração, que sempre mereceu aos vogaes da Commissão revisora, e porventura ainda á terminante affirmação, que se lhe attribue, de abandonar os trabalhos da revisão se esta materia fosse eliminada da lei, se deve, talvez, a existencia no código civil português d'um capitulo, que não tem correspondente em códigos estrangeiros.

Para a jurisprudencia patria, no entanto, esse capitulo ficou sempre de nenhum valor, a não ser como affirmação geral de principios, que noutros logares se encontram desenvolvidos e applicados.

E não só inutil julgamos esta doutrina; pois, a nosso vêr, a sua inserção na lei tem graves inconvenientes: porquanto sendo alguns dos artigos do código reproducção de preceitos constitucionaes, qualquer alteração que a este respeito venha por ventura a fazer-se na carta constitucio-

nal arrasta consigo a modificação correspondente do cod. civ., em prejuizo, talvez, do seu systema geral; e tem, sobretudo, o defeito de outorgar força de lei a uma classificação puramente doutrinal, a respeito da qual, e mesmo a dentro da escola do auctor do código, se manifestam profundas divergencias entre os escriptores, e que na discussão do primitivo projecto se desenharam tambem com tanta nitidez, que o proprio sr. VISCONDE DE SEABRA não legrou vêr triumphar as suas primeiras ideias ¹.

No entanto, tratando-se d'uma *classificação legal* dos direitos, é indispensavel que d'ella nos occupemos com maior desenvolvimento, verificando, a proposito de cada um dos direitos originarios apontados pelo legislador, o principio já anteriormente affirmado de que *tudo o direito é positivo*.

Mais importante sob o ponto de vista pratico, e certamente mais scientifica por assentar sobre bases positivas, é a classificação dos direitos em *reaes* e *pessoaes*, pelos diversos principios que subordinam uns e outros, tanto em materia civil, como no processo respectivo, onde se estabeleceu tambem a distincção das acções em *reaes* e *pessoaes*, conforme teem respectivamente por objecto a restitução de cousas mobiliarias ou immobiliarias, ou o cumprimento de obrigações (cod. de proc. civ., art. 2.º, §§ 1.º e 2.º) ².

As restantes classificações indicadas não teem hoje importancia alguma; e por isso só d'aquellas vamos occupar-nos.

¹ Conf. Proj. Prim., art. 382.º e seg. com as *Actas da Comm. Rev.*, 64-66.

² E' duvidoso se o cod. de proc. civ. procurou ou não appoiar esta divisão das acções, na divisão tradicional do direito em real e pessoal. Conf. Dr. J. ALBERTO DOS REIS, *obr. cit.* 22.

§ 6.º — *Direitos originarios e adquiridos. O código civil define e classifica os direitos originarios pela forma seguinte: dizem-se direitos originarios os que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros (art. 359.º)*

Estes direitos são:

- 1.º — *o de existencia;*
- 2.º — *o de liberdade;*
- 3.º — *o de associação;*
- 4.º — *o de apropriação;*
- 5.º — *o de defesa.*

a) *O direito de existencia não só comprehende a vida e integridade pessoal do homem, mas tambem o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral (art. 360.º)*

b) *O direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção (art. 361.º)*

O pensamento do homem é inviolavel (art. 362.º)

O direito de expressão é livre, como o pensamento; mas o que delle abusar, em prejuizo da sociedade ou de outrem, será responsavel na conformidade das leis (art. 363.º).

O direito de acção consiste na faculdade de praticar livremente quaesquer actos; mas o que delle abusar, attentando contra os direitos de outrem ou da sociedade, será responsavel, nos termos das leis (art. 364.º)

c) *O direito de associação consiste na faculdade de pôr em commun os meios ou esforços individuaes,*

para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade (art. 365.º)

d) *O direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que fôr conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da propria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade. Mas o direito civil só reconhece a apropriação, quando é feita por titulo ou modo legitimo (art. 366.º e § un.)*

e) *O direito de defesa consiste na faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes ou adquiridos (art. 367.º)*

Os direitos originarios são inalienaveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação delles produz a obrigação de reparar a offensa (art. 368.º)

14 *Direito de existencia.*
Ocupa o primeiro logar entre os direitos originarios mencionados no art. 359.º do eod. civ., e é tambem, decerto, o que primeiro apparece no quadro das normas juridicas de qualquer sociedade humana. Desde que o direito tem por fim garantir as condições de existencia e desenvolvimento social, não podia a vida do homem, elemento essencial d'aquelle organismo, esear a sua protecção.

Mas o *direito de existencia*, segundo a definição do código, não comprehende sómente a vida, pois abrange conjunetamente a integridade physica e intellectual do homem, o seu bom nome e reputação (art. 360.º); e no desenvolvimento da vida juridica das sociedades vemos, com effeito, que a tutela do direito vae successivamente

abraçando todas estas condições de vida para o homem social: primeiramente a vida physica, depois a privação de alguns órgãos não essenciaes para a existencia; e por fim, quando as sociedades teem alcançado grande desenvolvimento na ordem moral, o bom nome e a reputação, que determinam a consideração e respeito alheios, traduzindo-se mesmo, por vezes, em importantes beneficios pecuniarios.

No entretanto, é forçoso reconhecer que as sociedades só assumiram a tutela de taes direitos quando tinham já dado alguns passos na via do progresso, pois nas primeiras phases da sua evolução o direito á vida teve por unica garantia a força do proprio individuo, ou a dos seus familiares (*vindicta privada*), exercida quasi discripeionariamente.

A protecção da integridade physica vemo-la, todavia, já legalmente reconhecida no *Tullão*, cuja fórmula é bem conhecida: *olho por olho, dente por dente*; mas a defesa da integridade moral só muito tarde apparece, quando a sociedade havia já assumido a função de administrar a justiça.

A saneção do preceituado no art. 360.º do eod. civ. encontra-se não só em muitos artigos do eod. pen., onde são incriminadas e punidas as offensas contra as pessoas: morte, ferimentos, ameaças, e tambem os ataques á sua honra e consideração, que constituem os crimes de injúria, diffamação e calúnia; mas tambem no proprio eod. civ., artt. 2384.º e seg.; e ainda em leis especiaes, v. gr., na que regula o exercicio do direito de expressão do pensamento por meio da imprensa (Lei de 11 de abril de 1907).

15 Direito de liberdade e direito de associação.

O direito de liberdade acha-se definido em termos muito genericos no art. 361.º do eod. civ., podendo levar á

errada convieção de que a lei civil não reconhee limites no exercicio das actividades humanas. Lendo, porém, os artigos seguintes, desde logo se observa que das suas três principaes manifestações — o pensamento, a expressão e a acção — só a primeira, como facto psychologico, não encontra na lei restrição alguma.

O pensamento do homem, emquanto se não revela por signaes exteriores, foge aos dominios do direito; mas desde que se revela por qualquer forma apreeciavel tem uma importancia capital, tanto no campo do direito civil, onde a *intenção* das partes forma geralmente a lei dos contraetos e subordina os efeitos do testamento, como no direito penal onde a falta de intenção criminosa justifica o facto.

As restantes manifestações do direito de liberdade encontram, porém, a sua natural limitação na coexistencia de direitos eguaes para todos os membros da sociedade, e nos interesses da mesma sociedade. Di-lo expressamente o art. 363.º; repete-o o art. 364.º; e resulta da própria natureza e fins do direito, que tendo por objectivo a garantia das condições de existencia social, precisa de coordenar as diversas actividades individuaes de modo a tornar possivel o seu desenvolvimento simultaneo e paralelo, e defender o organismo contra os ataques, que vão feri-lo nos seus elementos de vida.

Da lei da sociabilidade humana resultam, como anteriormente dissemos¹, as primeiras limitações ao livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, definindo nos seus verdadeiros termos o direito de liberdade, que primitivamente se manifesta a proposito da satisfação das mais elementares necessidades da vida, das exigencias

¹ Supra, I.

puramente *organicas*, e só mais tarde, á medida que a vida social se vae desenvolvendo, comprehende as variadas manifestações da actividade *psychica*.

A liberdade, portanto, acompanha todas as manifestações da actividade humana, desenvolvendo-se parallelamente a ellas; e por isso ROMAGNOSI poudo affirmar que, em rigor, a liberdade não constitue um direito, mas uma condição inseparavel e universal, ou antes um *requisito essencial* do exereicio de qualquer direito ou dever ¹.

No direito de acção, tal como o define o eod. eiv., (art. 364.º), podia tambem comprehender-se o de *associação*, de que se occupa em especial o art. 365.º, porque aquelle referindo-se a *quaesquer* actos, abrange manifestamente a coordenação de varias actividades para um fim commum, qualquer que elle seja, desde que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade.

Esta intima ligação entre os dois direitos foi expressamente reconhecida nos trabalhos preliminares do eodigo, sendo o *direito de liberdade e o de associação* incluídos no mesmo numero do artigo correspondente ao 359.º do eod. eiv. ².

Este direito de *associação*, que as nossas leis garantem e reconhecem desde que o seu fim seja legitimo, e ainda assim com maiores ou menores restrições segundo o seu especial objecto, é consequencia necessaria da lei da sociabilidade humana.

Não pôde o homem por si só, desacompanhado do auxilio alheio, realisar integralmente a sua função social.

¹ Conf. *Rivista di fil. scient.* iv. (1877, junho) 306.

² Conf. *Actas*, 66.

E' sabido que as forças não se sommam, mas se multiplícam; e fins que seriam irrealisaveis para um só homem, facilmente consegue alcança-los a associação de varias pessoas.

Por isso o nosso eodigo reconhece no artigo 365.º o principio geral de que a todos é lícito associar os proprios esforços aos de outras pessoas para qualquer fim que não prejudique direitos de outrem, ou da sociedade; e, coneretizando esta affirmação generica, regula especialmente, nos contraetos, diversas fôrmas de sociedade, reconhece e protege as pessoas moraes, admite e regula a *compropriedade*, etc. Da mesma forma, nas leis administrativas, v. gr., na de 26 de julho de 1893, que regula a exercicio do direito de reunião em logar público ou recinto fechado; o no eodigo commercial, além d'outras, se estabelecem preceitos diversos, baseados no mesmo principio.

O espirito da associação obedece em todas as manifestações da sua vida á acção de duas forças simultaneas: por um lado a tendeneia *psychologica* para o convívio em sociedade, determinada pela insufficiencia das faeuldades do individuo; por outro lado, a vantagem que resulta do principio *mechanico* da somma ou composição de forças, segundo o qual o effeito da resultante é maior do que a somma arithmetica dos effeitos das singulares componentes ¹.

16 Direito de apropriação.

Reconhecidos como essenciaes á existencia do homem na sociedade os direitos de integridade physica e moral, e o de liberdade, o *direito de apropriação* não podia deixar de apparecer desde logo no quadro das relações

¹ DR. J. TAVARES, *obr. cit.* 21.

juridicas de qualquer povo, como sua logica e necessaria consequencia. O livre exercicio das faculdades humanas (art. 361.), dirigidas no sentido de procurar no meio biologico e social os elementos necessarios á conservação da existencia, e ao melhoramento da propria condição, é um dos primeiros factos que se aolhem á tutela do direito nas sociedades embryonarias, porque corresponde a necessidades fundamentais da vida. Negar o direito de appropriação, seria negar o direito de existencia, porque o homem para viver carece de procurar fóra de si certas utilidades, que por vezes só pôde aleançar mediante o próprio trabalho.

O exercicio do direito de appropriação dá origem á *propriedade*, que o nosso codigo define *a faculdade, que o homem tem, de applicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pôde dispôr livremente* (art. 2167.º) Este direito tanto pôde reahir sobre cousas moveis, como sobre as immoveis; mas ao passo que a legitimidade da propriedade individual sobre as cousas da primeira especie é geralmente acceita, não succede o mesmo com a propriedade da terra, que é vivamente combatida pelos escriptores socialistas.

No entanto é força confessar, com PUGLIA, que «reconhecido o direito de liberdade *psycho-organica*, e o *direito de trabalho*, é consequencia logica o reconhecimento do *direito de propriedade*, isto é, do direito de possuir as coisas aleançadas pelo exercicio d'aquelles direitos, e dispôr d'ellas livremente, sem offensa dos direitos d'outrem, ou melhor, nos limites determinados pelas necessidades do convivio social. O direito de propriedade individual não pôde, consequentemente, ser posto em dúvida, a não ser que se queira destruir o verdadeiro conceito da personalidade juridica, negando a legitimidade do exercicio de

algumas importantissimas funcções da actividade *psycho-organica*. O que pôde, todavia, discutir-se é o modo como deve ser regulado o exercicio d'aquelle direito, de maneira que os interesses de alguns não prevaleçam sobre o interesse da coeetividade eom grave damno dos outros.»¹

Reconhecendo a necessidade de fixar legalmente os limites daquelle direito, o nosso cod. civ. eomeça por desde logo reeuser a protecção da lei aos actos de appropriação, que não tenham sido feitos por *titulo* ou *modo* legitimo (§ un. do art. 366.); entendendo-se por *titulo* o fundamento justificativo da aquisição, e por *modo* a fôrma da aquisição, ou a tomada da posse².

17 Direito de defêsa.

Nas sociedades ainda pouco desenvolvidas, onde a tutela do direito por parte da coeetividade se não pôde exercer proficuamente, o instinto da conservação leva o homem a usar da propria força para obstar á violação dos seus direitos, ou para reprimir as offensas reeebidas.

¹ PUGLIA. *Revista cit.*, 372-373.

² Sr. Cons. DIAS FERREIRA, *cod. civ. port.*, (2.ª edic.), I, 275. «A palavra *titulo*, na linguagem vulgar, e muitas vezes na forense, escreve COELHO DA ROCHA, significa o *documento*, que serve para provar os direitos, ou obrigações. Porém no sentido juridico dizemos *titulo* o fundamento da aquisição, ou, como se diz em Direito Romano, a *causa* dos direitos: como o contracto, a successão, a filiação, a minoridade, etc.

«O *titulo* diz-se *oneroso*, quando o direito foi obtido por outra retribuição equivalente, como acontece nos contractos chamados onerosos; e *gratuito*, ou *lucrativo*, quando não houve retribuição, como se verifica ordinariamente nos contractos beneficos, nos legados, e nas successões.

«Além d'isto o *titulo* diz-se *universal*, quando comprehende um todo de cousas e direitos, como as heranças; e *singular*, quando se refere a um direito ou cousa individual.

«Finalmente, o *titulo* diz-se *revogavel*, ou *resolovel*, quando a transmissão fica dependente de alguma circumstancia de *modalidade*, delarada no mesmo acto, ou estabelecida pela lei, como condição resolutiva; e *irrevogavel* ou *irresolovel*, quando se não pôde desfazer.»

A vindicta privada, a que já tivemos de fazer referência ¹, é uma prova indiscutível do que acabamos de afirmar.

Mas nas sociedades civilizadas a *defesa* da personalidade humana assume o caracter de função social, exercida por órgãos próprios em nome e no interesse da collectividade, reconhecendo-se o *direito de defesa* por força e auctoridade própria só a titulo excecional, nos casos de damno imminente ou irreparavel, quando não seja possível recorrer á auctoridade pública.

Esta transformação profunda no conceito da defesa comprehende-se e explica-se facilmente, como resultado necessario da progressiva evolução da sociedade; pois reconhecendo-se os graves, e por vezes irremediaveis inconvenientes, que para o organismo social resultavam do exercicio mais ou menos arbitrario da defesa individual — que a violencia das paixões exacerbava, compromettendo a tranquillidade pública — e adquirindo a sociedade cada vez maiores forças, e mais adgnados meios de defesa, não podia deixar de assumir para si aquella função, por necessidade da própria conservação.

Não sendo, porém, em muitos casos possível á auctoridade pública prevenir certas offensas aos direitos individuais, a imperiosa necessidade de manter a *ordem juridica* ²

¹ Supra, 14.

² «A regulamentação dos interesses humanos, segundo a ideia de justiça dominante no momento, constitue, quando considerada em seu conjunto, uma systematisação das energias sociais que os juristas allemães, com muita propriedade, denominam *ordem juridica*, o que importa dizer: justa proporção dos interesses collidentes, ou antes, *organização da vida em commun*, pela *proporcionada satisfação das necessidades e pela orientação cultural dos impulsos* (C. BEVILAQUA, *Theor. ger. do dir. civ.* p. 10).

KOHLER define *ordem juridica*: a regulamentação, historicamente estabelecida, das relações em frente aos bens e aos deveres da vida.

deve a collectividade a reconhecer no individuo o *direito de defesa*, como subsidiario da acção social, quando esta não pôde exercer-se por modo a evitar que a injustiça se realice ¹.

18 Relações entre direitos originarios e adquiridos.

Do exame summario, que deixámos feito, das origens e desenvolvimento dos direitos originarios admittidos pelo nosso legislador resulta a demonstração indirecta

¹ Conf. Supra, 10. No direito de legitima defesa manifesta-se por vezes o principio da solidariedade humana, que rege o aggregado social; pois não só aquelle direito se refere ao proprio individuo lesado, mas tambem a outras pessoas, que *presenciarão a lesão*.

E' o que se vê dos citados art. 2368.º e 2369.º do cod. civ., que impõem aos que presenciarem as aggressões de terceiro, nos termos do art. 2367.º, a obrigação de auxiliarem o aggredido, *não excedendo os limites da justa defesa d'este*, sob pena de responderem por perda e damnos.

Alguns auctores olham a defesa privada tambem por outro aspecto, considerando-a como *auto-satisfação*, que consiste na realisação por nossa propria força d'um estado que corresponde ao nosso direito.

O desforço no caso de *esbulho da posse*, admittido pelo art. 486.º do cod. civ., é considerado mais como *auto-satisfação*, do que *auto-defesa*, porque, neste caso, a posse estava já realmente perdida para o possuidor, embora *juridicamente* o não estivesse (cit. cod. art. 482.º, n.º 4); o que não succede nos casos de *simples turbação da posse*, porque então o possuidor defende o seu direito, põe-o em actividade, desenvolvendo a sua energia defensiva.

Para que a legitima defesa exista é necessario, em rigor, que a lesão do direito esteja *imminente* ou em *começo de execução*, como determina o cod. pen.; se a lesão se consumou, cessou a razão que justificava a existencia d'aquelle direito, e só devia ter logar a *defesa judiciaria*.

E desde que a legitima defesa só pode existir em consequencia da lesão do direito, é evidente que não podem integrar-se nella as faculdades, que a lei algumas vezes concede aos individuos, de *offenderem o direito alheio para evitarem um mal maior ou igual ao que se receia*, em determinadas circunstancias, cujo conhecimento interessa especialmente ao direito criminal.

Para evitar um prejuizo imminente, que por outro modo se não possa impedir, é permitido pelo art. 2396.º do cod. civ. lesar a propriedade alheia, salva, em todo o caso, a competente indemnisação; não podendo, nestas circunstancias, ter logar a legitima defesa, não obstante a disposição *geral* do art. 2354.º, que cede áquelle *precató especial*.

dos princípios anteriormente expostos sobre a natureza do phenomeno juridico.

Foi assim que a moderna philosophia juridica destruiu a concepção idealista dos direitos primitivos, inherentes á natureza humana. Estudando historicamente os diversos institutos juridicos, sondando as suas origens primeiras, e acompanhando-os attentamente no seu continuo desenvolvimento no tempo e no espaço, a philosophia juridica positiva conseguiu desfazer a lenda dos direitos absolutos, innatos e immutaveis, que emanavam da propria natureza, erradamente comprehendida e definida, mostrando a todas as luzes que os direitos, qualquer que seja o seu nome e a sua importancia, são productos sociaes, transformando-se constantemente, segundo as leis geraes da evolução.

E' certo que as origens dos direitos se ligam estreitamente á natureza do homem; mas não é do homem ideal, estudado em si mesmo, abstractamente, como na velha escola se fazia, mas do homem social, tal como a realidade conereta no-lo apresenta, vivendo em relações constantes e variadas com os seus semelhantes.

E' do echoque dos interesses oppostos, do conflito das necessidades communs, do progresso de todas as relações sociaes, que surgem os diversos direitos, como normas reguladoras da conducta humana; proeuar direitos fóra da sociedade é, pois, uma utopia injustificavel.

Nestas condições bem de vêr é que os ehamados direitos originarios são, como quaesquer outros, *direitos adquiridos*, que appareceram em momentos diversos, determinados pelo desenvolvimento progressivo das condições de existencia social. Como, porém, elles se referem a necessidades fundamentaes do homem na sociedade, sendo, por vezes, condições essenciaes da vida collectiva, *a maior parte d'aquelles direitos são dos primeiros que apparecem no quadro das relações juridicas*, assumindo ao mesmo

tempo uma importancia superior, relativamente aos ehamados direitos hypotheticos, que em grande parte resultam do exereieio dos primeiros.

«Uma lei de evolução, esereve PUGLIA, preside á origem dos direitos chamados innatos, e ás várias formas da sua manifestação, sendo as neecessidades da vida individuo-social as causas determinantes das suas várias phases evolutivas.

«Appareem reeonheidos em primeiro logar os direitos que se referem ás mais necessarias manifestações da actividade psyeo-organica, e com o desenvolvimento d'esta e da vida social outros, que tem relação com as novas neecessidades bio-ethicas. E como o exercicio dos direitos essenciaes á personalidade humana dá origem a muitos outros direitos, commummente chamados adquiridos, fórma-se assim um organismo de direitos, do qual os primeiros se pódem eonsiderar órgãos principaes: organismo sujeito á lei da evolução, e que torna possivel a adaptação dos individuos associados ao ambiente biologico (ambiente physico e social)»¹.

§ 7.º — Direitos reaes e pessoas. — *Esta classificação dos direitos subjectivos é geralmente acceita pelos escriptores, embora se notem divergencias entre elles sobre o modo porque uns e outros devem ser definidos.*

O direito real, (jus in re) recae directa e immediatamente sobre uma coisa, de modo que entre o sujeito do direito e o seu objecto não apparece intermediario algum; podendo, por isso, exercer-se contra toda e qualquer pessoa.

O direito pessoal (jus in rem ou ad personam)

¹ Rivista di Filosofia cit. 375.

é a faculdade de exigir de certa e determinada pessoa a prestação d'um facto ou d'uma coisa; por fórma que a relação entre o sujeito do direito e o objecto d'este é indirecta ou mediata, realisando-se por intermedio d'outra pessoa.

Como, porem, a expressão direitos pessoaes tem juridicamente outros significados, accentua-se modernamente a tendencia de a substituir por direitos de crédito ou direitos das obrigações, quando empregada no sentido que fica definido, afim de evitar confusões e precisar melhor as ideias ¹.

19 Natureza do direito real.

Toda a relação juridica suppõe pelo menos duas pessoas, visto que a todo o direito corresponde uma obrigação ².

Não pode, consequentemente, admittir-se a existencia d'uma simples relação entre o titular do direito e a coisa, que lhe serve de objecto, porque d'esse modo se eliminaria um dos elementos essenciaes da relação juridica, qual é o sujeito da obrigação, que só pode ser o homem.

Por isso, quando se define *direito real* o que recae directa e immediatamente sobre uma coisa, não se quer de modo algum significar que elle não tenha obrigação

¹ A expressão *direito pessoal* é de origem latina. Os Romanos chamavam *actio in personam* a acção por meio da qual um credor fazia valer o seu direito, em consequencia de figurar sempre o nome do devedor na formula, que o Pretor entregava.

Entre nós, aquella expressão tambem se encontra na lei com outro significado, designando tanto aquelles direitos que terminam com a morte do seu titular, v. gr. o usufructo, e que não podem, consequentemente, transmittir-se a seus herdeiros; como os que só podem ser por elle exercidos e não pelos credores, ou por outras pessoas, v. gr., a separação de pessoas e bens, a pensão alimenticia, etc. Conf. art. 703.º, 1509.º, 1038.º, 1737.º e 2014.º do cod. civ. Supra, 6, not. 2.

² Conf. Supra, 6, p. 12.

correlativa, ou que a coisa sobre que recae represente o sujeito passivo do direito; mas somente que tem por objecto uma coisa certa e determinada, e que pode exercer-se independentemente da cooperação alheia, correspondendo-lhe uma *obrigação negativa universal*, que consiste em não impedir ou perturbar o titular do direito no gozo ou fruição d'elle.

O direito de propriedade sobre uma coisa, e todos os seus desmembramentos ou propriedades imperfeitas, são direitos reaes ¹; o seu objecto são coisas certas e determinadas, v. g., uma casa, um campo, um cavallo; o seu exercicio não depende da intervenção de pessoa alguma, alem do titular do direito, porque este pode gosar por si só as utilidades da coisa, v. g., habitando a casa, cultivando o campo, montando o cavallo; mas todas as outras pessoas, alem do sujeito do direito, tem a obrigação legal de o não perturbar ou impedir de exercer o seu direito. Esta obrigação é *negativa*, porque consiste numa *abstenção*: em não praticar certos factos (cod. civ. art. 2.º); e é *universal*, porque recae sobre toda a gente, com excepção do titular do direito.

Estes dois caracteres essenciaes da obrigação correspondente ao direito real fazem com que, num exame superficial dos factos, esse direito nos appareça como uma simples relação do titular do direito com o seu objecto; mas quando aquelle é embaraçado no exercicio do mesmo direito, seja por quem for, logo a ideia de obrigação surge, creando a responsabilidade correspondente no que deixou de a cumprir, lesando direitos alheios.

Assim, por exemplo, se PAULO entrar no meu predio

¹ Conf. a este respeito o meu livro *Das servidões*, tomo I, pag. 14 e seg. No sentido strito, o *direito real* não comprehende a *propriedade perfeita*.

e colher abusivamente os seus fructos, eu posso recorrer ao tribunal para que elle seja condemnado a entregar-me esses fructos e a indemnizar-me de perdas e damnos.

Porquê?

Porque PAULO violou o meu direito de propriedade, deixando de cumprir a obrigação negativa universal, que consistia na *necessidade moral de não praticar facto algum que me impedisse de perceber todos os fructos naturaes, industriaes e cíveis da coisa propria*, que por lei me pertenciam (cod. civ. art. 2287.º n.º 1.º), com exclusão de qualquer outra pessoa (2339.º)

Se aquella obrigação não existisse, eu não poderia exigir do violador do meu direito responsabilidade alguma, porque ninguém é obrigado a fazer ou *deixar de fazer* alguma coisa senão por virtude da lei (carta const. art. 145.º, § 1.º), e, por isso, se a lei não prohibisse, directa ou indirectamente, a colheita dos fructos do meu predio a outrem, todos os poderiam colher.

Mas sendo *illimitado em numero* e, consequentemente, *indeterminado* o sujeito da obrigação, comprehende-se que na definição do direito real se não dê ordinariamente relêvo a este elemento da relação juridica, fixando-se principalmente a attenção sobre o modo particular porque o sujeito do direito o exerce sobre a coisa: *directa e immediatamente, sem a intervenção d'outra pessoa*; contrapondo-o ao *direito pessoal*, onde a coisa é *indeterminada*, sendo certo e determinado o sujeito da obrigação.

No entretanto, alguns auctores fazem consistir a essencia do direito real na existencia d'aquella obrigação, dizendo que a natureza do direito depende das relações que se estabelecem entre o seu titular e as outras pessoas, sendo, por isso, necessario considerar os direitos reaes como formados d'um *feixe de deveres passivos*, impostos á

potulidade dos homens, tendo cada uma das *fibras* que o compõem a mesma natureza dos direitos de credito ou *pessoaes* ¹.

Não me parece esta doutrina acceitavel, porque na simples indicação da natureza da obrigação correlativa ao direito real é impossivel encontrar criterio seguro para a sua definição; pois outros direitos ha, aos quaes corresponde uma obrigação identica, e que não são, nem podem ser considerados direitos reaes.

O direito de existencia, o direito de liberdade, e em geral todos os direitos chamados originarios, teem tambem por obrigação correlativa a *abstenção universal* de todos os factos, que possam violar aquelles direitos. E, como nos direitos reaes, uma *obrigação negativa e universal*.

Por isso, se a natureza da obrigação servisse de criterio exclusivo para determinar os direitos reaes, deveriamos tambem como taes considerar aquelles, o que é inadmissivel, porque a classificação dos direitos em reaes e *pessoaes* apenas se refere aos direitos patrimoniaes, a cujo numero só pertencem os que teem equivalente pecuniario.

Procurando illidir esta difficuldade, os defensores do criterio exposto apresentam uma outra classificação dos direitos em *absolutos e relativos*, fazendo entrar no primeiro grupo todos aquelles a que corresponde uma obrigação negativa universal, por opposição aos direitos *pessoaes* ou de credito, que são direitos relativos, porque a obrigação correspondente pesa sómente sobre alguma ou algumas *pessoas determinadas*. Mas esquecem que assim provocam a necessidade de crear um novo criterio para distinguir, entre os direitos absolutos, os direitos reaes d'aquelles que o não são.

¹ ROGUIS, *La règle de droit*, p. 250.

Entendemos, pois, que, sem desconhecer o valor e importancia da natureza particular da obrigação correlativa aos direitos reaes, estes devem ser determinados tomando em consideração especial *o modo particular do seu exercício*, que bem pode traduzir-se, por forma a todos accessivel, na *ligação directa e immediata do sujeito do direito com o seu objecto* ¹.

20 Natureza do direito pessoal ou de credito.

Entre duas ou mais pessoas podem estabelecer-se relações juridicas, por virtude das quaes uma ou mais se obrigam para com outra, ou outras, a praticar ou não praticar certos factos.

Este *vincolo juridico* chama-se obrigação ²; áquelle que soffre a necessidade de praticar ou não praticar o facto, chama-se *devedor*, ou *sujeito passivo* da obrigação; áquelle,

¹ Diversa, e mais radical, é a doutrina d'outros escriptores, que despresam no direito real a obrigação correlativa. Entre elles G. BEVILAQUA (*Theoria Geral do Direito Civil*, p. 65), que se exprime assim: «A relação de direito sómente se pode estabelecer entre pessoas, ensinam muitos dos mais notaveis civilistas; porém melhor traduzem a verdade dos factos os que distinguem duas categorias de relações, umas actuando sobre objectos naturaes, e outras ligando pessoas entre si, as quaes podem denominar-se *direitos de dominação* e *direitos que impõem deveres directos* ás outras pessoas. Suppor que todo o direito se firma entre pessoas, se não se pretende apenas dizer que os direitos sómente na sociedade podem existir, que são todos elles, em ultima analyse, a expressão do valor social do individuo, é forçar os factos a se acomodarem a theorias preestabelecidas, porquanto o poder assegurado pela ordem juridica não attinge simplesmente as acções humanas, concentra-se tambem em cousas da natureza».

² A palavra *obrigação* emprega-se tambem num sentido mais restricto, como synonyma de *encargo* ou *divida*. Assim, falla-se usualmente das *obrigações contrahidas pelo devedor*, das *obrigações do arrendatario*, do *usufructuario*, etc. para designar os seus respectivos encargos. Tambem se emprega algumas vezes para designar o *documento*, que serve de prova á relação juridica; e assim se diz vulgarmente: *assignei-lhe uma obrigação, passai-lhe uma obrigação, etc.* No cod. de proc. comm., art. 109.º, estabeleceu-se uma acção especial para as *obrigações commerciaes assignadas pelo rei*, usando-se, portanto, da palavra *obrigação* neste sentido, em que foi igualmente empregada na Lei de 18 d'agosto de 1769, § 10, no Alvará de 6 de agosto de 1757, § 14, e neutros diplomas do direito antigo e moderno.

a favor do qual se acha estabelecida, chama-se *credor*, ou *sujeito activo* da obrigação.

Considerada em si mesma, abstrahindo das pessoas que nella interveem, a obrigação constitue um *credito*, ou um *debito*, conforme é olhada pelo lado activo ou pelo passivo.

A essencia d'esta relação juridica consiste em ligar entre si, duas pessoas, pelo menos, obrigando uma d'ellas a prestar á outra uma cousa ou um facto.

A prestação de cousas pode revestir tres formas diversas; a saber: 1) alienação da propriedade de certa cousa; 2) alienação temporaria do uso ou fruição de certa cousa; 3) restituição de cousa alheia, ou pagamento de cousa devida (cod. civ. art. 714.º); a prestação de factos abrange a necessidade legal de praticar certos actos, ou de os não praticar — pois a palavra *facto* tanto abrange os *actos* como as *ommissões* (cod. cit. artt. 711.º a 713.º) ¹.

Constituem, por isso, *direitos pessoais*, neste sentido: a) o direito que PAULO tem a exigir de PEDRO a quantia de um conto de réis, que lhe *emprestou*; ou a entrega d'um livro *depositado* em seu poder; ou que elle lhe dê algumas lições de direito, conforme entre si ajustaram, etc. Da *simples promessa de compra e venda* derivam tambem direitos de credito para os contrahentes, e não direitos reaes (cod. civ. art. 1548.º).

¹ É, substancialmente, a doutrina do direito romano, onde o effeito das obrigações se traduzia assim: *ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum*, significando o verbo *dare* a transferencia da propriedade (L. 3.º 13. De obligat. et action., XLIV, 7).

Quando o objecto da obrigação se traduz na prática d'um *facto positivo* chama-se-lhe *positiva* ou *affirmativa*, e áquelle *facto prestação*; quando o devedor é obrigado a *não fazer* uma cousa, que elle teria o direito de fazer se a obrigação não existisse, chama-se a esta *negativa*, e diz-se que ella tem por objecto uma *ommissão* ou *abstenção*.

Do exposto resulta que o direito de credito só pode existir entre *possões certas e determinadas*, que sejam respectivamente sujeitos, activo e passivo, da obrigação — o *credor* e o *devedor*.

O objecto do direito pessoal, differentemente do que succede no direito real, é um *facto* ou uma *omissão* do devedor, por forma que, em rigor, não pode mesmo dizer-se que elle tem algumas vezes por objecto uma coisa, mas simplesmente a *prestação d'uma coisa*, que é sempre *facto* do homem. E' por isso que a obrigação pode referir-se a *cousas indeterminadas*, como succede, por exemplo, quando o devedor tem de pagar uma quantia em dinheiro, que pode satisfazer com qualquer especie de moeda; ou quando tem de entregar um cavallo de certa manada (art. 716.º); etc.

Quando a coisa, porem, é determinada, a relação entre o sujeito do direito e essa coisa é *indirecta* ou *mediata*, pois se realisa por intermedio do devedor.

Por estas razões sustentam alguns escriptores que a expressão *jus ad rem* é pouco propria para designar o direito pessoal, precisando de ser devidamente entendida.

« E' d'um emprego correcto se com ella se quer significar que o direito de credito estabelece um laço directo entre uma pessoa e uma coisa. Mas as palavras *jus ad rem* fazem crer, alem d'isso, que o direito pessoal tem por objecto uma coisa; ora uma analyse rigorosa demonstra que o objecto preciso ou verdadeiro do direito de credito *nunca é uma coisa*, mas um *facto* ou uma *abstenção*. Pode, é certo, dizer-se, quando este *facto* consiste na entrega d'uma coisa, que o direito é um *jus ad rem*, visto que o seu resultado definitivo será a entrega d'essa coisa nas mãos do credor; e pode mesmo dizer-se, embora com pouca precisão, que o direito tem por objecto uma coisa, desde que

se subentenda que o *verdadeiro objecto é o facto* de entregar essa coisa » ¹.

Na promessa de compra e venda, por exemplo, o devedor obriga-se a alienar ao credor uma coisa certa e determinada; mas o direito pessoal não recae rigorosamente sobre esta coisa, que continua pertencendo exclusivamente ao vendedor enquanto a venda se não faz, tendo o comprador apenas o direito de exigir d'elle a *prestação* a que se obrigou, ou seja o *facto pessoal* de realisar o contracto, ou, quando elle se recuse, a indemnisação correspondente, que é a regra geral na falta de execução de todos os contractos (cod. civ. art. 709.º).

O verdadeiro objecto da relação juridica não é, pois, em rigor a *coisa*, que se prometeu vender, mas o *facto* da venda.

21 Confronto dos direitos reaes e pessoaes.

Comparando o direito real com o direito pessoal, notam-se entre elles differenças importantes, que logicamente derivam dos principios expostos sobre a natureza e caracteres de cada um d'elles.

Registaremos as principaes :

1) *Os direitos reaes enunciam-se mais facilmente do que os direitos de credito*; pois ao passo que nos primeiros basta fazer referencia a dois elementos, o *sujeito* e o *objecto*, os direitos pessoaes só podem determinar-se com a referencia a um outro elemento: o *sujeito da obrigação*.

Assim, dizendo apenas: o *predio A pertence a PAULO*;

¹ B. LACANTINERIE & M. CHAVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil: Des biens*, 4, p. 5.

PEDRO é usufructuario d'esta casa, etc., temos perfeitamente definido dois direitos reaes, a propriedade e o usufructo, sem necessidade de qualquer outra indicação; mas o enunciado dos direitos pessoaes ficaria incompleto e incompreensível, se á indicação do sujeito e do objecto da relação jurídica se não acrescentasse a do sujeito passivo.

Em verdade, se eu disser apenas: PEDRO é credor de um conto de réis; PAULO tem direito a receber um cavallo, etc., a relação jurídica fica indeterminada, por não serem conhecidas as pessoas obrigadas a fazer os respectivos pagamentos, e de cujas qualidades e circumstancias depende o valor d'aquelles direitos, que pode ser muito, se acaso se trata de pessoas abonadas, ou nenhum, quando se trate de insolventes.

Portanto, o enunciado completo do direito pessoal tem de indicar necessariamente o devedor: PEDRO é credor de MANUEL da quantia de um conto de réis; PAULO tem direito a receber de ANTONIO um cavallo, etc.

No direito real ommitte-se qualquer referencia ao sujeito passivo da obrigação, porque esta é, como dissemos, universal e negativa, não constitue um encargo especial para pessoa alguma, não diminue o patrimonio alheio, é o estado normal de toda a gente.

2) O objecto dos direitos reaes é sempre uma coisa determinada; os direitos pessoaes tem por objecto a prestação d'um facto ou d'uma coisa.

Recahindo directa e immediatamente sobre uma coisa, o direito real não poderia comprehender-se sem a determinação do seu objecto. A propriedade plena ou perfeita, e os seus desmembramentos, que constituem direitos reaes, não poderiam exercer-se sobre cousas indeterminadas; nem a respectiva relação jurídica seria comprehensível se á indeterminação do sujeito passivo viesse juntar-se a indeterminação do objecto.

Nos direitos pessoaes, pelo contrario, pode até deixar de existir a coisa, porque podem ter por objecto a prestação de factos, ou seja a pratica d'um acto ou a abstenção d'elle por parte do devedor. Quando, porem, o direito tem por objecto a prestação d'uma coisa, pode esta ser certa e determinada ou liquida, ou indeterminada e illiquida (cod. civ. artt. 715.º, 716.º, 722.º, 723.º, 724.º e 727.º).

3) O sujeito passivo do direito pessoal é sempre determinado; ao passo que no direito real a obrigação correlativa pesa sobre toda a gente.

O vinculo jurídico que forma o direito pessoal forma-se entre duas ou mais pessoas, e assenta sobre o credito do devedor, não podendo este, consequentemente, deixar de ser conhecido. As prestações, a que é obrigado, oneram o seu patrimonio, fazem parte do seu passivo; contrariamente ao que succede no direito real, que se exerce sobre a coisa, sem referencia a pessoa alguma determinada, não indo, por isso, affectar o patrimonio alheio, pesando apenas sobre todas as pessoas, que d'elle não sejam titulares, a obrigação de se absterem de qualquer facto que importe violação d'aquelle direito.

4) A violação e offensa dos direitos pessoaes só pode resultar de facto do devedor; a dos direitos reaes, de facto de qualquer pessoa.

A violação ou offensa d'um direito resulta sempre do não cumprimento da obrigação correlativa. Por isso, como no direito pessoal só o devedor é obrigado, e toda a gente o é no direito real, a offensa d'aquelle só pode resultar do acto ou ommissão do respectivo devedor, ao passo que a violação dos segundos pode ser praticada por todas as pessoas, que faltarem á obrigação negativa correspondente.

D'aqui resulta que a *defesa judicial do direito pessoal se exerce por meio de acção contra o devedor; a do direito real, contra qualquer pessoa, auctor da lesão.*

5) Uma outra differença podemos ainda apontar, embora já implicita nas considerações anteriores, e que deriva do caracter especial das obrigações correlativas aos dois direitos: *ao direito real corresponde sempre uma obrigação negativa universal sem caracter patrimonial; ao direito de credito uma obrigação particular, que pode ser positiva ou negativa, com caracter patrimonial.*

Com effeito, a obrigação negativa resultante dos direitos reaes não diminue em coisa alguma as faculdades legaes das outras pessoas, não cerceia os seus direitos, pois se traduz apenas na prohibição de praticar qualquer facto que vá offender o direito alheio; ao passo que a obrigação correspondente ao direito de credito, mesmo quando se traduz numa ommissão ou abstenção, importa sempre uma diminuição das faculdades legaes do devedor, pois o impede de praticar factos que elle poderia praticar se tal obrigação não existisse. Assim, por exemplo, se o dono d'um hotel o trespassa ou vende a outra pessoa, obrigando-se a não abrir outro na mesma cidade, esta obrigação negativa diminue claramente as faculdades legaes do vendedor, que fica privado de exercer aquella industria em determinado local, com prejuizo dos seus interesses.

6) O *direito real*, recahindo directamente sobre a coisa, *acompanha-a sempre nos seus destinos*, podendo ser opposto a qualquer pessoa que posteriormente adquira sobre ella direitos reaes da mesma ou de differente natureza, incompatíveis com aquelle — salvo o caso de registo; o *direito pessoal*, tendo só uma relação indirecta com a coisa, não impede que o devedor se obrigue para com

várias pessoas, não tendo nenhuma d'ellas *preferencia* em relação ás outras sobre quaesquer bens do devedor.

Assim, constituido o usufructo sobre um predio, embora este seja vendido depois, não pôde o comprador impedir o usufructuario de exercer os seus direitos; mas pôde aquelle que se obrigou a vender certo predio a PEDRO, contrahir a mesma obrigação para com PAULO, sem que o primeiro tenha *preferencia* em relação ao segundo. Na impossibilidade de satisfazer a todos, é o devedor responsavel por perdas e damnos perante aquelles a quem faltou (cod. civ., art. 711.º).

Da mesma forma, quando uma pessoa contrac differentes dividas, tornando-se insolvente, os bens que constituem o seu *activo* são divididos por todos os credores proporcionalmente aos seus créditos, sem *preferencia* alguma de uns para com outros; mas se algum d'elles tiver o seu credito garantido por *hypotheca* ou *penhor*, estes direitos reaes podem ser oppostos aos restantes credores, e os creditos assim garantidos serão pagos pelo valor dos bens onerados, de preferencia aos outros.

O *proprietario* d'uma coisa pode accionar aquelle que a possuir, qualquer que seja o titulo da posse, para a reivindicar; o *credor* d'uma coisa só pode reclamar a sua entrega ao devedor.

Este direito de *reivindicção*, e o de *preferencia*, são dois motivos de superioridade incontestavel do direito real sobre o direito pessoal.

CAPITULO II

Das fontes do direito

§ 8.º — *Noção de fontes do direito. Na linguagem juridica emprega-se a expressão fontes do direito em diversos sentidos; designando umas vezes: 1) a origem ou causas geradoras do direito; outras vezes: 2) os órgãos ou instituições sociaes, das quaes o direito emana directamente; ou 3) os documentos que contem as normas juridicas; ou, finalmente, 4) os principios ou preceitos onde o legislador se inspira para a elaboração das leis.*

No primeiro sentido indicado, as fontes do direito objectivo são as proprias necessidades sociaes, resultantes da convivencia dos homens em sociedade. Como, porem, nas sociedades humanas se desenvolve naturalmente uma certa organização de poderes, que especialisa em determinadas pessoas ou instituições a funcção de fixar em normas precisas as regras de conducta de character juridico, provocadas por aquellas necessidades, com razão se consideram fontes do direito positivo os órgãos ou instituições sociaes encarregadas d'esta funcção, cuja vontade a todos obriga e se traduz em regras de direito. E' o segundo sentido acima indicado.

Como documentos onde o direito se contem e pode ser estudado, emprega-se a palavra fontes sómente em relação ao direito antigo, e sem vigor na actualidade.

Interessam especialmente ao historiador, fornecendo-lhe a materia prima para as suas investigações. Também se lhes chama monumentos juridicos.

No ultimo sentido indicado, falla-se frequentemente das fontes de tal artigo ou lei, para indicar os preceitos d'outra lei, nacional ou estrangeira, a doutrina dos escriptores, os costumes, as sentenças ou decisões judicias, que o legislador procurou reproduzir ou traduzir na lei, com maiores ou menores alterações.

As fontes do direito neste sentido tem uma alta importancia para determinar a intenção do legislador, fixando o verdadeiro alcance da lei.

22 Fontes do direito objectivo e subjectivo.

Estudando a origem e caracter especifico do phenomeno juridico, vimos já que o direito objectivo se filiava nas exigencias impreteriveis da convivencia social dos homens, traduzindo-se em normas de conduta obrigatorias para todos, por virtude da coacção externa imposta pelo Estado. Por isso, entendendo-se por fontes do direito as origens ou causas geradoras d'este, não podem deixar de considerar-se taes aquellas exigencias ou necessidades sociaes, que provocam e determinam o seu apparecimento.

São, porem, fontes *mediatas*, porque o direito só existe com o reconhecimento do proprio Estado ¹, ou feito *expressamente* por meio de órgãos proprios, que constituem o poder legislativo, ou *manifestado tacitamente*, por meios indirectos, acatando os usos e costumes, especialmente no exercicio da função judicial.

E' por isso que geralmente se apontam como fontes

¹ Supra, 2, p. 5.

immediatas do direito objectivo, mas com pouco rigor, a lei e o costume; porque, rigorosamente, tanto a lei como o costume constituem o proprio direito, e não as fontes d'elle.

Confunde-se a causa com o effeito.

Tratando-se, porém, do *direito subjectivo*, podemos e devemos dizer que as suas fontes são, em geral, a lei e o costume, porque as faculdades naturaes do homem só podem transformar-se em faculdades juridicas, quando reconhecidas pelo direito ¹; e como este reveste as duas formas de lei e costume, é manifesto que na lei e no costume encontra o direito subjectivo as suas *fontes primarias*.

23 Fontes dos direitos civis segundo o nosso codigo.

O nosso codigo civil, todavia, fiel ao conceito racionalista do direito, que anteriormente assignalámos, enumera no art. 4.º como fonte primordial de todos os direitos a *natureza humana*, da qual emanam os *direitos originarios ou primitivos*, os quaes por sua vez dão origem aos direitos *hypotheticos*, que o homem só pode adquirir *por facto seu ou alheio*.

Mas como os proprios direitos originarios, na doutrina do nosso legislador, são *reconhecidos e protegidos pela lei* (art. 359.^o), deve a natureza humana considerar-se fonte remota ou mediata de taes direitos, e a lei a sua fonte *immediata*, porque sem o reconhecimento legal d'elles nenhum effeito juridico poderia attribuir-se-lhes.

Quanto aos *direitos hypotheticos*, a sua *fonte mediata*, segundo o codigo civil, são os direitos originarios (art.

¹ Supra, 6, p. 12, not. 1.

359.º); mas como a sua aquisição pelo homem depende substancialmente d'um facto proprio ou alheio, fez o nosso legislador a classificação das suas *fontes immediatas* pela seguinte forma (cod. civ. art. 4.º):

1) facto e vontade propria, independentemente da cooperação alheia (*occupação, posse, prescrição e trabalho*).

2) facto e vontade propria e de outrem conjuntamente (*contractos*).

3) mero facto e vontade de outrem (*gestão de negocios e successão testamentaria*).

Além d'estas fontes dos direitos civis, uma outra indicou, porém, o legislador: a *mera disposição da lei*, para comprehender todos aquelles em que o homem é investido por virtude de preceitos legislativos, o que em certo modo parece contrariar a noção philosophica de direitos hypotheticos; mas analysando mais detidamente o pensamento que presidiu a esta enumeração, tal como elle se revela na parte segunda do cod. civ., pode bem reconhecer-se que a lei somente vem conceder direitos como interprete da vontade presumida dos cidadãos.

E' assim, com effeito, que o livro 3.º da parte 2.ª do codigo, o qual se insereve *dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei*, somente trata da *gestão de negocios*, que os romanos consideravam um *quasi-contracto*, e das *successões*, tanto da testamentaria como da legitima.

Ora aos direitos resultantes da gestão de negocios, assim como aos que dimanam da successão testamentaria, pode assignar-se-lhes como fonte o *mero facto de outrem*; ficando assim limitado o conteúdo da ultima fonte indicada no art. 4.º do cod. civ. á *successão legitima*, na qual o legislador procura determinar quaes as pessoas que, pela *vontade presumida do auctor da herança*, devem receber os seus bens.

A lei vem, portanto, supprir a *falta de manifestação da vontade de outrem*; mas suppõe essa mesma *vontade* como existente no momento da morte, e dá-lhe os mesmos effeitos juridicos, que teria se porventura se tivesse claramente revelado.

Por esta fôrma, e sem de modo algum pretendermos discutir agora os fundamentos scientificos do direito de successão, que noutro lugar, a seu tempo, teremos de apreciar, parece-nos que ainda aqui se verifica implicitamente a condição que, na orientação philosophica do legislador, era considerada indispensavel para a aquisição dos direitos hypotheticos; mas sendo a lei, e não o auctor da herança, quem certifica a existencia d'essa condição, com razão se affirma que *taes direitos se adquirem por simples disposição da lei*.

E que este era o modo de pensar do auctor do cod. civ. vê-se do seu livro *A propriedade* (vol. I, parte I, pag. 330), onde escreve o seguinte:

« Era mister que na *falta de disposição de ultima vontade* a lei declarasse o destino, que deveriam ter os bens do proprietario fallecido.

« Mas que principio deveria tomar como regulador das suas determinações?

« Nenhum parece mais plausivel, que a *vontade presumida do testador*, as affeições naturaes de sangue e de familia. Se o proprietario tem direito a dispôr de seus bens, e o não fez por *algum impedimento*, nada mais justo do que adjudicá-los aquelles, que naturalmente lhe deveriam ser mais caros ».

No enunciado d'esta ultima fonte dos direitos civis parece excluir-se a influencia da lei sobre os direitos que proveem de facto proprio ou alheio; mas, como dissemos, não pode assim interpretar-se a intenção do legislador, pois

não só elle declarou expressamente no art. 359.º do código civil que os proprios direitos originarios são reconhecidos e protegidos pela lei, mas repete o mesmo pensamento no art. 5.º, onde declára, referindo-se aos direitos e obrigações civis, que « a lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações, mantem e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas ».

24 Outras fontes do direito.

Alem do *costume* e da *lei*, mencionam ainda alguns escriptores outras fontes do direito privado; quaes são: a *jurisprudencia dos tribunaes*, e a *doutrina dos juriconsultos*.

O nosso código civil, como acabamos de ver, só nos falla da lei como fonte dos direitos civis; mas em varios logares faz referencia a direitos adquiridos anteriormente á sua promulgação por *uso e costume*, ou segundo o *costume das terras*; e noutros manda recorrer aos costumes para definir certas relações de direito.

Nenhuma referencia faz, porém, á *jurisprudencia* e á *doutrina* como fontes dos direitos civis, não obstante a sua incontestavel influencia nas transformações e progressos do direito.

Referir-nos-hemos, no entanto, a todas ellas, para determinarmos o seu valor legal e doutrinal.

§ 9.º — O costume. *O costume consiste essencialmente na repetição uniforme dos mesmos factos durante um largo periodo de tempo; mas para constituir norma juridica outros requisitos se tornam indispensaveis.*

Segundo a lei de 18 de agosto de 1769, § 14, o costume só tinha força de lei quando satisfizesse simul-

laneamente ás seguintes condições: 1) não ser contrario á lei escripta; 2) ser conforme á boa razão; 3) e exceder a 100 annos.

As leis modernas não especificam os caracteres do costume como fonte de direitos, porque lhe negam, em geral, força de lei; e no direito civil português só podemos considera-lo como tal em relação aos direitos adquiridos anteriormente á promulgação do código civil.

Quanto aos actos posteriores ao mesmo código, o costume só vale como elemento de interpretação da vontade das partes nos actos e contractos onde esta não possa por outra forma determinar-se.

Mas neste caso o costume reduz-se a uma simples repetição uniforme de factos, por tempo mais ou menos longo, cuja apreciação fica ao prudente arbitrio do juiz.

25 Valor actual do costume.

Tem o costume, como fonte do direito, apaixonados defensores, que o consideram o mais fiel espelho das necessidades sociaes, o reflexo da sua mais conveniente satisfação, e a mais lidima manifestação da vontade do povo, que as leis devem traduzir.

Elle se forma, com effeito, espontanea e inconscientemente, sobre o molde das proprias necessidades, coordenando os interesses oppostos no sentido da harmonia indispensavel á paz e utilidade geral, orientando as diversas actividades individuaes e subordinando-as pela autoridade que lhe advem da sua longa diuturnidade e da convicção geral da sua força obrigatoria como norma a todos util e necessaria (*opinio juris vel necessitatis*).

Mas a par das vantagens que, sob este aspecto, possa ter, os inconvenientes do costume são tamanhos, que elle vae sendo pouco a pouco expungido, como inutil e perigoso, do quadro das modernas instituições juridicas.

« A imperfeição do costume como fonte jurídica, escreve COGLIOLO, deriva principalmente de andarem confundidas nos costumes as normas do direito com as da moral e da religião. Acaso poderia o juiz conhecer sempre quaes d'ellas tem conteúdo juridico, e devem ser impostas coativamente? É, por isso, que a parte do direito, que se formou pelos costumes, somente se tornou verdadeiramente *direito* quando foi elaborada pelos juristas, ou pelos juizes, isto é, por uma fonte consciente » ¹.

E não podia deixar de succeder assim; pois enquanto o costume se limitava a ser uma simples repetição uniforme de factos, não podia reconhecer-se-lhe a *força obrigatória* necessaria para subordinar as actividades de quem não quizesse conformar-se com taes usos. O direito foi sempre uma limitação da liberdade individual; e os particulares não tem, nem tiveram em tempo algum, auctoridade bastante, uns em relação aos outros, para se limitarem reciprocamente as proprias faculdades, a não ser por mutuo assentimento.

Ninguém pode, com effeito, obrigar-me a seguir os usos d'uma terra, se eu os julgo maus ou prejudiciaes aos meus interesses, e não quero conformar-me com elles. A auctoridade de quem os observa não é, sob o ponto de vista legal, maior ou melhor do que a minha, que os reprove e rejeito; e tão legitima e justificada seria a sua pretensão a impôr-me o seu modo de proceder, como seria a minha a impôr-lhes o meu procedimento contrario.

Compreende-se que em epochas atrasadas, quando a escripta era desconhecida ou pouco usada, o direito costumeiro se formasse e subsistisse, como traducção presumida da vontade do legislador, que era difficil ou impossivel

¹ COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, 49, not. 1.

comprovar. A tradição creava a opinião geral de que o costume era a simples manifestação d'uma verdadeira lei, e como tal se cumpria e respeitava; tanto mais, quanto o silencio do legislador a tal respeito demonstrava tacitamente a sua approvação.

Mas nas modernas sociedades, onde o poder legislativo está quasi constantemente em actividade, e pode rapidamente prover ás exigencias da vida social por meio de leis, seria um contrasenso admittir, como fonte de direitos, o costume, com todos os seus defeitos, e fundado na *vontade tacita* do legislador, que, aliás, tantas occasiões tem de se manifestar expressamente.

Os costumes apresentam, em geral, uma tal incerteza e variedade, são tão difficeis de precisar, e offerecem por vezes aspectos tão contradictorios, que não é possivel admitti-los como normas de coacção nos povos civilizados, onde a vontade do povo tem órgãos proprios para se manifestar, e meios facéis de o fazer ¹. Elles offerecem, alem d'isso, pelo seu caracter particularista, variando de região para região, o grave inconveniente de tornar cah-

¹ E' ao poder legislativo de cada povo que compete fazer as leis; nisso consiste a sua função específica, a unica razão da sua existencia. E' um poder que o direito constitucional lhe confere, e que, *em rigor*, este não pode delegar noutro poder, porque esta delegação é offensiva do principio fundamental da *divisão ou differenciação organica* dos poderes, e muito menos nos cidadãos, individualmente considerados, ou seja como meros particulares. Ora, reconhecer força de lei ao costume, é sancionar um principio falso, quer se considere o costume como uma emanação directa da soberania do povo, que não obstante haver delegado no poder legislativo a função de legislar, se reservou o direito de o fazer tambem, indirectamente, o que é inadmissivel e contrario ás modernas constituições; quer se admitta que este poder de legislar por meio dos costumes constitua uma delegação tacita do poder legislativo na comunidade dos cidadãos, pois uma tal delegação de funções naquelles que primitivamente as haviam delegado no legislador, excede as faculdades que scientifica e legalmente lhe pertencem.

Isto não quer dizer que o povo não tenha ou não possa ter participação directa no exercio da função legislativa, como succede, por exemplo, na Suissa, pela instituição do *referendum*; mas quando este facto se dá, não se constituem costumes, fazem-se leis.

tico o direito da nação, quebrando a sua unidade, e entrando a facilidade e rapidez das relações sociaes, tão indispensavel á febricitante actividade da vida actual dos povos progressivos e emprehendedores.

Nem mesmo no direito commercial, onde a sua importancia nos modernos tempos foi muito superior á que tiveram no direito civil, os costumes lograram manter-se; pois tendo sido proposta a conservação dos *usos e costumes do commercio* como normas subsidiarias da lei commercial ao discutir-se o projecto do nosso actual codigo, a defesa do costume, que alguns emprehederam, não convenceu o legislador, que os eliminou do respectivo codigo.

Hoje, no direito privado portuguez, a funcção do costume é meramente interpretativa da vontade das partes excepto no que se refere aos direitos adquiridos anteriormente á vigencia do codigo civil.

Assim foi elle considerado no art. 1628.º do referido codigo, onde se manda attender ao *costume da terra* para determinar o prazo do arrendamento quando as partes o não estabeleceram expressamente; no art. 1629.º, onde se preceitua que o senhorio deve prevenir o arrendatario, e este aquelle, do fim do arrendamento, com a antecipação *usada na terra*, se o contracto é por tempo indeterminado; e, d'um modo geral, no art. 684.º, que manda attender ao *uso* e ao *costume* para determinar a *vontade ou intenção* dos contrahentes, quando dos termos do contracto, e da sua natureza e circumstancias ella não dimane claramente; e no art. 704.º onde se preceitua que os contratos obrigam tanto ao que nelles é expresso, como ás suas consequencias *usadas* e legaes ¹.

¹ Conf., no mesmo sentido os artt. 68.º, n.º 6 e 7; 232.º § 1.º; 238.º; 248.º; 269.º; 271.º, § un.; 273.º, § un.; 382.º; 404.º; 508.º, n.º 5; 539.º; 559.º, § un. e 569.º do cod. commercial.

O costume não é, pois, actualmente, norma ou fonte de direito; applica-se apenas nos casos especiaes determinados na lei, por mandado d'esta, e para supprir o silencio das partes, cuja vontade se deve presumir ser conforme ao que era de uso no local e no momento em que a relação juridica se formou.

Não se trata, pois, do *direito costumeiro* mas d'*um simples facto*: dos usos da localidade em certo momento, da mera repetição de factos, que podem ser recentes, e cujo valor juridico deriva simplesmente da lei, que os manda tomar em consideração ¹.

26 Diversas especies de usos e costumes.

Aos *usos* de character suppletivo ou interpretativo chamam alguns auctores *usos convencionaes*; e com razão, porque a sua origem se filia na pratica uniforme de subordinar as convenções a certas regras ou clausulas. Conio diz um escriptor allemão, elles são apenas a condensação e como que o sedimento de clausulas originariamente convencionadas entre as partes, e que só por isso se tornam para ellas obrigatorias ². A lei impõe a sua observancia, por presumir que as partes quizeram voluntariamente subordinar-se a essas regras quando formaram a convenção ou relação juridica, visto que nada em contrario disseram.

¹ O codigo civil falla de *costume*, e de *uso e costume*, em diversos artigos; mas estas palavras são tomadas como synonymas, embora algumas vezes o legislador pareça significar o contrario. A palavra *uso* tem no direito civil um sentido particular, considerado como faculdade (cod. civ. art. 225.º); mas emprega-se, tambem, como synonymo de *costume*, e uma e outra expressão para designarem o *direito costumeiro*, ou *direito não escripto*, e a simples repetição habitual de factos.

² Debaixo do nome de *uso*, escreve FROENIA BORGES, nós comprehendemos tudo o que se pratica de ordinario num país, em relação aos diversos negocios que se tratam entre os homens; e assim podemos desde já dizer que *uso, costume, estilo commercial*, é o que de ordinario se pratica entre commerciantes (*Diccionario juridico commercial*, vb. *uso*).

³ Conf. GÉNY, *Methode d'interprétation*, p. 130 e 371; PLASIOL, *obr. cit.*, 14.

Elles só teem de commum com o *direito consuetudinario* o seu *elemento externo* ou material, que é constituído pela pratica constante de factos identicos e multiplos durante um certo lapso de tempo; mas falta-lhes o chamado *elemento psychologico* do direito costumeiro, a *opinio juris vel necessitatis*, que consiste na convicção geral de que o costume é absolutamente obrigatorio, podendo a sua observancia ser judicialmente reclamada ¹.

Muitas vezes os homens se conformam, tambem, com os *usos da terra*, ou por simples tolerancia, ou por dever de boa vizinhança, ou por não terem vantagem alguma em romper com habitos estabelecidos, mas sem de modo algum os considerarem obrigatorios; esses usos não constituem, porem, direito consuetudinario, porque egualmente lhes falta o indicado elemento psychologico.

Nalgumas localidades ha, por exemplo, o uso de entrar nos predios alheios para ali colher cogumellos, e outros fructos expontaneos do solo, que o proprietario ordinariamente não aproveita; ou entrar no leito das correntes communs, tirando de lá areia para as construcções, apesar do disposto no art. 382.º, §§ 3.º, 4.º e 5.º do cod. civ., que attribue aos proprietarios marginaes a propriedade do leito ou alveo das correntes d'esta especie; o de apaseentar o gado nos pinhaes e outros predios particulares incultos, etc.

Com elles se conformam, em geral, os proprietarios, não por os considerarem *obligatorios*, mas pelas expostas razões, ou por outras equivalentes.

Taes usos não podem constituir, portanto, uma norma juridica, porque esta se impõe a todos pela força; e nem mesmo podem considerar-se *usos convencionaes*, porque outra é a sua força e os seus effeitos, visto que os usos

convencionaes obrigam as partes que a elles voluntaria e tacitamente se sujeitaram, ao passo que aquelles a ninguém obrigam: são actos de mera tolerancia, que nem mesmo constituem posse (art. 474.º § 1.º).

Temos, pois, tres especies de usos e costumes, com o mesmo elemento material ou externo: os *leaes*, os *convencionaes*, e os *de simples tolerancia*. Os primeiros constituiram normas juridicas, cuja observancia a todos se impunha coativamente; os segundos são normas de proceder, que só obrigam as partes quando estas voluntariamente querem submeter-se a elles, expressa ou tacitamente; os terceiros não teem força alguma obligatoria.

Convem, por isso, examinar sempre attentamente a natureza do uso e costume invocado, para definir os seus effeitos.

27 Relações entre o costume e a lei; prova do costume.

Desde que o moderno direito privado português não dá valor ao costume como fonte de direitos nas relações posteriores á vigencia dos codigos civil e commercial, nenhuma interdependencia pode haver entre elle e a lei, a não ser pelo que respeita aos direitos adquiridos no dominio do direito antigo, que teem de ser respeitados, não só pelo principio geral da não retro-actividade da lei (cod. civ. art. 8.º), mas tambem porque em muitos artigos do nosso cod. civ. são especialmente salvaguardados esses direitos.

Quanto a estes, porém, não póde entre nós duvidar-se de que o costume só deve respeitar-se como norma juridica *quando não seja contrario á lei escripta*, porque assim o preceituava expressamente o § 14.º da lei de 18 de junho de 1769, embora no Alvará de 4 de junho do mesmo anno se indicasse cousa diversa, e alguns escripto-

¹ LAGANTINIERE & FOURCADE, *Des Personnes*, t. p. 23.

res e juizes admittissem, por vezes, o costume contra a lei ¹. O nosso código civil consignou no art. 9.º aquelle mesmo principio, preceituando que o *desuso da lei* em caso nenhum exime do cumprimento das obrigações por ella impostas.

O costume *contra legem* de nada valio, portanto.

Mas os costumes *præter legem* e *secundum legem*, que não contrariam preceitos de direito escripto, mas apenas ampliam os seus principios a casos não prevenidos na lei, esses devem ser respeitadas nas questões de direito antigo ², quando sejam *conformes á boa razão, e tiverem mais de 100 annos de duração* ao tempo em que foram adquiridos os direitos ou faculdades individuaes, que nos mesmos usos se fundam ³. Difficil é, porem, na actualidade verificar a existencia d'estas condições, não só por ser muito arbitrario saber quando a *boa razão* legitima o costume ⁴, mas ainda porque a prova da sua existencia superior a 100 annos é na maioria dos casos impossivel ⁵.

¹ Conf. CORREIA DA ROCHA, *obr. cit.*, I, § 39.º; BORGES CARNEIRO, *Dir. Patr. Introd.* § 15.º, n.º 11; CORRÊA TELLES, *Commentário Crítico á lei da boa razão*, n.º 197 e seguintes.

² Os casos omissos no direito civil vigente são resolvidos, não pelos costumes, mas pelas regras do art. 16.º do cod. civ.

³ « Todos os outros pretenso costumes, diz a *Lei da boa razão*, nos quaes não concorrem copulativamente todos estes tres requisitos, reprovoo e declaro por corruptellas e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas, não obstante todas, e quaesquer disposições, ou opiniões de doutores, que sejam em contrario: e reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Príncipes Soberanos são, ou podem ser sempre, informados de tudo que se passa nos foros contenciosos em transgressão de suas leis, para com esta supposição se preterir a outra igualmente errada, que presume pelo lapso do tempo o consentimento e approvação, que nunca se estendem ao que se ignora: sendo muito mais natural a presumpção, de que os sobreditos Príncipes castigariam antes os transgressores das suas leis, se houvessem sido informados das transgressões d'ellas nos casos occurrentes ». (Lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º).

⁴ CORRÊA TELLES, *obr. cit.*, n.º 198.

⁵ Esta difficuldade de precisar e provar os costumes já fazia dizer a CORRÊA TELLES (*Comm. á lei da boa razão*, 203): « mas sendo occasião de muitas duvidas

São factos que exceedem a memoria dos vivos, e que, no geral, não constam de documentos. A prova testemunhal, portanto, só pode reportar-se á tradição constante, transmittida de geração em geração, da existencia immemorial do costume; e a prova documental só pode resultar das sentenças judiciais proferidas em casos identicos, e de quaesquer escriptos da epocha, onde esses costumes sejam referidos. Num o noutro caso, porem, fica ao prudente arbitrio do juiz apreciar o valor d'estas provas *em cada litigio*; pois nem o caso julgado faz prova da existencia do direito objectivo em que se appoia a decisão, porque o juiz pôde errar, nem os escriptos referidos teem mais valor do que o simples depoimento do escriptor, feito sem qualquer solemnidade.

Na prova dos *usos commerciaes* de qualquer praça costumava empregar-se a declaração escripta e assignada por alguns commerciantes d'essa praça, attestando a sua existencia; mas a improcedencia d'este meio de prova é incontestavel, pela falta de segurança que o reveste, pois se reduz ao *depoimento* escripto dos signatarios, que nenhuma responsabilidade tinham se faltassem á verdade.

Maior valor teria, sob este aspecto, a prova testemunhal dos proprios signatarios.

Por isso BORGES CARNEIRO acautelava contra o abuso, e procurava corrigi-lo exigindo que o uso fosse attestado pela quasi unanimidade dos negociantes da praça, legitimamente chamados perante uma camara de commercio; ou então

o não se saber com certeza, quaes os costumes racionaveis, e que teem mais de 100 annos de duração, seria obra de grande preço mandar o governo compillar os costumes legitimos, e separá-los das corruptellas, e abusos, com os quaes innocentemente os pode qualquer confundir: até os Soberanos interessariam nisto, porque jurando no acto da aclamação *guardar os bons costumes*, mal podem saber quanto se comprehende neste vocabulo de significação tão larga».

pela *Junta do commercio*, que nos seus estatutos parecia ter a faculdade de approvar os usos commerciaes ¹.

Em todo o caso, e como regra geral, podemos dizer que *a praxi do uso se faz como a de qualquer facto juridico*: segundo as regras do direito *commum*; quer se trate de *usos legaes*, quer de *usos convencionaes* ².

D'este principio resultam consequencias importantes, que convem assinalar; assim:

- 1) A existencia do uso deve ser provada *em cada processo* por quem o tiver invocado (cod. civ. art. 2405.º); não podendo o juiz applica-lo simplesmente por ter d'elle conhecimento pessoal, ou mesmo porque noutros processos reconheceu a sua existencia. E' o contrario do que succede com a lei, que o juiz deve conhecer e applicar espontaneamente, ainda que não seja allegada pelas partes, salvo em casos muito excepcionaes ³.
- 2) A decisão judicial sobre a existencia ou não existencia do uso é da exclusiva competencia dos tribunaes de primeira e segunda instancia, porque só elles podem conhecer da *prova dos factos*.

¹ *Obr. cit.*, v. b. *uso*.

² COELHO DA ROCHA, *obr. cit.* § 173.º; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre processo civil*, not 419.

³ Estas excepções veem expressas no art. 2406.º do cod. civ., onde se determina que «nos casos em que fôr invocado algum estatuto ou postura municipal d'este país, ou alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle que tiver allegado tal estatuto, postura ou lei».

§ 10.º — Doutrina e jurisprudencia. A doutrina é constituída pelas opiniões e ideias emitidas pelos *jurisconsultos* nas suas obras.

Quando essas ideias e opiniões se referem especialmente ao estudo *analytico* e *interpretativo* do direito vigente constituem a jurisprudencia; e como este estudo é especialmente feito pelo poder judicial, no exercicio da sua função especifica, que consiste em declarar o direito nos casos controvertidos, reintegrando o lesado no estado anterior á lesão, a palavra jurisprudencia applica-se particularmente ás opiniões dos magistrados judiciaes, consignadas nas suas decisões.

Nem a doutrina, nem a jurisprudencia são fontes de direito, embora no passado o tenham sido; mas exercem ainda hoje uma poderosa influencia nas transformações do direito positivo, e na sua adaptação ás necessidades da vida.

28 Importancia da doutrina e da jurisprudencia.

A sciencia juridica não abrange somente o estudo do direito no presente e no passado; a sua missão comprehende tambem a previsão do futuro, indicando as necessarias transformações das leis vigentes, e a criação de novas regras ou institutos, que as necessidades sociaes reclamam.

Ella estuda e fixa os principios geraes, que informam todo o direito; analysa os textos positivos insufflando-lhes nova vida, alargando ou restringindo os seus dominios; investiga no tempo e no espaço as exigencias da vida collectiva, e traça os limites da correspondente tutela juridica; ella inspira e orienta o legislador na sua difficil missão social, esclarece e guia o juiz nas suas decisões.

Elevada o complexa é, pois, a sua função; mas não

cria o direito positivo dos povos, porque lhe falta o poder de tornar obrigatórios os seus ensinamentos. Affirma e divulga ideias e opiniões, mas não formula regras obrigatórias para os cidadãos, normas que possam ser-lhes coactivamente impostas.

O mesmo dizemos da *jurisprudencia dos tribunaes*. A missão do juiz é somente *declarar* o direito, applicando aos casos litigiosos as leis vigentes.

Não formúla *novas* regras; serve-se exclusivamente das que já existem formuladas.

As decisões judiciais são, é certo, *obrigatorias* para as partes em litigio, e até, excepcionalmente, para toda a gente (cod. civ. art. 2503.º, § un.); não constituem, porem, regras geraes, com conteúdo juridico diverso do que já existia, pois são, apenas, a applicação do direito existente aos casos em discussão.

El mesmo quando a lei dá força obrigatoria, em geral, ás decisões de certos tribunaes, como entre nós succedeu com os *assentos da casa da supplicação*, não pode, em rigor, dizer-se que a sua jurisprudencia seja fonte do direito; porque essas decisões não criam o direito, mas apenas interpretam as leis existentes, fixando irrevogavelmente o sentido d'ellas.

Exercem uma simples função *interpretativa* da lei, com effeitos diversos dos que, em regra, se attribuem á interpretação judicial, a qual só obriga os litigantes, ao passo que aquella tem os effeitos da *interpretação authentica*, como se vê do § 4.º da citada lei de 18 de agosto de 1769, onde se ordena que os assentos «*sobre as interpretações das leis, constituam leis inalteraveis para sempre se observarem como taes*».

Estas decisões eram equiparadas nos seus effeitos ás *leis interpretativas*; não creavam direito novo, aclaravam apenas, e fixavam precisamente o entendimento do direito vigente.

Não podem, consequentemente, a doutrina e a jurisprudencia incluir-se entre as fontes do direito, no sentido *technico* d'esta expressão; mas uma e outra, interpretando *restricta* ou *extensivamente* a lei, e muito especialmente a *jurisprudencia* quando resolve casos ommissos na lei applicando constantemente os mesmos principios, dão a estes uma tal importancia e valor, que nas relações sociaes são quasi equiparados ao direito; mas distinguem-se d'este por não terem força obrigatoria para os cidadãos, e nem mesmo para os juizes, que podem julgar por forma diferente quando assim o entenderem.

A doutrina e a jurisprudencia prestam-se mutuo auxilio. Como dizem CHIRONI e ABELLO ¹, «a actividade dos juristas (sciencia do direito e jurisprudencia) revelam-se sob dois aspectos principaes: *theoricamente*, 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, pôde 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 estrutura 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».

¹ *Obr. cit.*, p. 68 e 69.

29 A jurisprudencia e o costume.

Alguns auctores sustentam modernamente que a jurisprudencia dos tribunaes é uma fonte de direito, pois cria constantemente um *novo direito consuetudinario*, que só differe do costume propriamente dicto em que este era obrigatorio tanto para os juizes como para os cidadãos, ao passo que é proprio do direito costumeiro representado pela jurisprudencia o poder ser modificado por novas decisões em sentido contrario.

« Os tribunaes, diz PLANIOL, reconstituem perpetuamente, fora dos codigos e das leis, um direito costumeiro de nova formação. E' certo que o poder judicial não fica nunca ligado pela sua jurisprudencia anterior; mas, de facto, conforma-se com ella as mais das vezes, e a estabilidade das suas decisões equivale para os particulares á existencia d'uma legislação obligatoria: pois não ha remedio senão conformar-se a gente com as decisões da justiça, se não queremos sujeitar-nos a ver annullar um contracto, e a perdermos por vezes sommas consideraveis » ¹.

Na mesma orientação, mas com maior desenvolvimento, escreveu CAPITANT: « Pode acontecer muitas vezes que a disposição legal applicavel ás questões controvertidas já não esteja em harmonia com o desenvolvimento economico presente, embaraçando o movimento do commercio juridico e levantando protestos, que se manifestam sob a fórma de litigios. Quando assim 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 sociais. E quando, por uma longa série de decisões olla consagrou, assim, uma regra nova, não é possivel conside-

ral-a como exprimindo a vontade do legislador; é forçoso reconhecer o seu character proprio e independente.

« O phenomeno é ainda mais frisante 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 generalisou e uniformisou, deixando de ser posta em duvida, ella assume, na opinião geral, o character de um verdadeiro preceito abstracto, accedido por todos como obrigatorio. E este preceito não deve a sua auctoridade senão ao conjuncto de decisões que o formuláram » ¹.

Eu sou de parecer contrario.

Ha nas opiniões citadas uma evidente negação dos principios fundamentaes em que se appoia a existencia do poder judicial, cuja função essencial é *declarar o direito* nos casos litigiosos, e não *crear* o direito. Nem *direito* pode chamar-se á *jurisprudencia* dos tribunaes, desde que o juiz não é obrigado a respeitá-la nas suas futuras decisões, porque, nestas condições, menos podem os cidadãos ser coagidos á sua constante observancia. Não se comprehende a existencia d'uma norma juridica sem que os tribunaes tenham a obrigação de a respeitar; e o *novo direito costumeiro*, de que nos fallam os auctores citados, não satisfaz a este essencial requisito de todo o direito.

Pois a faculdade reconhecida aos tribunaes de alterárem livremente a sua anterior jurisprudencia, não está

¹ PLANIOL, *obr. cit.* 4; LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif*, I, 159-160.

¹ CAPITANT, *obr. cit.*, p. 30 e seguintes.

indicando claramente que esta não pode constituir norma obrigatória para os cidadãos?

Como podem estes ser obrigados a respeitar essas normas, e por quem? Indubitavelmente só por meio das decisões do poder judicial.

Ora este poder, quando bem lhe aprouver, declara que tal obrigação não existe, que tal obrigação não é jurídica, e que bem procedeu aquelle que a não cumpriu.

E' isto direito?

Evidentemente não.

A jurisprudencia dos tribunaes é sempre baseada no direito em vigor; a função do juiz é tão somente apreciar, em cada caso concreto, se o auctor na acção tem ou não o direito em que appoia a sua pretensão. Portanto, o direito é anterior á decisão; e como o complexo das decisões é que forma a jurisprudencia, é manifesto que esta *não cria o direito*, reconhece-o e applica-o.

Consequentemente, se a jurisprudencia se impõe ao respeito dos cidadãos, se estes tem de conformar com ella os seus actos, não é porque nella se encontre qualquer força obrigatória para a collectividade, mas tão somente porque nas decisões constantes e uniformes dos tribunaes se encontra o *reconhecimento* d'um certo preceito da lei vigente.

E' á lei que se obedece, e não ao juiz.

§ 11.º — Noção e partes componentes da lei.

Em diversos sentidos se emprega a palavra lei, tanto na sciencia juridica como na legislação positiva; mas a todos elles é commun a ideia fundamental de que só podem considerar-se leis: as normas sociais obrigatorias, sancionadas pela força publica, por serem estes os caracteres especificos de todo o direito.

E, assim, algumas vezes se emprega aquella palavra como synonymo de direito objectivo, comprehendendo todas as normas juridicas d'um povo, e nomeadamente os usos e costumes, nos países onde estes são reconhecidos como fontes do direito; mas, geralmente, só se consideram leis as regras juridicas estabelecidas pela auctoridade publica.

Neste sentido, podem as leis resultar do exercicio da função legislativa, que entre nós pertence normalmente ás Côrtes, com a sancção do Rei; ou do exercicio da função regulamentar, que pertence ao poder executivo, e, dentro de certos limites, ás autarchias locais (commissões districtaes, camaras municipaes e juntas de parochia). As primeiras constituem as leis propriamente dictas; as restantes revestem aspectos differentes, e chamam-se decretos, regimentos, regulamentos e posturas.

Mas a função legislativa pode tambem ser exercida, excepcionalmente, pelo poder executivo, dando origem aos decretos com força de lei, ou decretos dictatoriaes, e aos decretos legislativos ou delegados, que igualmente se comprehendem na palavra lei.

Deste modo podemos definir lei em tres sentidos¹:

1) *No sentido mais amplo, como synonymo de direito objectivo, comprehende todas as normas de conducta social cuja observancia é coactivamente imposta pelos poderes publicos da nação;*

2) *No sentido lato a lei é uma norma juridica estabelecida pela auctoridade publica, no exercicio da função legislativa ou regulamentar;*

¹ Usualmente chama-se lei ao diploma que contem diversas normas juridicas.

3) *No sentido proprio ou technico, é uma norma juridica estabelecida pelo poder legislativo.*

Na expressão norma juridica comprehendem-se os dois caracteres essenciaes de todo o direito: α) regra obrigatoria; β) sancionada pela força.

Os elementos da lei são, portanto, dois: a parte dispositiva ou edito, em que se formula a regra ou norma de proceder para os cidadãos; e a sanção, que é a pena imposta ao transgressor¹.

O edito é a parte imperativa da lei, que existe sempre em toda a norma juridica, expressa ou tacitamente. No direito criminal o imperativo é quasi sempre tacito, sendo expressa a sanção; no direito civil dá-se o contrario: a lei enuncia expressamente o preceito, mas a sanção expressa só excepcionalmente o acompanha.

A sanção da lei pode revestir formas diversas, conforme os casos; mas geralmente traduz-se na obrigação do transgressor pagar perdas e danos ao individuo lesado, ou ser judicialmente compellido a cumprir aquillo a que se obrigou; ou na privação de certos direitos; ou na nullidade do acto ou contracto feito em contravenção da lei. O art. 10.º do cod. civ. estabelece esta sanção geral para todos os preceitos legais, que não tenham outra especialmente indicada.

30 *Função legislativa e função regulamentar.*
A palavra *lei*, nos primeiros tempos de Roma, não só designava as normas juridicas que emanavam do poder

legislativo, mas toda e qualquer norma de proceder, qualquer que fosse a sua origem.

Os escriptos antigos referem, por exemplo, a existencia da *lex Papiria*, que não era mais do que a collecção de sentenças, costumes e normas tradicionaes, nas quaes se comprehendia todo, ou quasi todo o direito de Roma até á epocha de TARQUINIO, e não somente as *leis*, no sentido que mais tarde se attribuiu a esta palavra, e ainda hoje se lhe conserva¹, de *norma juridica formulada pelo poder legislativo*, ou, por natural extensão, de *norma juridica formulada pelos poderes publicos, e pelas antarchias locais*, nos limites das suas respectivas attribuições.

As faculdades, por lei concedidas a certas pessoas ou entidades, de formularem regras obrigatorias, que os tribunaes respeitam e applicam como se fossem normas de direito áquelles que, por facto seu ou por determinação legal, a ellas estão sujeitas, (v. g. os estatutos das sociedades), não podem, todavia considerar-se *leis*, mas simples vinculos pessoaes, derivados da vontade individual, que constituem apenas *direitos subjectivos*, identicos aos que derivam das outras convenções ou contractos.

A função legislativa pertence somente ao Estado, que a exerce por órgãos proprios. Entre nós, e nos países onde vigora o systema representativo, aquella função é exercida, em geral, pelo parlamento; mas por delegação d'elle, ou por virtude de auctorisação legal, pode tambem ser exercida *excepcionalmente* pelo poder executivo, como succede em Portugal quando o governo é autorisado pelo parlamento a regular certos assumptos, ou quando se colloca em *dictadura*, v. gr. legislando para as colonias no intervallo das sessões parlamentares, nos termos do art. 15.º, § 1.º, do *acto adicional* de 1852.

¹ COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 2.º

¹ Conf. COGLIOLO, *Storia del diritto privato romano*, § 16.º

Por todos estes modos tem sido exercida a função legislativa em Portugal; chamando-se ordinariamente *decretos* às normas jurídicas, que emanam do poder executivo por qualquer das formas indicadas.

Ao lado d'estas normas legais, e como necessario desenvolvimento das suas disposições, o poder executivo eria outras normas obrigatorias, no uso das attribuições conferidas pelo nosso direito constitucional, por meio de decretos regulamentares ou regulamentos, que são egualmente fontes do nosso direito positivo, e se comprehendem no significado da palavra *lei* em sentido lato. E, da mesma forma, as autarchias locais, para a melhor consecução dos seus fins, são auctorisadas por lei a formular em regulamentos locais, chamados vulgarmente *posturas*, regras obrigatorias para os cidadãos, as quaes entram egualmente na comprehensão da palavra *lei*, naquelle sentido.

Os decretos do poder executivo, que criam direito ¹, são, portanto, de tres especies:

a) decretos *legislativos* ou *delegados*, feitos no exercicio dos poderes delegados pelas Côrtes.

São assignados pelo Rei, e pelos ministros das pastas a que respeita o seu objecto.

β) decretos *dictatoriaes* ou *com força de lei*, que resultam do exercicio da função legislativa pelo poder executivo, constituído em *dictadura*, quer por virtude do preceituado no § 1.º do

¹ Além d'estes decretos, outros ha, que não constituem direito, e que podemos chamar de simples expediente dos negocios publicos, como são os que nomeiam e demittem empregados, concedem licenças, etc. São assignados pelo Rei e pelo respectivo ministro.

art. 15.º do *primeiro acto adicional* á carta constitucional (Lei de 5 de julho de 1852), quer pelo disposto no art. 145.º § 34.º, da propria carta; quer, finalmente, porque urgentes necessidades publicas assim o exijam. São assignados pelo Rei e por todos os ministros.

Estes decretos tem de ser submittidos á apreciação parlamentar na primeira reunião das Côrtes, para estas verificarem se foi justificado o procedimento do governo, e o isentarem da responsabilidade em que incorreu usando do poderes excepcionaes: é o que se chama *bill de indemnidade*, ou *lei de isenção da responsabilidade ministerial* ¹.

γ) decretos *regulamentares*, publicados pelo governo no uso da faculdade concedida pelo art. 75.º § 12.º, da carta constitucional, os quaes são destinados a facilitar ou tornar possível a execução das leis propriamente dictas, e dos decretos legislativos e com força de lei. São assignados pelo Rei, e pelos ministros das pastas a que respeita o seu objecto ².

¹ « A dictadura, escreve o Dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, tem sido entre nós um expediente largamente usado pelos governos; desde os inícios do regimen liberal até á actualidade, os ministros tem com a maior facilidade e desprendimento lançado mão d'este processo, que pela sua propria indole devia ser considerado como recurso extremo. E o costume que se estabeleceu, foi o de se cumprirem os decretos dictatoriaes enquanto o poder legislativo os não revoga, costume sancionado pelas leis de 27 d'abril de 1837, de 19 d'agosto de 1848, de 1 de junho de 1853, de 10 de julho de 1869, de 27 de dezembro de 1870, de 27 de junho de 1882, de 6 de maio de 1885, de 1 de setembro de 1887, de 7 d'agosto de 1890, de 14 de fevereiro de 1896 e de 11 d'abril de 1901 ». [*Organização judicial* (1908-1909) p. 40 e 41].

² Além dos decretos, expede tambem o governo *portarias* e *instruções*, que não constituem propriamente direito, embora sejam ordens obrigatorias para os funcionarios, a quem se dirigem, e tenham ordinariamente por fim interpretar as leis e facilitar a sua execução.

As *portarias* são ordens verbuaes do Rei, transmitidas e assignadas pelos

Quando os regulamentos teem por objecto a organização ou o funcionamento de tribunaes ou de corporações, chamam-se tambem *regimentos*.

Os decretos regulamentares do governo, bem como as *posturas* ou regulamentos das autarchias locaes, teem, no entanto, um limite geral e commum, alem do qual nenhuma força lhes pode ser reconhecida: é o preceito da lei, no sentido proprio do termo, ou dos decretos com força de lei, que não pode ser alterado, nem modificado, por qualquer d'estes diplomas.

Alem d'isso, é tambem necessario que essas prescripções tanham sido estabelecidas dentro dos limites da *competencia legal* de quem as formulou; porque, fóra d'esses limites, não se dá o exercicio da função publica creadora do direito, mas um abuso de poder.

31 Normas legaes e illegaes; fiscalisação judicial.

O caracter juridico das regras formuladas no exercicio da função legislativa e da função regulamentar está, pois, subordinada a certas condições, de cuja existencia depende o seu caracter obrigatorio.

Essas condições referem-se: ao órgão que formulou a regra, ao seu objecto, e á sua forma.

E', com effeito, necessario para a existencia da lei, que ella emane de *auctoridade competente*, dentro dos limi-

tos das suas attribuições, e que tenha sido constituida com as formalidades legaes.

Não pode qualquer auctoridade ou detentor do poder publico estabelecer leis, mas somente aquelles, a quem, pela organização politica de cada Estado, compete essa função; dos que teem *competencia* legal para isso, nem todos podem legislar livremente sobre quaesquer assumptos, pois alguns só podem validamente fazê-lo sobre determinados objectos; e uns e outros teem de observar certas regras, revestindo as suas disposições de formalidades determinadas, sem as quaes a lei não pode considerar-se existente.

Assim é que o poder executivo não pode fazer leis propriamente dictas; as côrtes ordinarias não podem legislar sobre *materia constitucional*; as autarchias locaes não podem fazer regulamentos sobre assumptos já regulados pelo governo, ou extranhos á sua competencia, etc.

Quando a regra formulada deixar de satisfazer ás condições necessarias, não pode valer como lei; mas nem sempre aos cidadãos é permittido avaliar directamente a existencia ou não existencia d'ellas, e nem mesmo ao poder judicial, porque em certos casos a apreciação d'aquellas condições entra na *função politica* de fiscalisação dos actos dos poderes publicos, que os nossos tribunaes consideram excluida das suas attribuições.

D'aqui resulta que muitas vezes se observam e cumprem como leis, regras que rigorosamente não devem considerar-se taes.

A jurisprudencia a este respeito estabelecida é a seguinte:

- a) *O poder judicial é incompetente*: 1) para apreciar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis votadas pelas côrtes e sancionadas pelo Rei; 2) para negar applicação aos decre-

ministros das pastas a que o seu objecto pertence, e dirigidas ás auctoridades; respeitando umas vezes a interesses individuaes, e outras vezes a interesses geraes.

As *Instruções* são ordens dos ministros, em que se esclarecem diplomas legaes, e resolvem difficuldades levantadas na execução d'elles. Algumas vezes são approvadas por um decreto, e então equivalem aos regulamentos.

tos dictatoriaes do governo, quando satisfaçam aos devidos requisitos formaes.

De modo que, se as côrtes ordinarias invadirem as attribuições das côrtes constituintes, só o chefe do Estado pode corrigir o abuso, negando-se a sancionar aquellas resoluções; e se o governo tiver feito dictadura fóra dos casos em que a nossa constituição o permite, só o parlamento lhe pôde exigir as respectivas responsabilidades, providenciando sobre o caso como julgar conveniente.

- b) *O poder judicial é competente*: 1) para apreciar se o poder executivo excedeu as auctorisações parlamentares para legislar sobre determinados assumptos; 2) para verificar se os regulamentos, quer do poder executivo, quer das antarchias locais, cabem nas attribuições legaes de seus auctores, ou são contrários á lei; 3) e, finalmente, se os diplomas legaes revestem as devidas formalidades.

Por isso, quando o governo publica qualquer decreto, fundando-se em auctorisação das côrtes, mas excedendo essa auctorisação; ou quando, a pretexto de regulamentar a lei, altera os principios d'esta, ou faz dictadura; o poder judicial não obedece aos preceitos illegaes, recusando-se a reconhecê-los como leis. O mesmo acontece quando as auctoridades e antarchias locais fazem regulamentos sobre assumptos, que não são da sua competencia, ou contrários ás leis e regulamentos geraes de administração.

32 **Formação, promulgação e publicação das leis.**
A lei propriamente dicta é uma deliberação das côrtes sancionada pelo Rei.

As côrtes são constituídas pela Camara dos senhores deputados, e pela Camara dos Dignos Pares; e ás suas deliberações, antes de sancionadas pelo chefe do Estado, chama-se *decretos das côrtes geraes*.

Discute-se em direito constitucional se as côrtes devem ter limites legaes para o exercicio da função legislativa, ou se, pelo contrario, lhes deve ser permittido legislar sobre todos os assumptos, e nomeadamente sobre a reforma da constituição; tendo-se fixado a este respeito dois systemas: o da *omnipotencia parlamentar* e o das *assembleias revisitas*, segundo concedem ou negam ás côrtes ordinarias o poder legislativo sobre materia constitucional.

Em Portugal vigora o segundo systema, pois só *côrtes constituintes* podem legislar sobre materia constitucional e, mesmo essas, dentro de certos limites.

Segundo o art. 144.º da Carta só é constitucional o *que diz respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos, e aos direitos politicos individuaes dos cidadãos*. Difficil é, porem, não obstante este criterio legal, separar os preceitos constitucionaes, d'aquelles que o não são; e talvez por isso, algumas vezes as côrtes ordinarias teem abusivamente legislado sobre materia, que pela constituição lhes foi vedada ¹.

A formação das leis constitucionaes e das leis ordinarias segue os mesmos tramites ²; mas as primeiras só

¹ Exemplos: a lei de 8 de maio de 1878, que estendeu o direito do suffragio a todos os cidadãos portuguezes de maior idade, que soubessem ler e escrever, ou fossem chefes de familia, alterando as disposições da Carta constitucional e do 1.º acto adicional sobre capacidade eleitoral; e a lei de 3 de maio de 1878, que fixou as categorias de cidadãos que podiam ser nomeados pares do reino, restringindo uma das attribuições do poder moderador.

² Discutiu-se entre nós se nas reformas constitucionaes devia ou não intervir a Camara dos pares, em vista do art. 142.º da Carta exigir poderes especiaes para

podem ser votadas por camaras constituintes, nas quaes os deputados recebem dos eleitores, por occasião da eleição, poderes especiaes para reformar a constituição, na parte em que essa reforma foi julgada necessaria pela legislatura ordinaria, que precedeu a mesma eleição (carta const., artt. 140.º, 141.º e 142.º; act. addic., art. 9.º).

A iniciativa das leis pertence tanto aos deputados como aos pares do reino, que podem apresentar á sua respectiva Camara quaesquer *projectos* de lei, para serem discutidos e votados, depois de ouvido o parecer das competentes commissões parlamentares para esse fim eleitas no principio de cada legislatura ou quando se torne necessario; e tambem pertence ao poder executivo, por intermedio dos ministros (Carta const. artt. 45.º e 46.º), os quaes podem apresentar *propostas de lei*, que pela approvação d'aquellas commissões se convertem em *projectos de lei*, e como taes são submittidos á discussão e approvação parlamentar.

Para a maior parte dos assumptos é indifferente que o *projecto de lei* seja apresentado na camara alta ou na camara baixa; mas alguns ha que por expressa disposição da lei teem de ser apresentados primeiramente na camara baixa, onde tambem devem ser apresentadas sempre as *propostas de lei* do poder executivo (Carta const. artt. 35.º a 37.º).

Depois de approvado o projecto numa das camaras é remettido pelo respectivo presidente á outra camara, para

a reforma, conferidos pelos eleitores, que os não podiam dar aos pares do reino, por não serem de eleição; mas assentou-se em que a sua intervenção era necessaria, por força dos artt. 12.º-15.º e 143.º da mesma Carta. Igualmente se duvidou se era ou não precisa nestas leis a sancção do Rei, em vista do disposto no art. 143.º, vencendo a solução affirmativa, apoiada nos artt. 13.º, 55.º e 74.º, § 3.º (Conf. DR. LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta constil.* I. XXIX e seguintes; *Diario das sessões da Camara dos senhores deputados de 1885*, p. 1064 e seguintes).

ahi ser de novo examinado pelas competentes commissões, discutido e votado; e se fôr approvado, será presente ao chefe do Estado para lhe conceder a *sancção*, ou lhe oppor o seu *veto*.

Se o Rei sanciona o decreto das *cortes geraes*, a lei fica desde logo perfeita e completa; mas não se torna executoria, *nem obriga* os cidadãos sem ter sido *promulgada e publicada*.

Promulgação é o acto pelo qual o chefe do Estado attesta ao corpo social a existencia da lei e ordena a sua execução.

A fórmula da *promulgação* das leis, segundo o art. 61.º da Carta const., é a seguinte:

« Dom P. 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:

(Texto da lei)

Mandâmos, portanto, a todas as auctoridades a quem o conhecimento e a execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém ».

O diploma que contém a lei, com a sua promulgação, denomina-se *carta de lei*, e é assignada pelo Rei, e pelo ministro ou ministros de Estado, por cujas pastas correm os negocios a que a lei se refere.

Nesta fórmula da promulgação está tambem expressa a *sancção* real, nas palavras nós queremos ¹, que exprimem a *adhesão do chefe do Estado ao decreto das côrtes*; mas os dois actos não se confundem, porque:

¹ Em diplomas antigos, em vez d'esta expressão encontra-se: *nós sancionamos*.

- 1) A *sancção* é elemento da formação da lei, ao passo que a *promulgação* é a attestação solenne da existencia d'essa lei, depois de completa;
- 2) A *sancção* é dada pelo Rei como membro do poder legislativo; a *promulgação* é por elle feita como chefe do poder executivo;
- 3) A *sancção* é um acto voluntario do Rei, que pode oppôr o seu *veto* aos decretos das côrtes geraes; a *promulgação* é obrigatoria, desde que a lei foi sancionada.

A promulgação, tornando certa a existencia da lei, dá-lhe a força coerciva, que antes não tinha: torna-a *executoria*; mas para que ella possa ser observada e cumprida pelos cidadãos é necessario que se lhes dê conhecimento das suas disposições, pois ninguém pode ser obrigado a cumprir ordens, cujo conhecimento lhe seja vedado.

E' por meio da publicação da lei (*divulgatio promulgationis*), que ella pode ser conhecida dos interessados; é a publicação, portanto, que torna a lei *obrigatoria* ¹.

¹ Na Inglaterra e nos Estados Unidos não se exige a publicação da lei para que ella seja obrigatoria; consideram-se conhecidas de todos as suas disposições pela sua elaboração parlamentar, na qual todos os cidadãos tomam parte pelos seus legítimos representantes.

Alguns auctores, sem de modo algum identificarem a *promulgação* com a publicação da lei, entendem que os dois actos se confundem nos seus effeitos, visto que a lei só pela publicação se torna conhecida dos cidadãos, que antes d'isso não podem ser obrigados a cumpri-la; outros entendem por *promulgação* a publicação official da lei (Conf. *Direito*, X. p. 301).

Muitas vezes se refere a vigencia das leis ou o cumprimento de certas e determinadas obrigações, á data da sua *promulgação*, que é tambem a data da lei, visto que a *sancção* regia, que torna a lei perfeita, vem incluída na formula d'aquella. Este facto pode originar difficuldades, porque não marcando a lei praso algum para serem publicadas as leis, depois de promulgadas, succede, por vezes, que ao fazer-se a publicação já a lei deveria estar em vigor, ou acharem-se cum-

A publicação das leis faz-se inserindo-as no jornal official, que actualmente se intitula *Diario do Governo*, e anteriormente se chamou *Diario de Lisboa*, quando as leis tinham de vigorar no continente do reino e nas ilhas adjacentes, conforme o disposto no decreto de 19 de agosto de 1833; e quando tem de vigorar no ultramar, a sua publicação faz-se geralmente no *Boletim Official* da respectiva provincia, embora algumas vezes, quando se trata de lei que já vigora no continente, seja dispensada a sua publicação no *Boletim*, dando-se ahi publicidade apenas ao decreto que a manda observar nas provincias ultramarinas (Portaria de 25 de julho de 1895).

Não é possível notificar individualmente aos cidadãos a existencia da lei, e nenhum outro meio se conhece mais perfeito para levar ao conhecimento dos seus preceitos aquelles que devem cumpri-la. E' certo que esta *notificação geral* está longe de corresponder na realidade ao fim que se propõe, pois somente por ella se consegue dar noticia da lei a uma parte minima da população do país; no entanto, desde que a publicação se faz, a lei torna-se *para todos* obrigatoria, pela presumpção legal de que todos a conhecem.

Nem ha, seguramente, injustiça em fixar legalmente esta presumpção, visto que a publicação de qualquer lei torna possível a toda a gente assenhorear-se dos seus preceitos, sendo, porisso, culpados de negligencia os que d'ella não tomam conhecimento, e, consequentemente, inad-

pridas aquellas obrigações, o que evidentemente briga com o principio de que a lei só é obrigatoria depois de publicada.

Da mesma forma, manda por vezes a lei contar certos prazos desde a sua promulgação, podendo acontecer que ao tempo em que elles se extinguem ainda a lei não vigora; exemplo: o § unico do art. 506.º do cod. civ. Foi por isso que a lei de 1 de julho de 1867 dispôs no art. 3.º o seguinte: «Para todos os effeitos previstos no mesmo codigo, ter-se-ha como dia da sua promulgação, o dia em que elle começar a ter vigor».

missível a invocação do seu desconhecimento para subtrahir qualquer pessoa ás obrigações que da mesma lei dimanam.

E' por isso que justificadamente se dispõe no art. 9.º do nosso código civil, que «ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorância d'esta».

No entanto, BRUSCHI, no seu *Manual de Direito Civil*, sustenta que o desconhecimento ou ignorancia da lei é motivo legal para uma pessoa se eximir ao cumprimento das obrigações da mesma resultantes, v. g., no caso de alguém andar viajando por mar, e praticar um acto permitido pela lei vigente ao tempo em que embarcou, mas que era já prohibido, em face de lei nova, ao tempo da sua celebração.

Funda-se para isso no argumento *a contrario sensu* derivado d'este art. 9.º do cod. civ., dizendo que se este prohibe que se invoque o *pretexto* da ignorancia da lei para escapar ás obrigações que ella impõe, é porque essa ignorancia aproveita *quando fôr real*, e não *pretextada*.

O argumento é falso, como falsa é tambem esta opinião; pois é evidente que se o legislador quizesse estabelecer esta doutrina o diria claramente; e se a supposesse em vigor, seria inutil o preceito do art. 9.º, visto como do facto da ignorancia da lei ser motivo legal para dispensar do seu cumprimento, jámais se poderia concluir que o simples *pretexto* d'esta ignorancia produzia os mesmos effeitos.

Nem mesmo no direito antigo a ignorancia da lei dispensava da sua observancia, pois já o decreto de 9 de setembro de 1747 estabelecia o principio de que não ha ignorancia que releve de observar as leis, porque ellas são publicas, escriptas e diurnas, e no Alvará de 10 de junho

de 1755 se dizia que não pode allegar-se ignorancia do que a todos se faz publico.

No direito romano a ignorancia da lei só aproveitava ás mulheres, aos menores, aos soldados e aos rústicos, porque todas as outras pessoas as deviam saber¹; mas a COELHO DA ROCHA pareceu esta regra muito dura, e por isso a não adoptou entre nós, estabelecendo um meio termo entre a doutrina mais tarde consignada no nosso código civil, e o preceito romano, opinando que «as leis do reino, sendo publicas, escriptas e diurnas, não admittem ignorancia que releve; porem se pela lei fôr prohibido um facto, até ahi licito ou indifferente, o transgressor poderá defender-se com a ignorancia, para ser alliviado da pena²».

No moderno direito é principio axiomático que a publicação da lei a torna obrigatoria para todos, porque ella pode desde então ser conhecida pelos interessados; embora o *erro de direito* tenha ainda certos effeitos nos contractos, como vicio do consentimento (cod. civ., art. 659.º).

33 Outras publicações das leis.

Entre nós são as leis tambem publicadas *offcialmente* em volumes ou folhetos pela Imprensa Nacional, por virtude de auctorisação concedida pelo decreto de 19 de agosto de 1833.

Os folhetos ou volumes separados, que em geral contem as leis ou decretos de maior extensão ou importancia, trazem a indicação de serem *edição official*, e são publica-

¹ L. 9, D, e L. 12, C. de jur. et fact. ignor.

² Inst. § 26.º, e not. MELLO FREIRE, l. IV. Tit. 4.º § 10.º; e LOBÃO, Seg. linh., not. 435, e Dir. emphyt., § 449.º, opinavam, em face do estado catolico da nossa legislação, que a ignorancia da lei aproveitava ao transgressor.

dos em formato pequeno, para mais facilmente poderem manusear-se; em formato maior se publica annualmente a *Collecção official da legislação portugueza*, que, alem dos diplomas legislativos e regulamentares, publicados no *Diario do Governo*, pode conter « todos os que tiverem força de obrigar, quer se achem ineditos, quer estejam impressos em escriptos avulsos, uma vez que de ordem dos respectivos ministros e secretarios de Estado sejam para isso rubricados pelos officiaes maiores das secretarias de Estado por onde os mesmos diplomas se tiverem expedido (*Port. de 3 de setembro de 1850, art. 2.º*). »

Na *collecção official* comprehendem-se as nossas leis desde 1821 até á actualidade. Das leis anteriores áquella data, só temos colleções particulares ¹, cujo valor e auctoridade dependem exclusivamente do maior ou menor escripto e cuidado dos seus collectores; e tambem actualmente se publicam colleções particulares, que vão reproduzindo os mais importantes diplomas publicados no *Diario do Governo*, á medida que esta publicação se faz.

A publicação das leis por qualquer das formas indicadas não as torna obrigatorias, pois a sua vigencia depende essencialmente da publicação na folha official do governo, como se vê do citado decreto de 19 de agosto de 1833, e da lei de 9 de outubro de 1841. De modo que havendo divergencia entre o texto do diploma publicado

¹ As colleções mais importantes são a de José Antonio d'Andrade e Silva, que comprehende os annos de 1603 a 1700; e a de Antonio Delgado da Silva, que vai de 1750 a 1820.

Actualmente publica-se nesta cidade, mensalmente, uma collecção particular das leis e decretos mais importantes que vão sahindo no *Diario do Governo*, sob o título de *A Legislação*, especialmente dirigida por um distincto magistrado, o Dr. Drogio Alcoronado, e da qual eu sou tambem proprietario.

As leis mais usuaes são ordinariamente publicadas em folhetos manuaes, não só pela Imprensa Nacional (*edição official*), mas tambem por diversos editores.

no *Diario*, e o publicado na *Collecção official*, ou em folheto avulso, é aquelle que tem de observar-se.

Foi esta a doutrina expendida na Portaria inedita do ministerio do Reino, de 22 de fevereiro de 1879, na qual se declarou ao governador civil de Santarem « que somente são obrigatorias as leis, que se publicam no *Diario do Governo*, que substituiu a chancellaria mór do reino; e que, quando ha discordancia entre as publicações feitas no *Diario*, e as que se fazem avulsas, é por aquellas, e não por estas, que as auctoridades devem guiar-se ».

§ 12.º — Classificação das leis. *As leis, emquanto ao seu objecto, classificam-se como o direito objectivo, que por ellas é constituido ¹; mas consideradas em relação ao seu fim immediato, á maior ou menor extensão das relações juridicas que regulam, e á natureza particular d'estas relações e seus effeitos sobre a vontade individual, soffrem outras divisões e subdivisões, que profundamente as differenciam.*

Quanto ao seu fim, as leis podem ser dispositivas ou interpretativas; aquellas, tambem chamadas innovadoras, estabelecem direito novo; as segundas declaram o sentido em que deve entender-se uma lei anterior, ou determinam o ambito da sua applicação.

As leis dispositivas, emquanto aos seus effeitos sobre a vontade individual, dividem-se ² em: prohibi-

¹ Conf. *Supra*, §§ 2.º 3.º 4.º e 11.º

² Alguns auctores dividem as leis dispositivas apenas em dois grupos: leis *preceptivas*, *coactivas*, ou *obigatorias*, (comprehendendo as leis *prohibitivas* e *imperativas* da classificação que adoptámos no texto do §) e leis *facultativas*.

Esta divergencia não tem importancia alguma. Assenta no presupposto

tivas; imperativas ou preceptivas; e facultativas; enquanto a maior ou menor extensão das relações que abrangem, podem ser geraes, especiaes e excepcionaes; e consideradas em relação á propria natureza d'essas relações, dividem-se em leis de interesse e ordem publica, e leis de interesse particular, tambem chamadas declarativas ou suppletivas.

As leis interpretativas, identificando-se com a lei interpretada, seguem o destino d'esta nas classificações do direito.

O nosso codigo civil não define estas diversas especies de leis, mas a ellas se refere em diversos logares, sendo, por isso, indispensavel fixar os principios necessarios para devidamente as caracterisar.

34 Natureza das leis interpretativas. Não é por todos admittida a classssificação das leis em *dispositivas* e *interpretativas*, visto negarem alguns character de lei á *interpretação legislativa*, que origina e constitue as leis interpretativas, ás quaes dizem faltar o elemento *coactivo* essencial em toda a lei.

de que as leis facultativas não tem character obrigatorio, que é common ás outras duas especies; mas subdividindo as leis preceptivas ou coactivas em *prohibitivas* e *imperativas*, caem immediatamente na divisão tripartida, que estabelecemos.

O quadro das diversas divisões, segundo esta opinião, seria o seguinte:

Leis	{	Dispositivas	{	Preceptivas	{	Prohibitivas
				ou		e
				Coactivas		Imperativas
		e		Facultativas		
		Interpretativas				

Entre estes podemos citar MARCADÉ, que considera *doutrinal* toda a interpretação das leis, qualquer que seja a origem d'ella: porque não contendo, em caso algum, nem um *preceito*, nem uma *proibição*, nem uma *permissão*, que já não existissem anteriormente, falta-lhe sempre o character essencial de toda a lei, que é a *ordem* dada aos cidadãos de obedecerem a certas regras ¹.

Esta observação tem fundamentalmente rasão de ser, embora não deva considerar-se rigorosamente exacta na sua exposição, porque na *lei interpretativa* vae sempre a *ordem* de observar ou cumprir a lei interpretada por certa e determinada maneira. Mas tendo aquella lei por unico fim *explicar* uma lei anterior, substituindo um texto obscuro ou ambiguo por um texto claro, é evidente que ella não encerra regras ou preceitos novos, não tem conteúdo juridico proprio, identificando-se com a lei interpretada.

A lei interpretativa, portanto, não é, em substancia, mais do que *uma nova forma do direito existente*; e por isso, sob este aspecto, razão tem quantos negam á *interpretação legislativa* o character de lei.

Mas como esta interpretação tem a *força obrigatoria* das leis, emana do poder legislativo, constitue uma ordem geral para todos os cidadãos, e segue na sua formação os mesmos tramites das leis innovadoras, bem pode chamar-se-lhe *lei*, com as reservas indicadas, que lhe attribuem uma natureza especial, diversa da que tem as leis dispositivas.

A nossa carta constitucional parece distinguir, tambem, a *lei* propriamente dicta, da *interpretação* feita pelo poder legislativo, pois ao definir as attribuições das côrtes, menciona no § 6.º do art. 15.º as seguintes: *fazer leis*,

¹ Expl. theor. et prat. du cod. Nap. l. 41 e 42.

interpreta-las, suspendê-las e revoga-las. Ora, se *interpretar as leis* fosse o mesmo que *fazê-las*, ou, por outras palavras, se a *interpretação legislativa* fosse *uma lei*, não seria necessário acrescentar à expressão *fazer leis* d'aquelle §, a palavra *interpreta-las*, porque esta attribuição se continha já naquella.

E, porém, de somenos importancia esta questão, que mais visa o nome do que a essencia das cousas. O que sobretudo importa saber é quaes devem ser os effeitos, e caracteres específicos d'estas deliberações do poder legislativo, e as condições em que podem e devem ser produzidas.

D'isso nos occuparemos noutro logar.

35 Leis prohibitivas e leis imperativas.

A lei é prohibitiva quando prohibe a pratica de certos factos: v. g., o art. 1073.º do cod. civ., que prohibe aos menores de 14 annos, sendo do sexo masculino, ou de 12, sendo do feminino, e a outras pessoas, contrahirem matrimonio; o art. 122.º, que prohibe a perfilhação dos filhos espurios; o art. 446.º que prohibe ao dono do predio onde existe alguma fonte ou nascente desviar as aguas do seu curso costumado se d'ella se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal; etc.

São leis imperativas as que ordenam alguma cousa:

α) *quer impondo aos cidadãos a pratica de certos actos ou factos*, v. g., o art. 144.º do cod. civ. que ordena aos paes que entreguem a seus filhos, logo que estes se emancipem ou cheguem á maioridade, não sendo por outra causa incapazes, todos os bens e rendimentos que lhes pertencem; o art. 156.º, que impõe ao conjuge

sobrevivo a obrigação de requerer inventario dos bens que pertencem ou devam ser repartidos pelo menor, dentro dos 60 dias seguintes ao fallecimento, etc.;

β) *quer determinando os actos que os funcionarios publicos devem praticar no exercicio das suas funcções*, v. g., o art. 300.º, que obriga o juiz de direito a rubricar o livro das tutelas; o art. 958.º, que preceitua o modo como o conservador do registo predial deve lavrar os registos dos actos e contractos a elle sujeitos; o art. 1076.º, que estabelece algumas obrigações do official do registo civil relativamente ao casamento civil, etc.;

γ) *quer declarando as consequencias ou effeitos juridicos de certos factos*, v. gr., muitos artigos relativos á posse, á prescripção, aos contractos e á successão;

Δ) *quer, finalmente, determinando as formalidades que devem observar-se na celebração de certos actos ou contractos*, v. g. o art. 1920.º, que indica como deve ser feito o testamento cerrado, etc.

Nas leis *prohibitivas*, o legislador ordena aos cidadãos que se abstenham de certos factos, cuja prática é considerada inconveniente á ordem social; nas *preceptivas* ou *imperativas*, ordena aos cidadãos que pratiquem certos factos, cuja ommissão seria desvantajosa á collectividade.

Este é o *conceito* substancial das duas especies de leis, que não depende em cousa alguma da *fôrma* por que o legislador manifestou a sua vontade, encontrando-se por

vezes leis imperativas enunciadas sob a fôrma proibitiva, e vice-versa.

Esta divisão das leis não tem actualmente grande importancia prática, porque umas e outras são geralmente subordinadas aos mesmos princípios.

Não assim no direito antigo, segundo a doutrina de COELHO DA ROCHA, que lhe attribuia efeitos importantes, afirmando que

« a disposição das leis imperativas e proibitivas não pode ser derogada por convenção dos cidadãos: a das facultativas ou permissivas sim, excepto se na sua observancia interessa a ordem publica, ou os bons costumes. »

Esta doutrina, porem, é hoje completamente inadmissivel em face do art. 10.º do cod. civ. e seu § un.; pois estabelecendo-se ali, como regra geral, a nullidade dos actos praticados contra a disposição da lei, *quer esta seja prohibitiva, quer preceptiva*, declára-se ao mesmo tempo que esta nullidade pode sanar-se pelo consentimento dos interessados, *se a lei offendida não fôr de interesse e ordem publica*.

Por isso, no campo da doutrina legal, é bem claro que a vontade das partes, ou as suas convenções, podem derogar tanto as leis *preceptivas*, como as *prohibitivas*, desde que não sejam de interesse e ordem publica, cahindo pela base a distincção a tal respeito estabelecida por aquelle grande jurisculto ¹.

¹ E prejudicada ficou tambem, com tal preceito de lei, sob este ponto de vista, a discussão levantada entre os escriptores para determinarem se á *forma* ou se ao *conceito* da lei é que deveria attender-se para a sua classificação; sustentando geralmente os escriptores que o criterio a seguir só podia ser este ultimo, em vista da *fôrma* nem sempre corresponder á vontade ou intenção do legislador.

Por nossa parte entendemos que a doutrina do nosso codigo é a preferivel.

Dar ás leis preceptivas e proibitivas o effeito de annullar *irremediavelmente* os actos praticados com violação dos seus preceitos, era lançar o interprete na penosa e difficil avoriguação das condições em que uma determinada lei devia integrar-se em qualquer d'aquellas classes, não pelo criterio mais simples *da forma*, que seria então imperfeito e perigoso, mas pela analyse substancial do seu preceito, sempre difficil e de incerto resultado.

No direito privado frequentes vezes as leis proibitivas e imperativas são de caracter *suppletivo*, ou meramente interpretativas da vontade das partes, e, como taes, podem ser por ellas derogadas a seu bel-prazer; e quando revestem natureza diversa, tutelando condições reputadas indispensaveis para a boa organização e desenvolvimento da collectividade, assumem o caracter de *leis de interesse e ordem publica*, não podendo ser derogadas pelos cidadãos.

Se pela analyse do preceito legal apenas se pretendia obter a determinação das leis que visavam directamente este fim superior, afim de as integrar por tal motivo naquelles dois grupos, a solução do problema é então, substancialmente, a mesma que o legislador portuguez consignou no art. 10.º do cod. civ.; pois determinar quaes são as leis preceptivas e proibitivas, independentemente da sua fôrma, para impôr a sua observancia rigorosa aos cidadãos, o mesmo é que determinar quaes os preceitos legais que tutelam o *interesse e ordem publica*.

Simples differença de nome, mas o problema é, no fundo, o mesmo.

36 Leis facultativas.

Leis facultativas ou permissivas são aquellas, que deixam no arbitrio do individuo praticar ou não praticar

certos factos; v. g.: o art. 1762.º do cod. civil, que permite testar a todos aquelles a quem a lei o não prohibe expressamente; o art. 1754.º, quando permite ao testador revogar a todo o tempo o seu testamento; etc.

Tem-se, porém, discutido se as disposições, que revestem este caracter, devem ou não considerar-se leis; justificando-se a duvida pelo facto de não haver nellas, pelo menos apparentemente, limitação alguma á liberdade individual, que é característica essencial de todo o direito; e sustentando-se, por outro lado, a sua *inutilidade*, visto ser principio fundamental da ordem juridica, que todos podem fazer aquillo que as leis não prohibem.

Em verdade, se na lei vae sempre implicita uma *ordem* do legislador aos cidadãos para que pratiquem ou deixem de praticar certos factos, parece que as disposições que se limitam a *permittir* que elles os pratiquem ou deixem de praticar se escapam áquelle fundamental conceito da lei.

No entanto, bem ponderados os factos, facilmente se reconhece que em toda a lei facultativa se envolve implicitamente uma ordem, não para aquelle a quem o direito é reconhecido, mas para todas as outras pessoas.

Com effeito, quando a lei, por exemplo, declara que a todos os que não forem d'isso especialmente inhibidos é lícito dispôr de seus bens por testamento, *implicitamente prohibe* a todos os outros, que por qualquer fôrma impeçam o exercicio d'aquella faculdade; e ao mesmo tempo *ordena* que se respeitem os direitos resultantes do referido facto, se porventura chegar a ser praticado.

E' certo que pelos principios anteriormente expostos ¹

¹ Conf. *Supra*, 6. p. 11.

não havia necessidade da lei formular preceitos de caracter *facultativo*, visto *poderem ser praticados todos os factos que a lei não prohibe, e ninguém poder em caso algum ser obrigado a praticar aquelles que a lei não ordena*; mas, como bem diz BIANCHI, podem verificar-se circumstancias que tornam util, e até algumas vezes necessaria, uma determinada disposição de lei permissiva. E' o que succede quando existe uma disposição geral preceptiva ou prohibitiva, á qual seja justo fazer excepção para um determinado caso especial, deixando então aos cidadãos liberdade para fazerem ou não fazerem aquillo que nos outros casos é ordenado ou prohibido. E o mesmo acontece quando pode levantar-se duvida sobre se uma dada *hypothese* estará comprehendida no preceito imperativo ou prohibitivo de certa lei, pois é então conveniente declarar expressamente que tal se não dá ¹.

As leis facultativas tem, portanto, uma grande utilidade pratica, porque tendem a esclarecer e auxiliar a interpretação das leis prohibitivas e preceptivas, definindo em muitos casos o campo da sua rigorosa applicação.

37 Leis directivas.

Nas leis *dispositivas* se devem tambem comprehender os preceitos ou regras de caracter doutrinal ou theorico, em que o legislador procura estabelecer os principios pelos quaes se orientou para regular determinados assumptos, e que raras vezes serão absolutamente inuteis, embora muitos auctores considerem essas disposições improprias do direito positivo. Taes preceitos, a nosso ver, dando ao interprete elementos para bem determinar

¹ BIANCHI, *obr. cit.*, 11.

as ideias fundamentaes do auctor da lei sobre as materias nella reguladas, são, em geral, instrumentos valiosos de interpretação, e como taes não podem ser postos de lado, ou amesquinçados.

No mesmo caso estão as *definições* dos diversos actos e contractos, que em grande numero se encontram no nosso codigo civil; pois é nessas definições que se acham traçados os limites dentro dos quaes teem de ser applicados os preceitos reguladores dos mesmos actos e contractos.

Todavia, dados os seus caracteres especiaes, teem alguns escriptores proposto que d'aquelles preceitos se fizesse uma categoria especial, ao lado das leis *dispositivas* e *interpretativas*; dando-lhes MAZZONI a designação de *leis directivas*, em attenção á sua natureza particular ¹.

38 **Leis declarativas ou suppletivas.**
 Nas leis dispositivas se devem igualmente integrar os numerosos preceitos do codigo, em que o legislador se propôs determinar os direitos e obrigações derivados dos diversos actos e contractos, nos casos em que a vontade das partes se não tenha a tal respeito manifestado devidamente.

Em casos taes o legislador nada mais faz do que arvorar em principio legal aquillo que pelo uso constante e geral se devia presumir que era vontade dos interessados; de modo que estes, se nada em contrario declararam, implicitamente reconheceram e acceitaram os effeitos previamente attribuidos pela lei aos seus actos, por não dever

¹ PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di dir. civ.* I. 11.

suppor-se que elles ignoravam os preceitos d'esta; embora a verdade nem sempre corresponda a esta presumpção, pois os factos estão todos os dias mostrando que muitas pessoas nem sequer suspeitam, ao firmarem os seus contractos, muitos dos effeitos que a lei lhes attribue.

A estas leis se dá, porém, o nome de *leis declarativas*, ou *suppletivas*, em vista do seu fim especial.

39 **Leis geraes, especiaes e excepcionaes.**
 Dissemos que as leis, enquanto á maior ou menor extensão das relações juridicas que tutelam, podem ser *geraes, especiaes ou excepcionaes*.

As primeiras determinam ou fixam as condições e limites dentro dos quaes tem que desenvolver-se a actividade de cada um nas suas relações com os outros ou com a sociedade, devidamente representada, em todos os factos de identica natureza. A egualdade de todos perante a lei, e a conveniencia de uniformisar o procedimento dos cidadãos em casos identicos, dão ás leis, ordinariamente, o caracter de generalidade, *que as torna applicaveis a todas as pessoas, a todos os bens, e a todos os actos, a respeito dos quaes possam verificar-se as relações juridicas, a que as mesmas leis se referem*.

Algumas vezes, porém, em attenção a considerações de caracter politico, ou economico, julga-se necessario estabelecer normas particulares *para certas materias especiaes*, que só a estas normas, e não ao direito geral e comum, ficam sujeitas.

As leis que regulam estas materias denominam-se **leis especiaes**.

O nosso codigo civil resalva expressamente estas leis no final do seu art. 3.º, dizendo que os direitos e obrigações civis se regulam pelo direito privado contido no

mesmo código, *excepto na parte que é regulada por lei especial*; e em varios outros artigos faz expressa referencia a algumas d'ellas, nomeadamente nos artt. 412.º, 428.º, 467.º, 473.º, etc.

Mas nem só as *leis especiaes* restringem a natural extensão das *leis geraes*; uma outra classe de leis ha, que tendem directamente ao mesmo fim: as chamadas *leis excepcionaes*, que são todas aquellas que regulam por modo contrario ou diverso do estabelecido na lei geral ou especial certos factos ou casos, que por sua propria natureza deviam comprehender-se nellas.

40 Relações entre a lei geral e a especial.

Consequentemente, tanto as *leis especiaes*, como as *excepcionaes*, impedem a applicação do direito geral e commun a certos assumptos, que constituem o objecto privativo de cada uma d'ellas; mas ha diferenças profundas entre aquellas duas especies de leis, as quaes respectivamente lhes asseguram a necessaria autonomia na classificação exposta, e originam até effeitos e regras bem distinctas na applicação d'umas ou d'outras.

Assim, comparando a lei geral com a especial vemos que os seus respectivos objectos são diversos, de modo que a primeira não se applica aos assumptos regulados pela segunda. Sirva de exemplo o art. 467.º do cod. civ., onde se dispõe que « *a designação das substancias que devem ser consideradas como mineraes, para que a sua pesquisa e lavoura fiquem sujeitas á legislação relativa a este assumpto; as limitações dos direitos mencionados nos artigos precedentes, a designação das formalidades precias, e das condições para o seu exercicio, e o modo d'elle, bem como a especificação dos direitos dos possuidores do solo e dos descobridores das minas, no caso de concessão, ficam reservados para legislação especial* ».

Em face d'este artigo fica bem delimitado o campo de applicação da lei geral, e o da lei especial sobre mineração: a primeira não pode, portanto, applicar-se ou regular qualquer dos assumptos reservados expressamente para a lei especial: ou seja, a designação e classificação das substancias mineraes, etc.

41 Relações entre a lei geral e a excepcional.

Não succede, porém, assim com a lei *excepcional*, porque o assumpto a que esta se refere não deixa de ser regulado pela lei geral, ficando apenas limitada a extensão d'esta por terem sido exceptuados *alguns casos particulares*, que, sem a lei excepcional, seriam abrangidos no seu preceito.

Um exemplo: o cod. civ. declara no art. 949.º sujeitas a registo *as transmissões de propriedade immovel, por titulo oneroso ou gratuito*; e no art. 951.º preceitua que a falta do registo dos titulos a elle sujeitos impede que estes produzam effeitos relativamente a terceiros.

Esta é a lei geral e commun, applicavel a todos os titulos e direitos sujeitos a registo; mas por motivos especiaes, no § un. do cit. art. 951.º dispõe o mesmo código que *se exceptua d'esta ultima regra a transmissão da propriedade immovel, quando esta fôr indeterminada*.

Aqui é bem claro que a materia do registo, e a determinação dos seus effeitos, ou das consequencias de não ter sido devidamente feito, continuam a ser objecto da *lei geral*; pois o *objecto privativo* da lei excepcional foi apenas o *caso particular* da transmissão de propriedade immovel indeterminada.

Se o legislador entendesse que devia subtrahir ao cod. civ. a materia do registo, e a regulasse por nova lei, esta seria então *especial*, e não *excepcional*.

42 **Comparação da lei especial com a excepcional.** Como justamente observa BIANCHI, fallando-se de disposição de *lei excepcional* presuppõe-se necessariamente a existencia d'outra lei ou principio geral, cuja applicação foi por aquella limitada, subtrahindo-lhe casos que rigorosamente nella estariam comprehendidos ¹. E sendo obvio que a regra geral deve manter o seu pleno vigor obrigatorio emquanto o proprio legislador lh'o não tiver expressamente negado, é forçoso dar á disposição excepcional uma *interpretação restrictissima*; motivo por que, para qualquer outro caso, que não seja identicamente o que foi taxativamente contemplado na excepção, é preciso recorrer á regra geral, pois não pode a excepção ampliar-se por qualquer analogia de casos, ou identidade de motivos ².

Mas fallando de *leis especiaes*, enuncia-se antes um conceito de sua natureza comparativo com outras leis geraes, cujas disposições poderiam tambem regular as materias particulares submettidas áquellas leis especiaes, no caso de estas não existirem; mas nem por isso estas leis especiaes trazem verdadeiras limitações ao vigor e applicação das leis geraes, pois que o legislador não subtrahae a estas casos particulares nellas comprehendidos, mas, julgando que determinadas materias particulares e completas não podem ser convenientemente reguladas com as normas do direito commum, sujeita-as inteiramente a normas propriamente suas, não oppostas ás geraes, mas distinctas d'ellas.

Não póde, por isso, applicar-se a estas leis o principio de *interpretação restrictissima*, que domina as leis excepcionaes, pois embora as leis especiaes não possam applicar-se

¹ Quando a *excepção* se refere a uma *lei especial*, esta reveste, em relação áquella, a natureza de *lei geral*.

² Tal é a doutrina expressa no art. 11.º do nosso cod. civ.

a materias diversas d'aquellas para que foram particularmente estabelecidas, podem, no entanto, applicar-se por analogia a casos analogos da mesma natureza, e tambem a casos identicos, embora de natureza diversa, mas analoga ¹.

A determinação rigorosa do character *excepcional* ou *especial* de qualquer lei é de summa importancia, como se infere do que fica dicto; pois d'ahi deriva a necessidade de a interpretar *restrictivamente* ou não.

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

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

Assim, por exemplo, do art. 1213.º do cod. civ., que determina alguns effeitos da separação de pessoas e bens relativamente ao conjugue, que lhe tiver dado causa, pode concluir-se, por argumento *a contrario*, que este conjugue não perde os bens que lhe tiverem sido por outrem dados, mas sem ser por consideração ao conjugue innocente, visto o character excepcional d'aquelle conceito.

§ 13.º — Leis de ordem publica e de interesse privado. *Dada a nitida connexão entre o interesse da comunidade e o interesse individual, não é facil deter-*

¹ BIANCHI, *Obv. cit.* 12.

minar com precisão as leis de interesse e ordem pública, e as de interesse privado ¹.

Dum modo geral, podemos considerar de ordem pública as disposições legais que, segundo as ideias admittidas num país em determinado momento, são consideradas como respeitando aos seus interesses essenciais; sendo de interesse privado todas as restantes ².

As primeiras subordinam inteiramente a vontade individual, sendo absolutamente nulos todos os actos praticados contra a sua disposição; ao passo que as leis de interesse privado podem ser derogadas por vontade dos cidadãos, de modo que a transgressão dos seus preceitos só produz a nullidade relativa dos actos respectivos, que pode sanar-se pelo consentimento dos interessados (cod. civ. art. 10.º, § unico).

A comprehensão da ordem pública varia de nação para nação, e dentro de cada país, de epocha para epocha; sendo, por isso, impossivel ficar em regras geraes o seu conteúdo, que está subordinado á variabilidade das ideias, sentimentos, costumes e outras circumstancias especiaes ou accidentaes de cada país e de cada momento, que o juiz deve tomar em consideração nos casos concretos sujeitos á sua decisão.

« O interesse geral, base da ordem pública, é coisa essencialmente variavel: não era hontem o que hoje é, escreve WEISS; sendo, por isso, util permittir aos juizes que modelem as suas decisões em harmonia com as circumstancias, com a marcha das ideias, e com o progresso ou alteração dos costumes ³.

Entre as leis de ordem pública de cada nação, algumas ha que só obrigam os nacionaes, e outras que são tambem applicaveis aos estrangeiros. Dahi a distincção correlativa entre preceitos de ordem pública interna, e preceitos de ordem pública internacional.

43 Fundamento e difficuldade da classificação.

O interesse social, que origina e justifica a restrição da liberdade individual por meio das leis, apresenta caracteres diferentes, conforme se refere a condições essenciais para a existencia e desenvolvimento do aggregado, ou somente áquellas que, sendo de maior ou menor utilidade, não revestem, todavia, o caracter de *necessidade*, que nas primeiras se verifica.

Nesta diversidade incontestavel das condições da vida social se baseia, logicamente, uma diferenciação correspondente entre as leis destinadas a garanti-las. As primeiras são indiscutivelmente *leis de interesse publico*, cuja transgressão affecta profundamente a vida social, impondo-se, portanto, a sua observancia constantemente aos cidadãos; as segundas, visando mais particularmente o interesse individual, as relações patrimoniaes dos homens entre si, destinam-se a orientar os interesses privados no sentido *geralmente* mais util aos cidadãos, cuja vontade procuram interpretar, supprindo a falta da sua manifestação expressa, e por isso se chamam *leis suppletivas*, ou *declarativas*, que somente obrigam quando os interessados não tenham manifestado validamente que outra era a sua vontade. São por isso, chamadas *leis de interesse privado*.

Assim, por exemplo, se um individuo se finar sem dispôr validamente de seus bens (art. 1968.º), são chamados a succeder-lhe, por sua ordem, as pessoas mencionadas no art. 1969.º do cod. civ. Esta disposição legal é claramente *suppletiva* ou *declarativa* da vontade do auctor da

¹ Conf. *Supra*, § 2.º

² Conf. o meu livro *Das relações civis internacionaes*, 21, p. 30.

³ WEISS, *Traité element. de droit internal, privé*, p. 249.

herança, que podia deixar de conformar-se com ella, dispondo de seus bens a favor d'outras pessoas, ou das mencionadas no artigo, mas por ordem diversa; e por isso o proprio auctor do codigo poude affirmar que a successão legitima se defere segundo a *vontade presumida do testador* ¹.

Não succede o mesmo com a *legitima* (art. 1784.º), porque a lei, prohibindo ao testador que disponha dos bens que a constituem, (§ un. do art. cit.) affirmou positivamente a sua vontade de reservar aos herdeiros legitimarios certa parte dos bens do auctor da herença, inspirando-se em principios considerados essenciaes para a conservação e desenvolvimento da nossa sociedade, em harmonia com as ideias moraes, tradições e costumes nacionaes ², e pela intima ligação da successão legitima com a organização da familia.

A *leis suppletivas* fundam-se na presumpção de que o silencio dos interessados significa o desejo de conformarem os seus actos com os principios mais consentaneos ao interesse geral dos cidadãos em condições identicas ás suas; e por isso o legislador, tomando em consideração os costumes, as tradições, as ideias economicas e moraes dominantes no momento, estabelece as regras que, no seu entender, melhor acautellam os interesses dos cidadãos nas suas reciprocas relações, e mais se harmonisam com os principios de justiça e utilidade social geralmente admittidos.

¹ Conf, *Supra*, 23, p. 67.

² Este facto mostra, ao mesmo tempo, como é variavel de povo para povo o conceito da *ordem publica*, pois n'outros paises se admite a completa liberdade de testar, v. gr. na Inglaterra. E', por isso, de grande importancia, e não pequena difficuldade, saber se o preceito da nossa lei, pertencendo á ordem publica interna, será tambem de *ordem publica internacional*, devendo, consequentemente, annullar-se nos tribunaes portuguezes as disposições testamentarias d'um inglêz, que offenderem a *legitima* dos ascendentes ou descendentes.

Nestas condições, as leis suppletivas, fundadas em criterios geraes, devem considerar-se em regra as mais convenientes ás relações juridicas que regulam; mas circunstancias especiaes e particulares, quer do lugar e do tempo em que o acto juridico se pratica, quer das pessoas a quem esse acto respeita, podem tornar aquellas leis inconvenientes em alguns casos, e prejudiciaes aos proprios interesses que se propõem garantir, e, por isso, o legislador deixa aos cidadãos a liberdade de se conformarem, ou não, com as suas disposições, devendo, nesta ultima hypothese, manifestar a sua vontade em contrario *no momento em que o acto ou relação juridica se forma*.

A manifestação d'essa vontade, em momento posterior, envolve ordinariamente uma renuncia de direito, ou uma nova relação juridica; porque a natureza e os effeitos dos actos e contractos reportam-se sempre ao momento da sua formação, e as declarações posteriores, contrárias ao direito suppletivo, vem consequentemente modificar o estado juridico anterior.

O direito privado, sendo especialmente destinado a tutelar o interesse privado dos cidadãos, tem na sua maior parte character suppletivo. Por isso, quando houver motivos para duvidar se uma dada lei é de interesse e ordem publica ou de interesse privado, deve considerar-se suppletiva, por ser esta a regra.

E estas duvidas são justificadas em muitos casos, e de solução difficil, por não haver um criterio seguro para determinar e classificar rigorosamente os preceitos de ordem publica e de interesse privado, sendo necessario averiguar qual tenha sido nas diversas instituições juridicas o pensamento do legislador, manifestado na forma porque redigiu as disposições legais e nos principios fundamentacs que adoptou.

Perante motivos de interesse publico a autonomia da

vontade individual, que é, modernamente, principio dominante no direito privado, não pode deixar de ceder; da mesma forma que o interesse privado cede sempre ao interesse público.

CAPITANT justifica nitidamente a existencia das leis de ordem publica no campo do direito privado pela seguinte forma: «em primeiro logar, escreve elle, o legislador deve evitar que a actividade do homem se exerça num sentido contrário ao interesse da collectividade; a liberdade do individuo só pode ser fecunda e util se tem fins conformes á ordem social. Em segundo logar, para que a liberdade individual seja efficaz, é necessario que o legislador compense, por medidas protectoras, as desigualdades existentes entre os homens, quer ellas provenham do estado physico, quer da situação economica dos individuos, afim de impedir que no commercio juridico os fracos estejam á mercê dos fortes ¹.

Na impossibilidade de classificar devidamente as leis de direito privado que interessam a ordem publica, limitam-se os escriptores, no geral, a fazer a enumeração *exemplificativa* das principaes.

PLANIOI. reduz todas essas leis a tres categorias: a) as que regulam o estado e capacidade dos individuos; b) as que organisam a propriedade, especialmente a immobiliaria; c) as que impõem ás partes certas prohibições ou medidas no interesse de terceiro; CAPITANT menciona mais: 1) as que regulam a organização da familia; 2) e as que obrigam o auctor d'um delicto a reparar o damno causado.

¹ Obr. cit. p. 36.

§ 14.º — Vigencia das leis. *As leis começam a vigorar no dia especialmente indicado pelo legislador; e na falta de indicação especial, a sua vigencia começa: em Lisboa e termo, tres dias depois da publicação no Diario do Governo; nas provincias, quinze dias depois da mesma publicação; e nas ilhas adjacentes, oito dias depois da chegada da primeira embarcação que conduzir a participação official da lei* (Lei de 9 de outubro de 1841).

No ultramar, a regra geral é que as leis começam a vigorar: na capital da provincia, tres dias depois da publicação no Boletim Official; e nas restantes terras, quinze dias depois.

As leis vigoram enquanto não forem revogadas, expressa ou tacitamente, ou suspensas, por outras leis; excepto quando o legislador lhes fixou préviamente um praso limitado de duração, porque, neste caso, a vigencia da lei termina quando aquelle praso expira.

Entre nós só muito excepcionalmente se tem marcado praso de duração ás leis.

44 Methodo synchronico e methodo successivo.
A presumpção legal de que os cidadãos conhecem as leis pela sua publicação só pode regularmente acceitar-se, desde que o jornal official tenha chegado aos logares, onde a observancia da mesma lei é exigida.

Por isso, na quasi totalidade das legislações se estabelece um periodo mais ou menos longo entre a publicação da lei e a sua vigencia (*vacatio legis*), afim de que os interessados possam realmente conhecer as suas disposições.

Dois systemas tem sido adoptados na fixação d'esse periodo de tempo: o systema ou methodo *successivo*, entre

nós preferido pela lei de 9 d'outubro de 1841, ainda em vigor, que consiste em designar momentos differentes para a vigencia da lei, marcando o praso minimo para a capital e logares proximos, e alargando-o *successivamente* para as restantes terras, conforme as distancias e os meios de communicação com o logar onde a publicação se fez.

D'este systema resultam, porem, algumas vezes, difficuldades graves, originadas no conflicto de direitos creados á sombra de leis diversas, visto que as relações juridicas podem estabelecer-se entre pessoas que residem em logares entre si muito distantes; e como, por esta forma, se pode tambem facilitar a violação dos principios em que a mesma lei assenta, indo a um logar, onde ella ainda não vigora, praticar actos por ella prohibidos, tem-se proposto em substituição d'aquelle o methodo *synchronico* ou *instantaneo*, segundo o qual a vigencia da lei começa *ao mesmo tempo* em todo o país.

Este nos parece ser o melhor systema; devendo, em regra, fixar-se um praso curto para a vigencia das leis, porque a facilidade das communicações, e a grande e rapida circulação da imprensa diaria da capital, que ordinariamente publica o seu texto, ou, pelo menos, um resumo desenvolvido dos seus preceitos, tornam as leis conhecidas logo que são publicadas no *Diario do Governo*, e até, muitas vezes, antes d'essa publicação.

Excepcionalmente, porem, podem e devem estas regras geraes ser alteradas pelo legislador, já diminuindo o praso ordinario, quando se tratar de leis urgentes, já alargando-o, quando a lei fôr de grande importancia e muito extensa, afim de poderem estudar-se devidamente os seus preceitos.

O direito portuguez offerece muitos exemplos destas excepções á disposição geral da citada lei de 9 de outubro de 1841, começando algumas leis a vigorar no proprio dia

da sua publicação, e outras em periodos mais ou menos afastados, mas differentes dos estabelecidos naquella lei.

Entre as primeiras podemos citar a lei de 18 de setembro de 1908, que no art. 22.º prohibe a plantação de novas vinhas *depois da sua publicação*; ao numero das segundas pertencem: o nosso codigo civil, que só começou a vigorar seis meses depois da sua publicação; o codigo de processo civil, o codigo commercial, etc.

Quanto á maneira de indicar o dia em que a lei começa a vigorar, tambem se não tem seguido uma regra uniforme; pois umas vezes se indica precisamente esse dia na propria lei ¹, outras se marca o praso do tempo que deve mediar entre a publicação da lei e a sua vigencia ². A primeira forma é preferivel, porque não admite divergencias nem duvidas, que na contagem do tempo por vezes se originam; mas quando o legislador adopta o segundo systema, devem ter-se presentes estas duas regras: a) o dia em que a lei é publicada, não se conta naquelle praso; b) se a lei fôr publicada em dois ou mais numeros do *Diario*, ou se a publicação se repetir, por ter sahido errada a primeira publicação, o praso começa a contar-se desde a ultima publicação.

¹ Exemplos: a lei de 28 de junho de 1888 determinou, no art. 2.º, que o *Codigo Commercial* começaria a vigorar no dia 1.º de janeiro de 1889; e o *decreto dictatorial* de 24 de janeiro de 1885, que no art. 2.º preceituava que o *codigo de processo commercial*, por elle approvedo, entraria em vigor no dia 1 de julho do mesmo anno.

² Exemplos: a lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo civil determinou no art. 2.º que as disposições do mesmo codigo começariam a vigorar seis meses depois da sua publicação; a lei de 8 de novembro de 1876, que approvou o cod. de proc. civ., dispôs no art. 2.º que o mesmo codigo entraria em vigor seis meses depois da sua publicação; o decreto dictatorial de 29 de março de 1890, que regulou o direito de expressão do pensamento por meio da imprensa, determinava que a sua vigencia começaria: 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; etc.

45 Termo da força obrigatória das leis.

O § 6.º do art. 15.º da Carta constitucional decláram que é attribuição das côrtes fazer as leis, interpretá-las, *suspendê-las e revogá-las* ¹.

Recogar numa lei é tirar a força obrigatória aos seus preceitos, por uma forma definitiva; *suspendê-la*, é dispensar da sua observancia por algum tempo. A revogação destrói a lei; a suspensão paralysa apenas temporariamente a sua acção.

A *suspensão* das leis, entre nós, só muito excepcionalmente se tem dado. Temos exemplo d'esta suspensão no decreto de 17 de março de 1887, que prorogando o praso d'um anno, fixado no § un. do art. 1023.º do cod. civ. para o registo dos onus reaes constituídos anteriormente ao cod. civ., *até que legal e definitivamente se proveja a tal respeito*, suspendeu de facto a execução d'aquelle preceito da lei.

A *revogação*, quanto á sua fôrma, pode ser *expressa* ou *tacita*: a primeira dá-se quando o legislador decláram formalmente sem vigor uma lei anterior, v. g. a que se contém no art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que approvou o cod. civ.; *revogação tacita* é a que resulta logicamente da incompatibilidade entre os preceitos da lei nova com os de leis anteriores.

¹ Esta fórmula da Carta constitucional exprime apenas a *regra geral*: pois *excepcionalmente* pode a suspensão e a revogação das leis resultár de *decretos do poder executivo*, quando este exerce a função legislativa. Os *decretos regulamentares* é que nunca podem suspender ou revogar as leis, como dissemos já (Conf., Supra, 32). O principio geral é que só pode revogar as leis a mesma auctoridade que as pode fazer, ou quem tiver auctoridade superior a esta. Assim, as côrtes ordinárias não podem revogar leis constitucionaes. A *suspensão* das leis, em casos excepcionaes, pode, no entanto ser ordenada por auctoridade inferior, nos casos em que a lei o permitta; é o que succede, por exemplo, com a *declaração parlamentar*, nos termos da carta const., em que as côrtes ordinárias podem *suspender* temporariamente as garantias individuaes dos cidadãos, que constituem materia constitucional.

Esta funda-se simultaneamente em dois principios: *a*) na impossibilidade de coexistirem dois preceitos entre si contradictorios como normas reguladoras da actividade social do homem; *b*) e na presumpção de que a ultima vontade do legislador é a que melhor traduz a satisfação das necessidades sociaes. E podemos ainda acrescentar, como rasão suprema, que o facto do legislador estabelecer uma lei incompativel com o direito existente, envolve fundamentalmente duas manifestações da sua vontade: a de que se cumpra a nova lei, e, consequentemente, a de que deixe de vigorar a lei antiga, com ella incompativel.

A fórmula usual da revogação das leis no direito português é a seguinte: *fica revogada a legislação em contrario*; fórmula indubitavelmente inutil, porque não especificando as leis anteriores revogadas, só pode referir-se ás leis que forem incompativeis com o novo direito, entrando, por isso, na categoria da *revogação tacita*, embora a sua fórmula seja *expressa*.

Na determinação da incompatibilidade da lei nova com a lei velha deve proceder-se, no entanto, com muita cautella e prudencia, tomando em consideração não só as disposições correspondentes de ambas as leis, mas a propria natureza ou especie d'estas.

Assim acontece que, no pensar da maioria dos escriptores, *a lei especial deroga sempre a lei geral no caso ou casos sobre que provê*, « porque os motivos particulares em que se baseia a lei especial excluem sempre os geraes em que se fundam as disposições da lei anterior », segundo afirma o sr. DR. GUILHERME MOREIRA ¹. Mas, em rigor,

¹ *Obv. cit.* p. 21.

não pode fazer-se esta afirmação, desde que se admitta que o *objecto da lei especial é diverso do objecto da lei geral*, como anteriormente dissemos¹, não podendo, por isso, haver incompatibilidade entre ellas; embora seja também certo que a *lei especial* subtraindo ao domínio da *lei geral* certas matérias que por esta seriam regidas se aquella não existisse, limita naturalmente a extensão da lei geral, o que, em certo modo, corresponde a uma revogação parcial dos seus preceitos.

Neste sentido somente, a regra enunciada é verdadeira, porque a lei especial não pode existir sem aquella limitação da lei geral; esta, porem, continúa a subsistir ao lado da lei especial, em todos os seus preceitos, mas com menor extensão objectiva. Não pode, consequentemente, dizer-se *revogada*, no sentido que geralmente se attribue a esta palavra.

Quanto aos *effeitos da lei geral sobre as leis especiaes anteriores*, idênticas razões se podem adduzir para affirmar que, em regra, aquella não revoga estas, em vista da diversidade dos seus respectivos objectos; o que, todavia, não obsta a que o legislador possa effectivamente fazê-lo, já por meio de revogação expressa, já regulando por diverso modo casos particularmente prevenidos na lei especial ou estabelecendo novos principios de direito incompatíveis com aquelles em que se baseava a legislação especial anterior².

Estas regras, porem, longe de contrariarem o principio fundamental da *revogação tacita*, são antes applicações d'esse mesmo principio em casos particulares; pois o que se trata de saber, nestes confrontos da lei geral com a

¹ Supra, 39 e 42.

² Dr. G. MOREIRA, *obr. e log. cit.*

especial, é se realmente existe incompatibilidade entre os *preceitos da lei nova e os da lei anterior*, ou seja, por outras palavras, se a nova lei, *geral* ou *especial*, comprehende casos regulados por outras leis anteriores *especiaes* ou *geraes*, respectivamente. E como as duas especies de leis tem diverso objecto, pode affirmar-se, em principio, que *nem a lei geral revoga a especial, nem a especial a geral*, salvo nos casos em que o legislador manifesta intenção contrária, por não se dar entre ellas incompatibilidade; mas tendo a lei especial por necessario effeito subtrair à lei geral matérias, que esta teria de reger se aquella não existisse, pode neste sentido affirmar-se que *a lei especial revoga sempre a geral*, restringindo o campo da sua applicação; ao passo que *a lei geral só revoga a especial quando de novo subtrai alguns casos aos dominios d'ella*, restringindo igualmente o campo da sua applicação, o que aliás, nunca se presume.

As duas especies de leis opéram, consequentemente, uma em relação á outra, por modo analogo; e somente differem, substancialmente, sob este ponto de vista, em que a lei especial importa *sempre* uma restricção objectiva da lei geral, ao passo que esta *só excepcionalmente* affecta o objecto d'aquella.

D'ahi resulta o poder affirmar-se que *a lei especial prevalece sobre a lei geral*, mas não que esta seja por *aquella revogada*, a não se dar a esta expressão o sentido particular que acima indicámos, o qual, todavia, se não compadece, em rigor, com o significado juridico da *palavra revogação*.

Os limites da revogação tacita são logicamente determinados pela incompatibilidade, que a determina; mas se a revogação attinge uma disposição principal, esta arrasta na sua queda todas as disposições legaes

que eram consequencia d'ella, ou suas meras dependencias ¹.

46 O desuso da lei, e a cessação dos seus motivos. Dizendo que a lei só pode ser revogada por outra lei, negámos implicitamente que d'outras causas possa resultar a revogação entre nós; o que importa uma solução negativa ás duas questões que os escriptores geralmente ventilam a este respeito; quaes são: *a) a de saber se a lei pode ser revogada pelo desuso, ou por um uso contrario á mesma lei; b) e se a disposição da lei deve cessar, quando cessam os motivos que determinaram o seu apparecimento.*

Quanto á primeira, já anteriormente demonstrámos que a função moderna do costume no direito português é meramente interpretativa da vontade das partes, não podendo crear direito, nem revoga-lo (cod. civ. art. 9.º); quanto á segunda, como a força da lei deriva da vontade do legislador, e não das razões em que este se funda, é evidente que ella só pode ser derogada pela manifestação d'uma vontade contrária.

Não deve, porem, confundir-se a *vigencia das leis* com a sua *applicação*; pois esta depende por vezes de circumstancias, cuja não existencia torna *de facto* inertes os preceitos legaes, mas não affecta em cousa alguma a sua força. Assim, por exemplo, as leis reguladores da pesca ou da navegação em certa lagôa ou corrente de agua deixarão de applicar-se se a lagôa ou rio seccarem; mas a lei continúa em vigor, e os seus preceitos terão de ser observados logo que se modifiquem as circumstancias naturaes que paralisáram a sua acção.

¹ PLANIOL, *obr. cit.* 228.

47 Vigencia das leis revogatorias e suspensivas. A *suspensão* e a *revogação* produzem os seus effeitos desde o dia fixado pelo legislador; e quando este o não indica, tem de observar-se as regras geraes, que acima expozemos, sobre o começo da vigencia das leis, visto que a suspensão e a revogação só por lei podem ter logar, e os principios a tal respeito estabelecidos applicam-se a todas as leis, qualquer que seja o seu objecto e o seu fim.

Até ao momento em que as leis suspensivas ou revogatorias d'outras começam a vigorar, continuam estas em pleno vigor; mas desde essa data perde a lei suspensa ou revogada a sua força obrigatoria, não podendo applicar-se ás relações juridicas *que forem iniciadas posteriormente*, continuando, todavia, a reger em certos casos os effeitos de actos iniciados no periodo da sua vigencia, como teremos occasião de verificar a proposito das theorias sobre a *não retroactividade* das leis.

As leis revogatorias conteem ordinariamente regras novas, que veem substituir o direito revogado; mas podem tambem conter apenas a sua revogação pura e simples, ficando desde então em vigor a lei que vigorava quando a revogada começou por sua vez a vigorar.

Com as leis suspensivas d'outras leis pode succeder o mesmo, especialmente quando a suspensão é por tempo limitado; mas ordinariamente estas leis não conteem direito novo, mesmo de caracter transitorio. Se o legislador entender, por exemplo, que deve *suspender* por algum tempo em determinadas regiões do país, a lei que manda pagar a contribuição predial em certos meses do anno, em vista dos prejuizos consideraveis causados pelo *phyloxera* ou por outra razão attendivel, pode ordenar ao mesmo tempo que fiquem sem effeito os processos de execução fiscal já iniciados, e respeitantes a essas contribuições.

48 Leis simultaneas e successivas.

Em tudo o que fica dicto sobre a revogação das leis, temos supposto sempre que a lei revogada se achava em vigor ao tempo em que foi publicada ou começou vigorando a nova lei.

Mas como a lei fica perfeita antes de publicada, e não ha praso estabelecido para que o poder executivo lhe dê publicidade, pode acontecer que o legislador mude de vontade neste entrementes, e queira revogar total ou parcialmente aquella lei, antes de entrar em vigor.

Com os decretos do poder executivo a questão nenhuma importancia tem, porque pode o governo fazer novo decreto, sem referencia alguma ao primeiro, substituindo as suas disposições, submettendo-o novamente á assignatura do chefe de Estado, e publicando-o depois. Mas tratando-se de leis votadas em côrtes, e que estas queiram modificar, deverá fazer-se nova lei, com ou sem referencia á primeira, ainda não publicada, ou votar apenas as alterações necessarias para serem nella introduzidas antes da sua publicação?

A meu ver as côrtes devem fazer uma nova lei, sem referencia ao anterior *decreto das côrtes geraes*, porque não sendo conhecida a sanção real senão pela publicação no *Diário*, e tendo o Rei o direito de lh'a negar, não podem as camaras fazer referencia a factos, que ignoram.

Mas não me parece duvidoso que lhes assiste o direito de declararem sem effeito o seu anterior decreto, por novo decreto das côrtes geraes, ficando ao chefe do Estado o direito de o sancionar, ou não.

Em todo o caso o que se me affigüra contrario ao processo legislativo estabelecido no direito constitucional português é introduzir no primeiro decreto das côrtes geraes as alterações estabelecidas no segundo; o Rei, querendo, deve sanciona-los ambos, nos seus precisos termos, e o governo publica-los depois conjuncta ou separa-

damente; ou negar El-Rei sanção ao primeiro, que assim ficará sem effeito, concedendo-a apenas ao segundo.

Supponhâmos, porem, que são publicadas simultaneamente duas leis, entre si contradictorias.

Qual d'ellas deverá prevalecer?

Fixemos as diversas hypotheses que podem dar-se.

a) *as leis teem diversas datas, e começam a vigorar em dias diversos:*

Neste caso parece que deveríamos attender ao momento em que vigoram, porque no intervallo entre a vigencia da primeira e da segunda, nada obsta á applicação d'aquella, surgindo o conflicto somente quando a segunda entra em vigor. Mas como o principio fundamental sobre a revogação tacita das leis é que *a vontade posterior do legislador prevalece sobre a sua vontade anterior*, o conflicto deve, todavia, resolver-se a favor da lei com data mais recente, quando se reconheça que essa foi a vontade do legislador.

O mesmo principio se applica quando *leis de diversas datas vigoram ao mesmo tempo*.

b) *as leis teem a mesma data:*

Temos ainda que distinguir: 1) *se não começam a vigorar ao mesmo tempo*, podemos resolver a questão considerando a primeira em vigor até ao dia em que começa a vigencia da segunda, que revoga aquella, por ser *posterior* a ella como regra *obrigatoria*. Entra assim nos principios geraes, embora um pouco forçadamente, e por falta d'outra solução, visto não ser possível determinar por outra forma a vontade mais recente do legislador; 2) *se começam a vigorar ao mesmo tempo*, consideramos o problema insolúvel, salvo se pelo estudo de elementos extrinsecos á lei fôr possível averiguar qual fosse a vontade do legislador.

O effeito pratico de factos d'esta natureza é annullar-se uma d'aquellas disposições, a que menos conforme pareça ao espirito da lei, ou cuja applicação produza resultados menos equitativos.

E' o que succede ordinariamente com os codigos, onde, por vezes, se encontram disposições contradictorias, que não é possível harmonisar.

Do que fica exposto podemos concluir que em materia de revogação das leis, se consideram *posteriores* as que tem data mais recente; e em relação ás que tenham a mesma data, são *posteriores* as que mais tarde começam a vigorar.

Começando a vigorar simultaneamente leis com data egual, não podem applicar-se os principios expostos sobre a revogação tacita das leis, sendo os conflictos insolúveis, a não ser que por elementos extrinsecos á lei se possa averiguar a vontade do legislador. Deve, nesta ultima hypothese, applicar-se aquelle preceito, cujos resultados sejam mais equitativos e conformes ás tradições e ideias moraes da epocha.

§ 15.º—Direito transitorio ou intertemporal.

Os factos e relações sociaes, que as leis tem por função regular, offerece caracter diverso em relação ao tempo da sua duração; pois ao passo que algumas se realisam integralmente num só momento, outras se desenvolvem por tempo mais ou menos largo até completa realisação. A venda a prompto pagamento, com transferencia e entrega immediata da coisa vendida, pertence ao numero das primeiras, que podemos designar por instantaneas ou simples; o arrendamento, o emprestimo, a emphyteuse, estabelecendo relações espe-

ciaes entre os contractantes, que só podem realisar-se integralmente em momentos diversos e successivos, pertencem á segunda categoria, a qual poderá designar-se por factos ou relações juridicas compostas ou complexas.

Por isso, quando a ordem juridica estabelecida pela lei antiga é substituida pela nova ordem juridica resultante da lei revogatoria, os factos e relações juridicas complexas, iniciadas no dominio da lei revogada, mas ainda não realisados completamente, encontram-se simultaneamente em relação com as duas leis, pois nenhuma d'ellas as pode abranger integralmente: a primeira porque deixou de vigorar antes da sua completa realisação; e a segunda, porque a sua vigencia começou quando aquellas relações já estavam iniciadas.

Dahi a necessidade de submeter estes factos ou relações juridicas, chamados transitorios ou intertemporaes, a normas particulares de direito, que constituem o direito transitorio, ou, segundo uma designação moderna, direito intertemporal, pelo qual se amplia ou restringe a applicação das leis referidas a factos que rigorosamente se não comprehendiam nos seus preceitos, ou se estabelecem regras novas e transitorias, que directamente as regulam, independentemente d'aquellas leis.

Quando os factos transitorios não são regulados especialmente pelo legislador, por alguma das fórmulas indicadas, applica-se a regra geral, entre nós formulada na Carta constitucional e no codigo civil, e conhecida tradicionalmente pelo nome de não-retroactividade das leis, cuja analyse e applicação offerece não pequenas difficuldades.

49 Indicação do problema.

O primeiro e fundamental effeito das leis é subordinar aos seus preceitos, desde o momento em que a sua vigencia começa, todos os factos ou manifestações da actividade humana, que nas mesmas leis se possam integrar.

D'aqui resulta que, em regra, não podem as leis reger factos anteriores á sua vigencia, nem os posteriores á sua revogação; porque a lei só tem força obrigatoria no tempo que decorre entre estes dois momentos.

As leis só dispõem para o futuro, diz, com razão, o art. 2.º do cod. civ. francês; mas importa verificar se *todos os factos futuros*, embora de natureza identica aos que a lei se propõe regular, devem ficar sujeitos á sua disposição.

Esse é o problema fundamental, que na doutrina do *direito transitorio ou intertemporal* se procura resolver, quando o legislador o não faz expressamente.

50 Factos e relações jurídicas intertemporales.

Para desembaraçar a questão de elementos que não pôdem influir no seu estudo, e determinar melhor o campo onde as difficuldades se apresentam, convem examinar desde já, summariamente, as modalidades que a ordem juridica apresenta no momento da transição para o dominio da lei nova.

Essas modalidades são tres; a saber:

- a) *factos iniciados e realizados integralmente ao tempo em que a nova lei começa a vigorar:*

Com estes nada tem a nova lei, pelo principio exposto de que *as leis só dispõem para o futuro*. E' o interesse geral que assim o exige, pois não pode admittir-se socie-

dade bem organizada onde os cidadãos permaneçam constantemente na incerteza sobre a permanencia e efficacia dos seus actos, e sujeitos a verem mudar a sua situação e a sua fortuna somente porque a legislação mudou.

«E' preciso dar segurança ás transações, diz um escriptor; ora estas nenhuma segurança teriam se as leis podessem retroagir, pois os direitos, que eu hoje adquirisse conformando-me com as disposições da lei existente, poderiam ser-me tirados amanhã por outra lei, com a qual eu não devia contar, por me ser impossível prevê-la».

Assim, por exemplo, se PEDRO arrendou a PAULO o seu predio, pelo tempo de um anno e por certa renda, dando este o predio despejado no fim do arrendamento e pagando o que devia, nos termos da lei em vigor, não pode a nova lei influir sobre aquelles factos, anteriores á sua vigencia. As relações jurídicas resultantes do referido contracto nenhuma ligação teem, ou podem ter com a nova lei.

O problema do *direito transitorio ou intertemporal* é, consequentemente, alheio a estas questões.

- b) *factos iniciados depois de vigorar a nova lei:*

Com estes nada tem, manifestamente, a lei antiga, que pela revogação perdeu a sua força obrigatoria.

E' a lei nova, e só esta, que tem de reger as relações jurídicas assim nascidas sob o dominio exclusivo dos seus preceitos.

- c) *factos iniciados antes de vigorar a nova lei, mas que só podem realizar-se integralmente depois da vigencia d'esta lei:*

Os factos d'esta categoria encontraram-se simultaneamente em relação immediata com as duas leis: com a

revogada, pelos elementos da relação jurídica realizados *no tempo* em que essa lei vigorava; e com a nova lei, pelos elementos que terão de realizar-se *no tempo* futuro, em que só esta lei vigora ¹.

A íntima conexão entre todos os elementos do mesmo facto, e a repercussão que a nova regulamentação dos segundos pôde ter sobre os primeiros, origina o problema em discussão.

No geral, costuma o legislador estabelecer preceitos especiaes para resolver a difficuldade, já mandando que a lei antiga continue a reger os elementos futuros do acto; já mandando-lhes applicar a nova lei; já, finalmente, estabelecendo um regimen mixto, com applicação simultanea das duas leis, em medida variavel e definida, ou creando uma nova regulamentação para essas relações transitorias, diversa da contida nas duas leis.

E' bem de ver que, ao estabelecer por qualquer d'estas fórmias o direito transitorio, não deve o legislador proceder arbitrariamente; antes lhe cumpre estudar as proprias relações jurídicas, escolhendo o regimen que melhor se adaptar á sua especial natureza.

Quando, porém, o legislador guarda silencio a tal respeito, os factos *intertemporaes* só podem ser regidos por

¹ Como estes factos contem elementos ou momentos de tempo differentes, isto é, do tempo da antiga e da nova ordem jurídica, alguns juriconsultos adoptaram para elles a designação de *factos intertemporaes*, á semelhança do que succede com os factos que interessam a duas nacionalidades, os quaes na technologia jurídica universal são chamados *factos internacionaes*.

D'ahi a denominação de *direito intertemporal* para as regras que regem os primeiros, correspondendo ao *direito internacional*, que rege os segundos.

Foi AFFOLTER, professor da Universidade de Heidelberg, que inventou a denominação de *direito intertemporal*, adoptada depois pelo professor da Universidade de Sofia M. POPOVILY (*Rev. trimestr. de droit cie.* VII 3 (1908) pag. 466, not.), e que nos parece acceptavel.

Na legislação portugueza, e na maior parte dos escriptores, usa-se da expressão *direito transitorio*, ou *disposições transitorias*, do latim *transire*, porque essas normas suppleem a passagem d'uma ordem jurídica para outra.

uma das duas leis, com as quaes se acham em relação, ou por ambas ellas, em momentos ou sob aspectos diversos.

Mas como e por qual d'ellas?

Tem o juiz que determina-lo pela regra geral do art. 8.º do cod. civ., onde se consigna o principio fundamental da não-retroactividade das leis, que nos cumpre examinar.

§ 16.º — Retroactividade e não retroactividade das leis. *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 (cod. civ. art. 8.º).*

A theoria da não-retroactividade das leis ainda não foi clara e definitivamente constituida, accentuando-se na doutrina profundas divergencias a seu respeito; de modo que não pode com segurança dizer-se em que consiste a retroactividade da lei, porque é diverso o conceito que os escriptores lhe attribuem segundo a sua orientação particular.

Não obstante isso, em quasi todas, se não em todas as nações civilisadas, as leis consignam um principio fundamentalmente igual ao que entre nós vigora, embora seja differente o aspecto sob o qual se acha encarado; pois ao passo que alguns codigos, como o francez e o italiano, formulam a regra d'uma maneira objectiva, isto é, sob o ponto de vista do effeito geral da lei, outros, como o austriaco, encáram-na sob o ponto de vista subjetivo, isto é, determinando as consequencias da lei sobre os direitos individuaes, declarando que a nova lei não tem influencia alguma sobre os direitos adquiridos ¹.

¹ Conf. *cod. civ. fr.*, art. 2.º; *cod. civ. ital.*, disp. prel., art. 2.º; *cod. austriaco*, § 5.

51 Theorias subjectivas.

Nas *theorias subjectivas* sobre a retroactividade da lei, esta consiste precisamente na offensa dos *direitos adquiridos*; de modo que todo o esforço dos juristas, que adoptaram esta orientação, tende precisamente a encontrar uma definição satisfatória de taes direitos.

Partindo do presupposto que a lei nova, inspirada ou determinada pelas necessidades sociaes do momento, é sempre mais perfeita e melhor do que a anterior, os escriptores d'esta escola affirmam o principio de que as leis novas devem, em regra, applicar-se a todos os factos posteriores á sua vigencia, porque os interesses sociaes reclamam que ellas sejam immediatamente observadas para darem satisfação áquellas necessidades; e só excepcionalmente deixarão de o ser, quando da sua applicação resultar offensa de *direitos adquiridos*.

Em que consistem, porém, esses *direitos adquiridos*?

Eis a questão.

POROVILIEV indicando summariamente a orientação da *doutrina subjectiva*, classifica em tres grupos as diversas noções apresentadas, correspondentes aos tres sistemas theoricos, que a mesma doutrina abrange.

«Na doutrina subjectiva, escreve elle, tudo se reduz á definição do *direito adquirido*, que tem posto á prova os mestres mais auctorisados.

«Pode considerar-se *direito adquirido* *aquelle que nos pertence d'uma maneira definitiva, e que não pode ser-nos tirado*; o character distinctivo do direito adquirido seria, neste caso, *o laço entre o direito e o sujeito do direito*.

«Mas tambem é natural que se entenda por *direito adquirido* *aquelle que pertence a uma pessoa determinada, em opposição á faculdade juridica que o direito objectivo reco-*

nhece a toda a gente, ou a uma classe de pessoas; neste caso a base da distincção encontrar-se-hia no conteúdo da prerogativa.

«Enfim, se *alguem realiza um acto para adquirir um direito*, não deveria o legislador respeitar o direito assim adquirido? O direito adquirido seria então caracterizado *pelo modo por que foi adquirido*, e o principal papel pertenceria ao *facto gerador do direito* ¹.»

Na sua fôrma actual, e mais perfeita, a doutrina subjectiva sobre a não retroactividade da lei pode enunciar-se assim: *a lei nova não pode offender os direitos adquiridos, que são todos os direitos subjectivos*; mas este principio geral soffre diversas excepções, determinadas por motivos de ordem pública ou interesse social.

Na larga historia da sua evolução notam-se, porem, modalidades diversas, nas quaes se patenteia a propria difficuldade do problema, e se abre caminho ás *doutrinas objectivas*, que procuram determinar, «não os effeitos da lei nova sobre a situação juridica das pessoas cujas relações regula, mas os effeitos da lei em geral, ou seja a sua acção sobre os factos que por virtude d'ella produzem consequências juridicas:

Assim, a *doutrina classica* sobre a não retroactividade da lei, construida por MERLIN ², e a que BLONDEAU ³ deu uma fôrma mais precisa, considera *direitos adquiridos aquelles que entráram no nosso dominio, que d'elle fazem parte, e que não podem ser-nos tirados nem pela pessoa de quem os obtivemos, nem por um terceiro*. São os direitos irrevogaveis, cujo exercicio depende exclusivamente d'aquelle a quem

¹ Rev. cit. pag. 480 e 481.

² Repertoire de jurisprudence, vb. Effet rétroactif.

³ Dissertation sur l'effet rétroactif des lois.

pertencem. Oppõem-se ás *simples expectativas* ou *esperanças* de direitos, que são as vantagens que nós ainda não possuímos, e cujo exercício não depende exclusivamente de nós próprios, mas também da vontade d'outra pessoa.

Muitos escriptores francezes e belgas adoptaram fundamentalmente este sistema, que alguns procuraram aperfeiçoar.

Entre elles, LAURENT ¹, que adoptando a noção tradicional de direitos adquiridos, julga dever oppôr-lhe, não as *simples esperanças* ou *expectativas*, que não podem considerar-se verdadeiros direitos, mas o *simples interesse*; no que foi seguido por HUC ², o qual, a exemplo de BAUDRY LACANTINERIE ³, considera inutil o emprego da palavra *adquirido*, que pode ser, portanto, suprimida sem inconveniente algum na formula *direitos adquiridos*, pois indica somente que o direito é garantido por uma acção ou por uma excepção e que existia já quando a nova lei começou a vigorar.

O principio da não retroactividade, segundo estes escriptores, pode consequentemente, enunciar-se assim: *a lei pode offender os simples interesses, mas não os direitos*.

Por exemplo: o *direito de credito*, resultante d'um contracto, não pode ser attingido pela nova lei, porque é um *direito adquirido*, ou, mais simplesmente, um *direito patrimonial*; a faculdade legal dos filhos succederem a seus paes, estabelecida na lei antiga, pode ser attingida pela nova lei, *porque não é um direito*, mas uma *simples esperança* ou *interesse*.

O *facto gerador do direito*, qualquer que elle seja, não

entra, pois, neste criterio; é cousa indifferente para a determinação do *direito adquirido* ou da *simples esperança* ou *interesse*.

Não o entendem, porém, assim DEMOLOMBE ¹, que fez expressa referencia ao facto em que o direito se origina, considerando *direitos adquiridos* as *consequencias de factos realizados sob o imperio da lei antiga*; sendo a sua doutrina perfilhada por muitos auctores, e apoiada geralmente pela jurisprudencia franceza.

LASSALE, ampliando o conceito de TRENDLENBURG, que considerava *direitos adquiridos* os que entram no *património individual por meio de contracto*, afirma que a nova lei deve respeitar *todos os direitos que resultam de actos humanos livremente realizados*; de modo que a lei só terá effeito retroactivo *quando attingir direitos cuja acquisição depende da vontade individual*, mas não quando affecta direitos, que não dependem de actos da nossa vontade, podendo, consequentemente, em relação a estes, modificar ou extinguir os effeitos que deveriam produzir se continuasse em vigor a lei revogada.

Alguns auctores recentes, desenvolvendo o conceito fundamental d'esta doutrina, como STOBBE e MARTITZ, sobre os passos de WIPERMANN, alargaram ainda mais o circulo dos factos, que podem originar direitos adquiridos, tomando em consideração *todos os factos do homem, que, segundo o direito objectivo, podem dar origem a um direito subjectivo*. Segundo este criterio, aos *direitos adquiridos* oppõem-se, não os *interesses* ou *esperanças*, mas os direitos que proveem da lei, sem facto do homem.

¹ *Principes de droit civil*, n.º 195, pag. 261.

² *Commentaire du code civil*, t. I, p. 67.

³ *Precis de droit civil*, I, p. 29.

¹ *Cours de Code Napoléon*, I, n.º 40, p. 45.

GABBA ¹ levou ainda mais longe o conceito de direitos adquiridos. Partindo do principio de que todo o direito provém d'um facto — *jus oritur ex facto* — considera *direito adquirido* todo o direito concreto, que faz parte do nosso patrimonio, e que é consequencia d'um facto capaz de o gerar segundo a lei do tempo em que teve lugar.

Segundo a definição que este escriptor apresenta e que foi adoptada tambem por MAZZONI e LOMONACO, é *direito adquirido todo o direito que é consequencia d'um facto idoneo para produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o facto foi realizado, embora a occasião de o exercer se não tenha apresentado antes da vigencia da nova lei, e que nos termos da lei sob a qual o facto, que lhe deu origem, se realisou, desde logo o começou a fazer parte do patrimonio de quem o adquiriu.*

Com este criterio de GABBA, que aliás CHIRONI ² vae integrar na definição classica de MERLIN, tendo ainda o defeito de ser mais confuso, chegou, todavia a substituir-se a primitiva opposição do *direito* á *simples esperança* ou *interesse*, por um conceito diverso, tomando-se em consideração o conteúdo da prerogativa juridica, que deve ser um *direito* e não uma *simples faculdade legal*.

E assim, a lei terá effeito retroactivo quando offender *direitos subjectivos*; mas não é retroactiva quando modifica ou supprime as *simples faculdades legales*.

Tal é, substancialmente, na sua ultima fôrma, o principio fundamental da doutrina subjectiva sobre a não retroactividade da lei, o qual, soffre, todavia, diverssas excepções, já relativamente aos direitos pessoaes, já a respeito das leis de interesse e ordem publica, já pelo que se refere á extincção de certos institutos juridicos, etc.

¹ Teoria della retroattività delle leggi.

² Della non retroattività della legge, p. 53.

52 Theorias objectivas.

As theorias subjectivas sobre a não retroactividade das leis, apoiando-se essencialmente sobre a noção de *direitos adquiridos*, não podiam eximir-se a criticas severas, desde que os seus defensores se mostram impotentes para definir com precisão aquelles direitos; e por isso VAREILLES-SOMMIERES, no estudo notavel que a seu respeito publicou, poude audaciosamente desafiar os mais subteis juriconsultos a darem definições satisfatorias de *direitos adquiridos* e de *simples esperanças* ou *interesses* ¹.

Por isso não é de admirar que os escriptores procurassem novas bases para a solução necessaria do problema.

D'ahi as *theorias objectivas*, que sem consideração pelas consequencias do facto em relação ás pessoas que os praticaram, attendem exclusivamente a este, ao momento em que foi praticado, para determinarem a lei reguladora das relações juridicas que nelle se originam, affirmando que, em principio, todo o facto juridico é regido pela lei sob o imperio da qual foi realizado, seja qual for a epocha em que venham a realisar-se as suas consequencias.

Um dos principaes representantes d'esta escola é CHIRONI, que numa brochura especial expõe largamente a doutrina da não retroactividade da lei, desenvolvendo e sustentando a sua nova theoria, que podemos chamar dos *factos realísados ou consumados* ².

Partindo do principio de que a lei não pode reger qualquer relação de direito antes de entrar em vigor, porque só então adquire força obrigatoria, conclue d'ahi que a nova lei não pode modificar os effeitos que a lei previgente attribua aos factos realísados sob o seu imperio. Succedendo á lei anterior, a sua força obrigatoria

¹ Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, 1893.

² Della non retroattività della legge in materia civile.

deixa completamente intacta a materia sobre a qual esta lei exerce a sua acção; de modo que a não retroactividade da lei está intimamente relacionada com a sua força obrigatória, da qual immediatamente resulta.

VAREILLES SOMMIÈRES, no estudo a que já fizemos referencia, sustenta que *a lei só é retroactiva* quando apaga no passado os effeitos já produzidos d'um acto ou d'um facto anterior, ou quando suprime ou modifica para o futuro um dos nossos direitos em razão d'um facto passado, v. g. por que elle foi adquirido no passado por certo modo, ou em determinadas circumstancias, ou porque o possuidor do direito praticou no passado tal ou tal acto.

Ao contrario, a lei não é retroactiva quando suprime ou modifica para o futuro um dos nossos direitos, não por causa d'um facto passado, mas por causa do proprio direito considerado em si mesmo, dos inconvenientes que elle offereceria para o futuro, ou em razão do nosso estado actual, da nossa idade actual, etc. Nestes casos a lei não attinge factos passados; apenas visa o direito como elle é actualmente, ou como elle deve ser para o futuro, ou o estado actual das pessoas, cuja condição juridica modifica.

Por esta forma submette-se *in futurum* a uma regra nova o proprio direito, ou a condição das pessoas, *mas não os factos que o crearam*, ou seja, d'um modo geral, *quaesquer factos anteriores*.

AFFOLTER, que largamente desenvolve o assumpto, appoia a sua doutrina sobre duas regras fundamentaes: a primeira é que *os factos e relações juridicas são regidas pela lei sob o imperio da qual nasceram*, mesmo quando esta lei tenha sido revogada e substituída por outra, sobrevivendo o seu effeito material á propria revogação; a segunda regra *permite que a nova lei exclua, em circumstancias especiaes, a applicação da lei anterior áquelles factos e relações*, o que tem logar sempre que o sentimento juri-

dico ou a razão do legislador se revoltáram de tal modo contra a lei antiga, que o effeito material d'esta se torna desde então insupportavel.

De modo que, segundo esta opinião, a lei nova nunca retroage; mas apenas, em condições especiaes, exclue a applicação da lei antiga a factos e relações juridicas praticados ou iniciados sob o dominio d'esta, e que, portanto, por ella deviam continuar a reger-se. Nestes casos não é lei *retroactiva*, mas lei *exclusiva*.

A primeira regra enunciada, que é a base essencial d'esta doutrina, appoia-se, no dizer d'este escriptor, sobre uma necessidade ao mesmo tempo politica e juridica. O Estado pôr-se-hia em contradicção consigo mesmo, ou a si mesmo se negaria como sociedade permanente e perpetua, se privasse da sua protecção as creações d'uma ordem juridica anterior simplesmente porque ellas não correspondem já á ordem juridica actual, a qual, por sua vez, será um dia tambem supprimida e substituída por outra. E' a razão politica, pois, que origina a necessidade de respeitar os factos e relações juridicas que se formáram sob o imperio da lei antiga.

Por outro lado, a ordem juridica *absoluta* do Estado (que é uma abstracção logica das diversas ordens juridicas relativas que se vão succedendo no tempo), é una, indivisivel e eterna; para elle todos os factos e relações de direito são eguaes, qualquer que seja a ordem juridica relativa donde provenham, e devem ser, por isso, igualmente protegidos e reconhecidos, o que importa a necessidade de apreciar esses factos e relações á face da ordem juridica relativas em cujo imperio tiveram origem.

Tal é a necessidade juridica, justificativa d'aquella regra ¹.

¹ Apud. Rev. de droit. civ. loc. cit.

POPOVILIEV, cuja exposição temos summariamente acompanhado, e que se mostra igualmente partidario da orientação objectiva para definir a não retroactividade da lei, faz, com AFFOLTER, distincção entre a *força abstracta* e o *effeito material da lei*. Uma lei pode estar em vigor, possuindo a força ou capacidade necessaria para produzir certos effeitos, sem que, todavia, receba qualquer applicação concreta, por não ter sido praticado qualquer facto, ou não se ter verificado alguma das circumstancias, das quaes essencialmente dependia a sua applicação. Esta lei não produz, portanto, qualquer effeito material: e por isso a nova lei, revogando-a, não pode em caso algum ter effeito retroactivo.

Mas se essa lei foi applicada, se algum facto se realison, ao qual a mesma lei attribua effeitos juridicos, a sua revogação por outra lei só pode entender-se como *revogação abstracta*, e não como *revogação material*; quer dizer: a nova lei tira á lei anterior a capacidade para reger factos futuros, para determinar os seus effeitos, mas não attinge os factos passados, e as suas consequencias juridicas, ou seja, os effeitos materiaes da lei antiga.

Quaesquer que sejam, pois, as consequencias juridicas dos factos iniciados no tempo da lei antiga, quer constituam verdadeiros direitos objectivos, quer não, a lei nova não pode absorvê-las ou attingi-las, devendo continuar sob a regencia da lei antiga.

No entanto, este escriptor observa que nas relações juridicas complexas é preciso tomar em consideração os seus diversos elementos constitutivos, realizados em momentos diversos, para fixar o tempo em que a mesma relação se formou. E assim, não sendo esses elementos de importancia igual, (pois bem podem uns ser subordinados aos outros) deve attender-se ao principal, reputando-

se a relação juridica formada no momento em que este se realisou.

«Segundo a concepção organica, diz elle, que se oppõe á concepção mechanica, estes factos e situações reputam-se realizados no momento em que começa a sua formação, salvo quando um dos seus elementos constitutivos é principal e os outros accessorios, pois neste caso é decisivo o momento em que se formou a parte principal. Estes factos são, portanto, regidos pela lei sob o imperio da qual começou a sua formação, ou se realisou a sua parte principal.»

53 Critica da doutrina exposta.

Se da exposição theorica das doutrinas, onde tantas e tão diferenciadas opiniões se encontram, passarmos ás suas applicações concretas, reconheceremos que a maior parte das divergencias se apaga, notando-se que a solução de quasi a totalidade das difficuldades concretas da materia são resolvidas por forma identica em todos os escriptores, qualquer que seja a escola a que pertençam.

Este facto, que seria inexplicavel se ás divergencias formacs da doutrina correspondessem sempre diferenças substanciaes, vem praticamente attestar que os diversos criterios apresentados são fundamentalmente inspirados pelos mesmos principios, e que no espirito de todos domina a mesma ideia fundamental de justiça, ou de conveniencia social.

Por isso, embora as theorias subjectivas se tenham mostrado impotentes para formular precisamente a noção de *direitos adquiridos*, e, na sua ultima fôrma, mereçam o sério reparo de não poderem abranger todos os factos excluidos da legitima applicação da nova lei (porque alem dos *direitos subjectivos*, propriamente dictos, e com character patrimonial, outras situações juridicas ha que neces-

sario é levar em conta no estudo completo do problema, v. gr., os diversos elementos do estado e capacidade civil) o certo é que os *effeitos materiaes da lei*, as *consequencias dos factos consumados*, etc., de que nos fallam as theorias objectivas, agora mais em voga, correspondem substancialmente aos *direitos adquiridos* d'aquella escola, no conceito extensivo com que eram applicados.

Ou se parta do principio de que a nova lei, revogando a antiga, submettem immediatamente aos seus preceitos todos os factos previstos nas suas disposições, consistindo, neste caso, o problema em discussão, substancialmente, em determinar o criterio para excluir da sua immediata applicação alguns factos intimamente relacionados com a lei anterior, e que a esta devem continuar subordinados por motivos de interesse social; ou, pelo contrario, se adopte a concepção opposta, considerando as relações juridicas complexas como um todo organico, cuja realisação integral se escapa naturalmente ao dominio da nova lei, que só pode ter em vista as relações iniciadas posteriormente á sua vigencia, consistindo, em tal caso, o problema em determinar o criterio para submeter aos seus preceitos factos e relações que normalmente deveriam resolver-se á sombra da lei que presidiu ao seu apparecimento inicial; num e noutro caso apparece sempre a ideia de que nenhuma das leis pode reger *exclusivamente* os factos intertemporaes.

Em que medida deve ser applicada uma ou outra?

Isso depende da natureza da lei, da natureza dos factos, e do tempo em que estes tiveram lugar.

O nosso codigão civil, apparecendo numa epocha em que o criterio dos *direitos adquiridos* dominava, a elles faz expressa referencia no artigo 8.º, sem todavia os definir; e por isso, tratando-se de estudar a questão no direito portu-

guês, indispensavel se torna, a meu juizo, para a justa applicação dos preceitos da nossa lei, não pôr de parte aquelles direitos, determinando-os o mais scientificamente possivel.

Esse foi o meu proposito, ensaiando o estudo do problema, com os elementos indicados, nas lições que fiz ao curso de 1903-1904.

54 A minha theoria.

A meu ver, a solução mais justa do problema tem de levar em conta a propria natureza da lei, que se pretende applicar, verificando em primeiro lugar se acaso se tracta ou não d'algum preceito com caracter *suppletivo*, e tomando em consideração o *facto* em que o direito se origina, os effeitos já realisaados, e os que ainda deveria produzir.

D'este 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 codigão, 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 pode a lei nova privá-lo d'elle, 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 contrato, succede com todos os outros; de onde podemos já concluir que *as formali-*

dades 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 também apreciadas as condições necessárias 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 jurídica se criou, *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 ommissão dos pactuantes, é claro que estes preceitos legaes não podem ter mais valor, do que o teriam as regras ou clausulas ajustadas por aquelles. Por isso, devendo estas manter-se e respeitar-se, quando a lei do tempo as permittia, também 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 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.*

a) 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 ¹.

Esta lei, sendo prohibitiva, implicitamente concedia ao dono do predio vizinho o *direito de se oppor* ás obras feitas a menos de cinco pés da sua parede, ou a fazer desmanchar essas obras depois de feitas, além da consequente exigencia das perdas e damnos.

Ora suppondo que Paulo abriu uma cisterna a menos do que aquella distancia, mas dentro dos limites fixados administrativamente, nos termos do art. 2323.º do cod. civ., poderá o dono do predio vizinho, depois do cod. civ., obrigalo a desmanchar as obras feitas?

Por outras palavras: as relações jurídicas entre os dois proprietarios regulam-se pela lei antiga ou pela nova?

Entendemos que é pela antiga; visto que a applicação do cod. civ. iria ferir os *direitos adquiridos* pelo dono do predio vizinho de Paulo, desde que este praticou o facto prohibido pela lei.

¹ COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, § 592.

E esta conclusão é tanto mais justificada, quanto é possível terem do mesmo facto resultado prejuizos para o dicto proprietario, á indemnização dos quaes elle tinha, ao tempo da nova lei, incontestavel *direito*.

Por isso, podemos tambem concluir que *os direitos resultantes da violação de leis prohibitoras mesmo sem caracter suppletiva, se regem pela lei que vigorava ao tempo da violação*.

Se a lei é *precetiva*, verifica-se caso identico ao que deixámos registado; pois a lei que manda praticar certos factos a uma pessoa, implicitamente reconhece a outras o *direito* de a isso a compellirem.

Portanto a ommissão 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 realiado concretamente; e tem, consequentemente, de ser mantido e respeitado, quaesquer que sejam as disposições d'esta a respeito de casos identicos.

Devemos, porem, observar que algumas leis *precetivas* não consignam obrigações, cujo não cumprimento vá ferir direitos de terceiro: pois são estabelecidas com certo caracter de generalidade, que mais implica com a boa ordem social, do que com os direitos individuaes. A este numero pertencem as que determinam as *obrigações dos funcionarios publicos, na exercicio das suas funcções*¹; 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 *forma externa* dos actos

¹ Conf. Supra, 35, pag. 101 e 105.

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 precetivas, cuja ommissão affectava direitos individuaes, devem reger-se pela lei que vigorava ao tempo em que a ommissão se deu*.

Sendo a lei de caracter *facultativo*, a unica relação juridica que pode verificar-se á sombra d'ella, enquanto a *faculdade legal* não é objectivada, reduz-se á obrigação negativa, imposta a todos, de não impedirem o exercicio da mesma faculdade áquelles a quem a lei a confere; e depois do objectivada a faculdade, traduz-se na obrigação de respeitar os effeitos do mesmo acto¹.

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 pode affectar, tendo de ser apreciados pela lei antiga.

Assim, por exemplo, o direito anterior ao codigo civil 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 construção se fez, ou mesmo se já estava principiada, embora só venha a concluir-se depois de vigorar o codigo civil, não é este applicavel á hypothese, mas sim o direito anterior (CORREIA DA BOCHA, *Inst.* § 591, 2.ª). Não pode, consequentemente, o proprietario vizinho oppôr-se a que as obras se concluam, fundado no art. 2321.º do cod. civ., mas sómente baseando-se no direito antigo.

¹ Conf. Supra, 36, p. 107 e 108.

Quando, porém, as faculdades legais 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 construção ao tempo em que o código civil começou a vigorar, só poderia depois fazê-lo em harmonia com os preceitos do mesmo código.

De onde podemos também concluir que *os direitos fundados em leis facultativas se regulam pela lei que vigorava ao tempo em que elles começaram a exercer-se; e se taes faculdades nunca foram inicialmente realisadas, cessam com a vigencia da nova lei.*

Em resumo podemos pois enunciar a nossa opinião, em termos gerais, pela forma seguinte: *não ha direitos adquiridos, sem que estejam realisados os factos, de que os mesmos dimanam; e esses factos, sendo regidos pela lei antiga, subordinam a ella todos os seus effeitos necessarios, embora alguns somente se verifiquem no dominio da lei nova, salvo nos casos em que esta expressamente determinar o contrario.*

Retroactividade das leis interpretativas.

O art. 8.º do código civil consigna, no entanto, uma *excepção* ao principio geral da não retroactividade da lei, *mandando applicar retroactivamente as leis interpretativas.*

O caracter interpretativo da lei não dimana do facto d'ella ter effeito retroactivo, porque o legislador pode attribuir este mesmo effeito a outras leis, embora só o deva fazer em casos excepcionallissimos. Entre nós, como já dissemos, só as côrtes constituintes têm esse poder,

porque a não retroactividade das leis é um preceito constitucional.

O principio contrario é que, no geral, é verdadeiro, tendo a lei effeito retroactivo somente quando é interpretativa.

Por isso importa muito estudar attentamente se qualquer lei tem ou não este caracter, investigando a intenção do legislador a tal respeito, não só pelos proprios termos em que vem expressa, mas também pelos trabalhos preparatorios, discussão parlamentar, relatorios, etc., como indicámos a proposito da interpretação em geral.

Em caso de duvida, não deve a lei considerar-se interpretativa, porque sendo a função de interpretar as leis exercida apenas excepcionalmente pelo poder legislativo, nunca se deve presumir que tal fosse o seu intuito, quando elle o não indica claramente.

Já noutro logar definimos esta especie de leis, e consignámos o facto de ser ponto controvertido a determinação dos seus caracteres especificos, indicando o sentido em que deviam entender-se aquellas palavras ¹. A lei interpretativa, tendo por unico fim explicar o sentido d'uma lei vigente, e não envolvendo, consequentemente, qualquer regra nova de conduta, é manifesto que a nenhumaes questões pode ser applicada, pois os diversos factos a que se refere continuarão a ser regidos pela mesma lei que as regia anteriormente, ou seja pela *lei interpretada*.

Em taes condições não ha lugar a dizer-se, com rigor de linguagem, que a lei interpretativa retroage, pois ella mantém a disciplina juridica anterior nos seus precisos termos, vindo unicamente terminar as divergencias da interpretação judicial ou particular.

¹ Conf. Supra, 24.

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 aquelles a quem a errada interpretação da lei anterior aproveitava.

Em todo o caso, o art. 8.º do código civil faz uma restricção a esse principio, dispondo que *a lei interpretativa não será applicada retroactivamente, se d'essa applicação resultar offensa de direitos adquiridos.*

Como entender estas palavras?

Sendo a ordem juridica anterior á lei interpretativa a mesma, que por esta ficou estabelecida, não ha conflicto de disposições contradictorias, como aquelles em que se appoia a teoria geral da não retroactividade da lei.

A lei nova, portanto, não pode offender em caso algum *direitos adquiridos*, porque só ha *direito adquirido* quando uma lei anterior o reconheceu, e um *facto*, proprio ou alheio, o *individualisou*: ora sendo a lei antiga igual á lei nova, porque esta se vai 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 constitua *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.

E' o mesmo que succede, independentemente de leis interpretativas, com a errada interpretação dada pelos tri-

bunaes ou pelas partes a qualquer preceito de lei: pois, embora o erro seja depois reconhecido, os direitos definitivamente reconhecidos valem, como se na propria lei se appoiassem.

Assim, por exemplo, se um neto illegitimo reclamou judicialmente a herança do avô, e a seu favor se proferiu sentença com transito em julgado; ou se amigavelmente os interessados concordaram em reconhecer esse direito, fazendo partilha dos bens por documento legal: embora venha depois uma lei interpretativa dizer, que em face da lei interpretada, e á sombra da qual se proferiu sentença, ou se fez o accordo, elles não deviam succeder, aquelles direitos assim *definitivamente realisados* não podem ser por esta attingidos: constituem, na phrase do art. 8.º do código 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.

56 Diferenças entre as leis dispositivas e interpretativas.

Do que deixámos dicto resulta que a *lei interpretativa*, differindo em parte, quanto á sua applicação, da *lei dispositiva*, tem com esta um ponto commum, que é o de *nem uma nem outra poderem applicar-se com offensa de direitos adquiridos*.

Ferido por esta coincidência, e desprezando as differenças importantes e fundamentaes que separam entre si as duas especies de leis, opina o sr. DR. GUILHERME MOREIRA, que pela doutrina do art. 8.º do nosso código

civil «as leis interpretativas estão sujeitas aos mesmos princípios que as leis inovadoras, embora da palavra—exceptuam-se—porque principia a segunda parte do art. 8.º, pareça deprehender-se o contrario¹».

A nosso ver ha, porém, grande divergencia quanto aos princípios, que regem umas e outras leis, parecendo-nos bem applicada a *excepção* formulada no art. 8.º do nosso código.

Basta attender ás seguintes differenças:

- a) A lei inovadora não se applica a factos anteriores ao dia da sua vigencia: ao passo que a lei interpretativa *só excepcionalmente* deixa de applicar-se a esses factos — quando haja offensa de *direitos adquiridos*, no sentido acima explicado.
- b) A lei inovadora não rege os factos futuros quando estes são o effeito necessario de actos *legalmente* realisados á sombra da lei antiga; enquanto que a lei interpretativa subordina todos os effeitos dos actos anteriores, respeitando apenas a errada interpretação da lei antiga, fixada definitivamente por sentença ou transacção.

D'este modo a lei interpretativa rege tanto o *passado* como o *futuro*; ao passo que a lei inovadora só regula para o futuro.

O principio da não-retroactividade applicado á *lei inovadora*, significa que esta *não pôde em caso algum reger actos anteriores á sua vigencia*, deixando mesmo de appli-

car-se, para não offender este principio, aos *factos posteriores*, que sejam effeitos legaos e necesarios de actos válidos celebrados no dominio da lei antiga, e que, como taes, se vão integrar nos *direitos adquiridos* anteriormente; ao passo que a *lei interpretativa*, tendo effeito retroactivo, se applica a todos os casos comprehendidos no seu preceito, qualquer que seja o tempo em que se realisaram, salvo se uma sentença com transito em julgado, ou uma transacção devidamente celebrada, os subtrahiu á jurisdicção immediata da lei interpretada, por esta ter sido já definitivamente applicada, embora erradamente.

O artigo 8.º estabelece, portanto, na sua parte segunda, uma verdadeira excepção ao principio estabelecido na primeira parte.

Teria sido, no entanto, conveniente que o legislador explicasse melhor o que deveria entender-se por *direitos adquiridos*; mas como estes só podem existir quando a lei vigente ao tempo em que se realisa o facto que lhes dá origem, como taes os reconhece¹, é claro que não podem, de modo algum, considerar-se *direitos* as pretensões fundadas sobre a erronea interpretação da lei, salvo se o poder judicial, ou a vontade das partes, definitivamente e por modo irrevogavel, fixou essa interpretação em termos de já não poder invocar-se, para definir os termos da correspondente relação juridica, a lei interpretada.

Nem se julgue que a nossa opinião leva o legislador á incoherencia de admittir duas noções diversas de *direitos adquiridos*, uma para limitar no tempo a applicação das leis dispositivas, e outra para restringir a acção das leis interpretativas; pois embora apparentemente diversas,

¹ DR. ALVES MOREIRA, *Inst. do Dir. Civ. Port.* Cap. I, § 9, pag. 51.

¹ MAZZONI, *Istituzioni di dir. civ.*, pag. 74.

certo é, no entanto, que são essencialmente a mesma; não obstante só poder considerar-se adquirido, em relação ás segundas, o direito reconhecido por sentença transitada ou por transacção validamente feita, ao mesmo tempo que taes condições são indifferentes em relação ás leis innovadoras.

A razão d'esta divergencia está na circumstancia, acima registada, de só haver *direitos adquiridos* quando uma lei anterior ao facto da aquisição os reconhece; de modo que, emquanto ás leis innovadoras, todos os factos acquisitivos, reconhecidos pela lei antiga, produzem *direitos adquiridos*, que a nova lei tem de respeitar; ao passo que sendo a lei interpretativa uma simples explicação da lei interpretada, sem alterar nem modificar a condicionalidade jurídica anterior, é claro que o seu preceito jámais pode ferir direitos adquiridos á sombra da lei interpretada, *porque ambos encerram a mesma doutrina*, e o que á face d'uma for direito, egualmente o é á face da outra.

Qualquer que seja, porém, a natureza da lei nova, a sua acção jámais pôde ir affectar relações jurídicas definidas pelo poder judicial, em sentença ou despacho de que não ha recurso, embora com flagrante illegalidade, porque, como é sabido, *o caso julgado faz lei entre as partes*, assim como a faz a transacção entre ellas realisada, nos limites em que o podem fazer — embora todos ou parte dos seus effeitos venham a realisar-se posteriormente.

Essas decisões judiciaes ou transacções são os *títulos immediatos*¹ dos direitos invocados, e não ha que recorrer em casos taes. para definir a existencia dos direitos, á lei

¹ A palavra *título* toma-se em dois sentidos: ora para designar o *documento*, que serve de prova ao acto ou contracto; ora para indicar, como aqui, o *fundamento da aquisição*, ou *causa dos direitos*. Conf. CORREIA DA ROCHA, *obr. cit.* § 53.

em que aquelles se fundáram, mas sómente aos proprios documentos, onde se contêm.

Desde que o juiz declarou o direito entre as partes, embora errasse, a lei é o que se julgou, desde que a decisão passou em julgado; a lei interpretativa fica, pois, alheia a estes *direitos adquiridos*, como alheia a elles era desde então a lei interpretada. O mesmo para a transacção.

E' por isso que em alguns artigos do nosso codigo, nomeadamente no art. 438.º se manda expressamente respeitar direitos adquiridos *por sentença*, anteriormente á sua promulgação.

A *noção* de *direitos adquiridos* é, portanto, sempre a mesma, quer a lei seja innovadora, quer seja interpretativa: em relação a esta, porém, só podem considerar-se taes, aquelles que tiverem sido reconhecidos por sentença ou transacção, mesmo em desacordo com o seu preceito, porque em qualquer outro caso o erro sobre o entendimento da lei interpretada não pôde crear direitos, e os que se appoiam no seu justo entendimento são conformes á lei nova; ao passo que a lei innovadora, além d'estes, tem que respeitar tambem os que derivam immediatamente da lei anterior, devidamente interpretada, nos effeitos que posteriormente venham a produzir-se, como já dissemos.

E', pois, uma simples differença *quantitativa*, e não *qualitativa*.

57 Character da regra da não retroactividade.

Tal como acabamos de o definir, o principio da não retroactividade da lei envolve uma limitação ás regras geraes sobre a vigencia das leis; pois impede que a lei nova subordine aos seus preceitos uma certa ordem de factos e relações, que continuam sujeitos á lei antiga,

dando-se por tal fôrma a sobrevivencia d'esta lei á sua propria revogação formal.

A lei nova e a lei antiga continuam, pois, em vigor simultaneamente, regendo esta os factos intertemporales, iniciados antes da sua revogação, e a nova lei os que se iniciaram posteriormente.

Pode, porém, o legislador, quando o interesse publico assim o reclame, e a lei lh'o não prohiba, estabelecer principios diversos, determinando que a lei nova tenha effeito retroactivo; quando porem, o não faça expressamente, o juiz deve sempre applicar a nova lei sem retroactividade.

Entre nós, no rigor do direito, a regra da não retroactividade da lei tanto obriga o legislador, como o juiz, visto ser um preceito constitucional, relativo aos direitos individuaes, e que, portanto, só pelas côrtes constituintes pode ser alterado, observadas as formalidades prescriptas na lei para a reforma dos artigos da Carta que encerram materia constitucional. Mas como o poder judicial, segundo a jurisprudencia corrente, não tem competencia para apreciar os actos do poder legislativo, sob este ponto de vista, resulta d'ahi que as côrtes ordinarias podem, *de facto*, votar leis retroactivas, que terão de ser cumpridas e respeitadas como outras quaesquer, visto não haver fiscalisação efficaz para impedir a usurpação de funções, que aquelle acto representa.

D'esta maneira, a regra da não retroactividade da lei tem *praticamente* o effeito d'um principio regulador da applicação das leis pelo poder judicial, e nada mais; e, por isso, quando a lei não fôr interpretativa, só deverá applicar-se retroactivamente se o legislador assim o determinar.

Tal é o valor do preceituado no art. 8.º do cod. civ., e na Carta constitucional.

CAPITULO III

Da interpretação e applicação das leis civis

§ 17.º — Função especifica do poder judicial.

A efficacia da lei como factor do progresso social depende essencialmente da sua escrupulosa observancia, que é especialmente assegurada pelo poder judicial, ao qual compete declarar o direito nos casos controvertidos, e reintegrar o lesado no estado anterior á lesão.

A declaração do direito pelo poder judicial supphõe o conhecimento prévio do direito applicavel, que se obtem por diversos processos comprehendidos sob a designação generica de interpretação; applicando-se nos casos ommissos os principios do direito natural, conforme as circumstancias do caso (cod. civ., art. 16.º).

O codigo civil estabelece alguns principios, que os juizes devem observar no exercicio da sua função especifica, não podendo em caso algum abster-se de julgar a pretexto de falta ou obscuridade da lei, falta de proras, ou por qualquer outro motivo; considerando-se denegação de justiça, e sendo como tal punida, a recusa de qualquer juiz ou tribunal a proferir despacho sobre objecto que lhe seja requerido, ou a dar sentença sobre questão pendente, ou a cumprir as decisões dos tribunaes superiores (cod. de proc. civ., art. 97.º e 1092.º, n.º 4.º).

58

Julgamento necessario das questões.

E' de primeira intuição que a efficacia da lei depende substancialmente da observancia dos seus pre-

ceitos, tanto por parte dos cidadãos individualmente considerados, como por parte dos funcionarios ou detentores do poder público; mas a imperfeição da natureza humana, que tem por suprema lei o egoísmo, torna indispensavel a intervenção frequente do Estado, por meio do poder judicial, para coactivamente assegurar o respeito devido ás prescripções legaes.

Não poudo a religião soffrear, nos primitivos tempos, as tendencias anti-sociaes do homem, assegurando efficazmente o respeito das condições da vida e progresso da collectividade, e, menos do que então, o poderia conseguir hoje; nem os costumes foram, ou poderão ser, freio sufficiente á irregular ou criminosa actividade individual; a consciencia do dever, e a comprehensão dos altos interesses nacionaes, nem sequer podem assegurar por parte dos mais cultos cidadãos de cada país a observancia pontual das leis, e o respeito dos direitos alheios.

Demonstra-o a historia da humanidade; e factos de todos os dias, que, entre nós, qualquer pode facilmente observar, attestam que mais se cuida, em geral, de estudar o meio de illudir o preceito da lei, do que a fórma de lhe dar integral e correto cumprimento.

Dahi a necessidade de assegurar, pela força a observancia dos seus preceitos, attribuindo-se ao poder judicial a funcção de declarar o direito nos casos litigiosos, garantindo a cada qual o exercicio das suas faculdades legaes, a fruição do seu direito, sem o que a ordem social seria constantemente perturbada.

E não pode o juiz ou tribunal recusar-se a *julgar* as questões, que, nos limites da sua respectiva competencia, lhe forem devidamente submettidas, ainda mesmo que se trate de casos não previstos na lei, para não deixar as partes na incerteza do seu direito, e sujeitas a derimirem pessoalmente, pela força propria, o conflicto levantado.

Se o direito positivo, devidamente interpretado, não dá solução ao litigio, o julgador decidirá pelos principios do direito natural, conforme as circunstancias do caso, por força do preceituado no art. 16.º do codigo civil, que adoptou aquelles principios como direito subsidiario para os casos ommissos.

Esta obrigação de julgar, em todas as circunstancias, é um preceito geral no direito moderno de todos os povos civilisados; e entre nós, anteriormente ao codigo de processo civil, já se achava estabelecida nos artt. 1242.º e 1243.º da Novissima Reforma Judicial e no art. 19.º da lei de 18 de julho de 1855, que impunha aos juizes e agentes do ministerio publico, que deixassem de praticar algum acto judicial da sua competencia no prazo fixado pela lei, sem motivo justificado, a pena de suspensão até seis meses alem das perdas e damnos a que dessem causa, e das penas mais graves impostas por lei. A pena de suspensão para os juizes que se negarem a administrar a justiça que devem ás partes, depois de se lhes ter requerido, e depois de advertencia ou mandado de seus superiores, é ainda hoje estabelecida no art. 286.º do cod. penal de 1886.

Pelo decreto de 29 de julho de 1886, art. 297.º foi applicado o preceito consignado no art. 97.º do cod. de proc. civ. aos tribunaes administrativos; e o mesmo principio foi expressamente estabelecido no art. 352.º do codigo administrativo.

O juiz que se recusar a cumprir as decisões dos tribunaes superiores fica sujeito ás penalidades estabelecidas no art. 303.º do cod. pen.

59 Modalidades do julgamento.

Não deve, porém, confundir-se a funcção especifica do poder judicial com a funcção do poder executivo, onde

alguns escriptores pretendem integrá-la, negando fundamento scientifico á divisão tripartida dos poderes: *legislativo, executivo e judicial*; pois, como diz um distincto collega nosso, «*julgar não é o mesmo que executar*: a execução suppõe um conjuncto de medidas e providencias destinadas a tornar possível o cumprimento da lei, mas com o mesmo character de generalidade e indeterminação que a norma legislativa; o julgamento suppõe uma controversia particular sobre o direito regulador d'um determinado caso e propõe-se definir e declarar esse direito » ¹.

Devemos, no entanto, observar que muitas vezes se não discute propriamente a existencia ou o entendimento da lei nas questões submettidas a julgamento, mas a existencia ou não existencia de certos factos, ou o seu particular significado, como succede, por exemplo, quando o reu nega ter lesado o direito do auctor, ou porque não praticou os factos que este lhe imputa, ou porque esses factos não importam lesão do direito alheio.

Em materia criminal é frequente o reu *negar o crime*, ora affirmando não ter praticado o facto de que é arguido, ora allegando que esse facto não é criminoso; em materia civil tambem frequentes vezes o reu allega não ter praticado os factos que o auctor apresenta como lesivos do seu direito, e outras vezes, confessando os factos, discute o seu valor juridico.

Em todo o caso tem o juiz que *declarar o direito* entre os litigantes, averiguando se os factos allegados existiram, e apreciando a importancia d'esses factos em face da lei, para definir a situação juridica dos litigantes, quer absolvendo o reu, quer condemnando-o.

E quando procede á averiguação dos factos, exami-

nando e pesando as provas produzidas pelos litigantes, tem o juiz tambem de applicar a lei, que determina os meios de prova admissiveis na hypothese, e o valor relativo dos diversos meios admittidos, sendo jurisprudencia corrente que a apreciação do modo como o juiz aprecia as provas é uma *questão de direito*, e não simples *questão de facto* ¹.

§ 18.º — **Interpretação; suas especies.** *Interpretar uma lei é determinar o sentido e alcance dos seus preceitos, em harmonia com as necessidades sociais.*

A interpretação pode ser publica ou privada, segundo a sua origem: a primeira emana directamente dos poderes publicos; a segunda emana dos particulares: professores, advogados, escriptores, etc.

A interpretação publica, conforme o órgão de que deriva, denomina-se legislativa ou judicial. Tanto uma como outra têm força obrigatoria; mas ha entre ellas differença, porque a primeira obriga todos os cidadãos, ao passo que a segunda só obriga as partes em litigio, e relativamente ao objecto questionado.

A interpretação privada a ninguém obriga, e só vale pelas razões em que se appoia, ou pela autoridade scientifica das pessoas que a subservem.

¹ Em face da nossa organização judicial é muito importante esta distincção: pois, em materia civil, só na primeira e segunda instancia se pode conhecer dos factos, cumprindo ao tribunal de revista apreciar exclusivamente o direito; e em materia commercial as *questões de facto* são da competencia do jury, e as *questões de direito* da competencia do juiz. O S. T. de J. tem sempre affirmado a sua falta de competencia para *conhecer de provas*; mas é certo que não poucas vezes, a pretexto de apreciar o *direito* regulador da producção e valor das provas, tem conhecido d'estas, excedendo a sua competencia. Conf. *Infra*, 82.

Na interpretação de qualquer lei podemos considerar dois momentos diversos: aquelle em que o interprete procura determinar o significado das palavras ou expressões da lei (interpretação grammatical); e aquelle em procura supprir ou corrigir a deficiência ou os defeitos da redacção, servindo-se de outros elementos (interpretação logica).

O artigo 16.º do nosso código civil manda attender, na resolução das questões sobre direitos e obrigações, em primeiro logar á letra da lei, ou seja á interpretação grammatical; mas quando assim não possam resolver-se, admite o recurso ao espirito da lei, e aos casos analogos prevenidos em outras leis, que constituem a chamada interpretação logica.

Em relação aos seus effeitos a interpretação pode ser: declarativa, extensiva, restrictiva, e correctiva ou modificativa, conforme o tecto da lei exprime respectivamente a mesmo, menos ou mais, ou alguma coisa qualitativamente diversa do pensamento da lei.

60 A função do interprete.

A continua evolução dos phenomenos sociaes, que o direito tem por função tutelar e garantir, exige nas leis uma grande flexibilidade que as torne adaptaveis a factos impossiveis de prever no momento em que foram elaboradas.

Por isso, no moderno direito, as leis são ordinariamente *formulas geraes*, perdendo gradual e successivamente o seu primitivo character casuistico e restricto, afim de poderem abranger nos seus preceitos as diversas manifestações da vida social, adaptando-se ás exigencias novas do progresso e civilisação dos povos.

Interpretar a lei não pode, por isso, ser apenas a

reconstituição do pensamento do legislador no momento da sua elaboração, porque isso equivaleria a deixar fora do seu alcance todos os factos que elle não previu, e, consequentemente, os institutos posteriores á promulgação da lei, e as novas formas resultantes da transformação progressiva dos já existentes a esse tempo; a função do interprete vae mais longe, porque, inspirando-se nas tendencias e necessidades sociaes, deve escolher entre os possiveis significados da lei aquelle que melhor solução offereça e mais se harmonise com as ideias do tempo.

E' certo que perante um texto claro e preciso da lei, não pode o interprete sobrepor-se-lhe, limitando-se em casos taes a sua função a resolver por elle; mas quando a lei offerece diversos sentidos, ou admite soluções diversas, deve o interprete preferir aquella que mais se ajustar ás condições e necessidades actuaes da vida collectiva.

D'outro modo, sendo as transformações da lei por sua propria natureza morosas em relação ás correspondentes transformações da vida social, crear-se-hia um antagonismo perigoso e prejudicial entre a lei e os progressos da civilisação, que aquella deve fomentar e garantir, e nunca entorpecer ou impedir.

Este facto explica, em certo modo, a longa duração d'algumas leis, que tem atravessado, *immutaveis na sua fórmula*, as transformações profundas da sociedade onde vigoram: é que a jurisprudencia, tirando dos seus preceitos novas conclusões, tem acompanhado as novas exigencias da vida social, transformando-se e progredindo com a propria sociedade.

Mais do que entre nós, onde este phenomeno, todavia, pode já ser observado, não obstante a relativamente recente data do nosso código civil, a jurisprudencia civil franceza, formada sobre o código Napoleão, tem variado successivamente, com os progressos da França, e, em

muitos pontos, é diametralmente opposta á dos primeiros annos da vigencia d'aquelle codigo.

Esta é, com effeito, a mais recente, e, a meu ver, a mais acertada orientação da sciencia juridica sobre a função social do interprete, que, sem de modo algum se elevar ou equiparar ao legislador, influe poderosamente na evolução juridica, esclarecendo e adaptando os textos ás exigencias da civilisação.

Por isso, regeitando a noção tradicional da *interpretação*, que limitava a missão do interprete á *reconstituição do pensamento do legislador*, por ser demasiado restricta, ou susceptível d'uma errada e viciosa comprehensão, dissemos no texto do § que *interpretar uma lei é determinar o sentido e alcance dos seus preceitos, em harmonia com as necessidades sociais*.

O *pensamento do legislador*, que a doutrina classica sobre interpretação das leis erige em pedestal de todas as suas construcções juridicas, é uma simples phrase sem sentido nas sociedades modernas, onde a função legislativa é simultaneamente exercida por muitas pessoas ou entidades.

Quando a lei emanava e traduzia simplesmente a vontade do chefe do Estado ainda podia admittir-se a *reconstituição do seu pensamento* pelo interprete, comquanto primitivamente só o imperante podesse interpretar a lei por elle proprio feita: *ejus est interpretari legem cujus est condere*. De modo que, sendo duvidoso o sentido da lei, o juiz abstinha-se de julgar, e remettia as partes para o imperante. Succedia assim no imperio romano; e nos tempos do absolutismo manteve-se o mesmo principio nos diversos povos.

Entre nós, pela lei da *boa-razão*, as leis duvidosas eram interpretadas pelos *assentos da casa da supplicação*, e

só depois se conhecia do pleito, reservando-se, em todo o caso, o Rei a prerogativa de interpretar as leis quando bem lhe aprouvesse; mas não será difficil demonstrar que muitas vezes essas interpretações antes eram *leis novas* do que a simples reconstituição do pensamento do legislador primitivo.

Modernamente, porém, no sistema representativo, a lei resulta da injunção de vontades diversas, que interveem na sua elaboração; e não é raro encontrar nas discussões parlamentares affirmações contradictorias sobre o significado da lei por parte d'aquelles que a votam.

Qual representa o *pensamento do legislador*, se tanto legisla quem affirma uma coisa, como quem affirma o contrario?

Obra de muitos, a lei torna-se por esse facto *impessoal*, se assim podemos dizer, *tendo de ser considerada em si mesma*, nas suas palavras, na sua coordenação systematica com as outras leis, e na sua função social de propulsora do progresso da collectividade, e garantia das suas condições de vida.

Subordinar a sua applicação constante ao *pensamento ou intenção* d'aquelles que a votaram, é lançar o interprete numa empresa irrealisavel. Perguntem a quantos votaram a lei, a um por um, qual foi o seu *pensamento*, e as suas respostas serão a prova do que dizemos.

61 Necessidade de interpretar todas as leis.

Alguns auctores, e entre elles o nosso COELHO DA ROCHA, só referem a interpretação ás *leis obscuras* ou *ambiguas*; mas esta distincção parece-nos inadmissivel, por não ser possivel determinar quando a lei deve considerar-se ou não *obscura*, e porque o entendimento de todas as leis importa sempre a sua interpretação.

Com effeito, se considerarmos como lei *não-obscura* aquella cujos termos não admittem mais do que um só entendimento, por serem claras e nitidas as palavras de que o legislador se serviu, seríamos conduzidos muitas vezes a erros inadmissiveis, contrariando indiscutivelmente o pensamento da propria lei.

Um exemplo dará maior relêvo ao meu pensamento: no § 1.º do art. 1149.º do cod. civ. determina-se que o disposto nos n.ºs 1.º a 4.º do mesmo artigo é applicavel aos bens *immobiliarios* dotaes. Esta disposição é clara, a sua redação nenhuma *obscuridade* ou *ambiguidade* apresenta; mas comparando-a com o resto do artigo, e com o art.º 1148.º, vê-se que a palavra *immobiliarios* deve ser substituida por *mobiliarios*, pois os n.ºs 1.º a 4.º do art. 1149.º é que tratavam dos bens *immobiliarios*. A *interpretação logica* d'aquelle preceito revela na lei um principio diverso d'aquelle que as suas palavras, aliás inteiramente claras, indicavam.

De resto, a claresa ou obscuridade da lei depende, em grande parte, da intelligencia e cultura do interprete, sendo facilmente comprehensivel para uns aquillo que para outros se apresenta como indecifrável.

Por isso entendemos que a boa applicação das leis, por mais claro que o seu texto se apresente, depende sempre da sua conveniente interpretação, que pode levar o interprete a ampliar ou restringir a extensão grammatical das palavras do legislador, ou mesmo a corrigir ou modificar o seu significado, como succede no exemplo que acabamos de referir.

Isto não quer dizer que o interprete deva subordinar, em regra, o texto da lei ao seu *espírito*; pois, como diz um escriptor, « abandonar o texto claro da lei para ir procurar

o seu espirito, que é duvidoso, seria fazer prevalecer o incerto sobre o certo, presumir que o legislador não soube traduzir fielmente o seu pensamento, e substituir, as mais das vezes, a vontade d'este a do interprete. »

Neste sentido escrevia já COELHO DA ROCHA, que sendo a disposição da lei expressa e terminante, ainda que pareça opposta á equidade, deve seguir-se á risca a disposição ou o rigor da lei. E fazendo applicação d'este principio a um caso particular, acrescenta : « assim, quando as leis determinam as solemnidades dos testamentos, ainda que a vontade do testador se possa evidentemente provar sem ellas, nem por isso a disposição subsiste ¹ ».

E' o principio que os romanos exprimiram por *dura lex sed lex*.

O art. 16.º do nosso código civil, mencionando o *texto da lei* como primeiro criterio do interprete na resolução das questões sobre direitos e obrigações civis, dá força legal á doutrina exposta; mas não exclue, nem podia excluir, a interpretação logica da lei, como verificação do proprio texto, illuminando-o e dando-lhe vida.

62 Relações entre as diversas especies de interpretação.

A interpretação das leis, sendo condição essencial do seu entendimento, impõe-se a todos os cidadãos, pelo indisentivel interesse que todos temos de conhecer os nossos direitos e obrigações, para orientarmos a nossa actividade; mas essa necessidade faz-se especialmente sentir nos tribunaes, pela natureza especial da sua função, que é, como dissemos, *declarar o direito* nos casos litigiosos.

A *interpretação judicial* das leis, consignada nas sentenças e despachos ou decisões dos juizes ou tribunaes,

¹ Obr. cit. § 45, 4.º

constitue a jurisprudencia, cuja grande importancia na evolução juridica tivemos já ensejo de assignalar. Declarando o direito das partes, nos assumptos submettidos á sua apreciação, constitue uma lei irrevogavel, que obriga os interessados como se proviesse do poder legislativo.

E, por isso, que vulgarmente se diz que *a sentença faz lei entre as partes*.

Nisto se approxima a *interpretação judicial* da *interpretação legislativa*, que emana do poder legislativo, e reveste a forma de lei, com o character obligatorio de todas as leis; mas distingue-se das leis interpretativas, em que estas teem um character de generalidade, que falta ás decisões judiciaes, cuja efficacia depende geralmente de tres condições:

1.ª) *identidade do objecto, sobre que versa o julgamento;*

2.ª) *identidade do direito em causa de pedir;*

3.ª) *identidade dos litigantes e da sua qualidade juridica* (cod. civ. art. 2503.º).

Tanto uma como outra derivam do exercicio de *funções publicas*, respectivamente exercidas por dois poderes do Estado: e, por isso, afastando-nos d'aquelles que incluem a interpretação judicial na doutrinal ou privada, e dos que, mais radicalmente ainda, consideram doutrinal toda a interpretação das leis¹, qualquer que seja a sua origem, entendemos dever integrar a interpretação judicial, na interpretação publica ou authentica.

No entanto, se por um lado a interpretação judicial se aproxima da interpretação legislativa, por outro lado ligase á interpretação doutrinal nas regras e processos que o poder judicial e os particulares teem de observar na investigação do pensamento da lei, e determinação do

seu campo de applicação; ao contrario do poder legislativo, que não tem regras especiaes a observar, cumprindo-lhe apenas fazer a declaração solemne da sua vontade.

Só excepcionalmente, porém, deve este usar d'esta prerogativa, que lhe é conferida pelo § 6.º do art. 15.º da Carta constitucional, pois ao poder judicial, por necessidade essencial do exercicio da sua função especifica, é que compete interpretar as leis, e applica-las ás questões controvertidas nos tribunaes.

O principio da divisão organica dos poderes, sobre o qual assenta fundamentalmente a organização politica das modernas sociedades, e especialmente o regimen constitucional portuguez, veda ao poder legislativo o julgamento de quaesquer pleitos, por ser esta função privativa do poder judicial.

Consequentemente, as leis interpretativas, embora provocadas pelas difficuldades originadas numa ou noutra questão particular, devem ser alheias a estas, vindo sempre revestidas do character de generalidade, que é attributo de todas as leis. Ao poder judicial é que depois compete examinar se ás questões submettidas á sua apreciação aproveitam ou não os preceitos d'aquellas leis.

Mas assim mesmo, com este character de generalidade, deve o poder legislativo usar moderadamente da função de interpretar as leis, reservando-se para a exercer somente em casos graves, quando não seja possivel aos tribunaes estabelecer a uniformidade da jurisprudencia, como entre nós tem succedido sobre alguns pontos importantes do direito e do processo civil.

Pela nossa actual organização judiciaria as questões de certa natureza, qualquer que seja o seu valor, (cod. de proc. civ. art. 42), ou de certo valor, qualquer que seja a sua natureza, podem ser julgadas em tres graus diversos: na primeira instancia, por um juiz singular, que aprecia o

¹ Conf. Supra, 34.

facto e o direito; em segunda instancia, por um tribunal colectivo, a *Relação*, que egualmente aprecia a prova dos factos e o direito; e finalmente, em *recurso de revista*, pelo Supremo Tribunal de Justiça, que é também colectivo, e sómente julga de direito, sem conhecer das provas.

A razão de ser principal d'este ultimo tribunal é precisamente estabelecer a *uniformidade da jurisprudencia*, que dispensaria o poder legislativo de intervir com leis interpretativas, visto que as partes e os juizes inferiores, sabendo de antemão qual era o modo de pensar do Supremo Tribunal a respeito de qualquer preceito da lei, e que a sua opinião teria, a final, de prevalecer, com ella se conformariam, sem novas discussões.

Os factos vieram, porém, desfazer esta generosa illusão dos propugnadores do tribunal de revista, pois não é raro ver alli decidir, por vezes até no mesmo dia, em sentido diametralmente opposto sobre o mesmo ponto de direito.

E' que não se attenden a que este tribunal é composto de varios juizes, e que nem todos elles seguem as mesmas opiniões, nem todos intervêm na mesma decisão; de modo que ora fazem vencimento os que seguem um parecer, ora os que seguem parecer opposto.

Além d'isso, — mas talvez por causa d'isso — ainda hoje se discute a significação de varias disposições do cod. civ., que desde a sua promulgação foram diversamente interpretadas.

Entre outras, podemos apontar a que se refere á successão dos netos illegitimos, que desde 1868 tem pejado os tribunaes de pleitos, decididos com sorte vária, conforme os juizes que nelles intervêm, ora reconhecendo-lhes o direito de succederem aos avós, ora negando-lhes esse direito.

Em casos como este convem, na verdade, provocar a acção do poder legislativo, para que uma lei interpretativa

ponha fim ás questões, definindo em termos precisos e claros o ponto duvidoso, para tranquillidade dos cidadãos, e maior prestigio dos tribunaes.

Pode, no entanto, succeder também que a uniformidade da jurisprudencia se estabeleça, sobre a interpretação de certo preceito de lei, mas num sentido injusto e contrário aos interesses da sociedade.

Deverá também neste caso fazer-se uma *lei interpretativa*, restabelecendo a verdadeira doutrina, ou aquella que á sociedade mais interessa?

Entendemos que não.

Desde que o poder judicial fixou a interpretação d'um preceito de lei, não deve o poder legislativo contrapor-lhe uma interpretação diversa, pois mais competente é aquelle do que este para interpretar as leis.

Isto não significa, porém, que deva manter-se aquella orientação na disciplina juridica de taes problemas; mas sómente que o legislador deve antes fazer uma nova lei *dispositiva*, regulando o assumpto por forma mais consentanea com os interesses sociaes, sem o abalo, que podia resultar d'uma lei interpretativa, com effeito retroactivo (cod. civ., art. 8.º), em contrário das ideias assentes sobre o caso.

El visto que a interpretação legislativa constitue uma excepção, só devem considerar-se como leis interpretativas aquellas que o legislador expressamente declara taes, ou quando por outro modo se torne certo que o seu objecto e fim foi apenas esclarecer uma lei anterior; em caso de duvida, a lei deve considerar-se dispositiva.

De todas as indicadas especies de interpretação é a *doutrinal* a mais livre, e por isso mesmo a mais fecunda, porque se desenvolve á sua vontade, dando ás suas ideias

e conclusões a amplitude, a logica e a força d'uma synthese, visto não ser restricta ao exame d'uma simples questão, por sua própria natureza limitada; mas, em compensação, a sua autoridade é bem menor do que a das outras especies, porque não tem força obrigatoria, é meramente theorica, e só pode influenciar os juizes pelo valor e força das razões em que se appoia¹.

63 Interpretação grammatical e logica.

A *interpretação grammatical* consiste na determinação do sentido da lei pela analyse grammatical do seu texto.

A ella tem o juiz que recorrer em primeiro lugar para decidir as questões sobre direitos e obrigações civis, porque assim o preceitua o art. 16.º do cod. civ., como já tivemos occasião de dizer.

Se o legislador exprimiu a sua vontade em termos inequívocos, que só admittem uma significação, facil é a missão do interprete, neste primeiro trabalho de investigação: mas quando o sentido da lei não dimana immediatamente dos seus termos, por serem pouco claros, ou ambíguos, torna-se então necessario recorrer ás regras grammaticaes para determinar a significação das palavras e phrases empregadas pelo legislador; dando, em todo o caso, preferencia ao seu significado tecnico sobre a significação vulgar, e preferindo entre os significados technicos o que melhor se ajustar ao assumpto, a que a lei respeita.

Isso não basta porém.

Como diz o snr. DR. JOSÉ TAVARES, «acontece sempre que o legislador, por mais experimentado, intelligente e

minucioso que elle seja, em todo o decurso da elaboração de qualquer lei não consegue prever todos os factos possiveis no desenvolvimento das relações sociaes e juridicas, que procura regular e garantir.

«Esta insufficiencia das disposições legaes é geralmente inevitavel, ainda mesmo que o systema legislativo adopte o processo analytic, 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 formulas geraes tem o grande merito de reduzir o direito positivo a formas 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 eingir-se ás disposições meramente litteraes da lei, encontrar-se-hia a cada passo na impossibilidade de applicar rectamente a vontade do legislador ás necessidades da vida prática.

«Esta difficuldade é tanto mais grave e frequente quanto é certo que, não sendo geralmente o legislador o purista infallivel da linguagem, tendo mesmo as palavras diversos sentidos, conforme as circumstancias, acontece muitas vezes que, ou a lei se apresenta inintelligivel, confusa, duvidosa ou ambigua, pelo simples exame das suas palavras, ou o seu verdadeiro e proprio sentido grammatical não corresponde ao pensamento nem á vontade do legislador.

«E' por isso que a jurisprudencia de todos os povos cultos acceita unanimemente o principio de que as leis

¹ PLANIOL, *obr. cit.* 201. Conf. *Supra*, 28.

devem entender-se pela sua razão logica, tanto pelo seu espirito como pela sua letra¹.

O processo *logico* da interpretação, que serve de correctivo e contraprova á interpretação grammatical, abraça um grande numero de subsidios, de importancia variavel e cujo valor relativo não é possivel fixar genericamente com precisão.

O seu fim primordial é determinar o *espirito da lei*, o qual segundo os *Estatutos da Universidade* de 1772, consiste no *completo 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 razão, que o moveram a estabelecê-la* ».

Descobrir os *motivos* e o *fim* da lei, é, pois, determinar o seu espirito; e é pelo *espirito da lei*, que se fixa especialmente a sua extensão, porque a lei civil não se applica sómente aos casos comprehendidos no seu texto, mas a todos os que no seu espirito se comportam: *ut eadem ratio, ibi idem jus*; da mesma forma que, algumas vezes, deixa de applicar-se a casos, que o seu texto comportaria, mas que o espirito repelle.

Na applicação d'estes principios deve, porém, o interprete proceder muito cautelosamente, para não desvirtuar a sua função, arvorando-se arbitrariamente em legislador.

O *espirito da lei* deriva em grande parte do estudo das condições sociaes ao tempo em que ella foi elaborada, e das declarações dos que contribuíram ou collaboraram na sua formação; e resulta tambem do confronto d'essa lei com outras leis, porque sendo o direito um organismo destinado a manter em equilibrio as diversas forças sociaes, todos os seus preceitos devem manter-se entre si

harmonicos, não devendo presumir-se que o legislador fosse incoherente ou contradictorio consigo mesmo. O conhecimento das condições sociaes, que provocaram o apparecimento da lei, é nos dado pela *historia*, que relaciona o direito em vigor com o previgente, estudando as necessidades sociaes que originaram aquella transformação; e por isso o *elemento historico* da interpretação logica tem uma incontestavel importancia na determinação do espirito da lei. Não menos importante é o *elemento systematico*, que procura determinar o alcance da lei pelas relações de solidariedade e dependencia, que prendem as diversas instituições do direito como corpo de doutrinas scientificamente organizado¹.

Os trabalhos preparatorios da lei, os seus projectos, as discussões parlamentares e extra parlamentares a que deram causa, os relatorios das commissões, os escriptos do auctor, as propostas de emenda, e, d'um modo geral, todos os factos que acompanharam e influenciaram a elaboração da lei, são elementos importantes para determinar o seu espirito; mas não devemos exagerar o seu valor, enleando a liberdade do interprete nas concepções do legislador e dos seus mais activos collaboradores, pois, segundo as modernas ideias sobre interpretação, esta tem de considerár a lei independentemente do pensamento que a dictou, para a estudar como um factor do progresso social, adaptando-a ás novas ideias e necessidades da comunidade, quando a generalidade dos seus termos offereça a elasticidade necessaria para nelles se comprehendem factos e institutos, que não podiam ser presentes ao espirito do legislador no momento em que a mesma lei foi confeccionada².

¹ *Ibid. cit.*, § 58.

¹ DR. J. TAVARES, *obr. cit.* § 59.

² Conf. *Supra*, 60.

O elemento historico, sobretudo, indicando as tendencias da evolução dos diversos institutos, fornece ao interprete o criterio fundamental que o deve guiar na sua missão scientifica de applicar a lei aos casos concretos; pois a interpretação deve orientar-se e acompanhar essas tendencias, sempre que o preceito da lei a isso se não opponha formalmente ¹.

64 Regras tradicionaes de interpretação.

Para bem determinar o alcance da lei, e fixar os limites da sua possível applicação, formuláram os antigos juriscultos diversas regras, as quaes, successivamente enriquecidas por novas observações, chegaram até nós sob formas concisas e claras, que poderosamente auxiliam o interprete no difficil e melindroso emprehendimento de interpretar as leis.

Quando o texto da lei não dê claramente a solução do problema, ou quando se mostrar evidentemente que o sentido litteral da lei contraria o principio fundamental da coordenação organica de todo o direito vigente, deve procurar-se a regra juridica applicavel no *espirito da lei*, em obediencia ao art. 16.º do nosso cod. civ., por meio da *interpretação logica*, observando-se, com todo o criterio, as regras seguintes:

a) *Comparar a lei com outras disposições legislativas, concebidas na mesma ordem de idéias*; porquê as differentes disposições legais, que tutelam uma certa ordem de relações juridicas, quer a sua materia seja a mesma, quer seja

differente mas analoga, devem ser todas subordinadas aos mesmos principios directivos, que só podem bem determinar-se aproximando-as todas, e comparando-as.

b) *Determinar as suas fontes*; pois quando o legislador 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 tenha sido objecto, por ser dever do legislador evitar erros já conhecidos, ou melhorar disposições averbadas justamente de incorrectas ¹.

E' por isso que o estudo comparado do nosso codigo com os codigos estrangeiros, que lhe serviram em grande parte de fonte proxima, é de uma grande importancia pratica, embora por vezes inconscientemente malsinado por quem não sabe comprehender o valor d'este melindroso trabalho.

¹ O nosso codigo civil parece ter sido inspirado especialmente pelo codigo civil Francês, pelo Projecto Hespanhol de 1871, e ainda pelo Proj. do cod. civ. Italiano. Informáram-nos de que o sr. Visconde de Seabra tinha um pequeno livro de apontamentos, no qual se indicavam, sob cada artigo do Projecto, as suas fontes; mas todos os esforços, que empenhámos junto da familia do illustre extincto, no sentido de averiguar se esse precioso auxiliar do interprete ainda existia, resultáram absolutamente improductivos, apesar da boa vontade, e gentileza, com que foram attendidas as nossas perguntas a tal respeito.

Os commentadores do *codigo Francês*, mais lidos pelo autor do nosso, supponos terem sido DEMOLOMBE e MARCADE; e da *projecto Hespanhol*, foi GIOVENA.

As obras d'estes escriptores devem, por isso, prestar-nos grande auxilio na interpretação do nosso codigo civil.

¹ Conf. BEVILAQUA, *Theor. cil.* VIII; e auctores por elle citados em copiosa bibliographia.

E deve dar-se preferencia para este estudo aos commentadores, que o auctor da lei compulsou de preferencia, por ter sido ahi que o seu espirito se orientou antes de produzir a lei.

c) Consultar os trabalhos preparatorios da lei, que são para o codigo civil pouco numerosos ¹.

Com a nova orientação da doutrina scientifica sobre a interpretação das leis, os trabalhos preparatorios d'ella perderam muito do valor que tradicionalmente lhes era attribuido, chegando KOHLER a opinar que elles não deviam publicar-se por serem maiores os inconvenientes a que podem dar causa do que as vantagens ou utilidades que prestam para o entendimento das leis. Esta opinião, porém, é demasiadamente radical, e não tem justificação sufficiente, pois não pode duvidar-se que aquelles trabalhos prestam um valioso auxilio ao interprete, elucidando-o sobre as causas que determinaram o apparecimento da lei, as suas fontes, e por vezes tambem sobre o significado das phrases ambiguas nella empregadas; e não offerece grandes perigos, desde que haja o criterio necessario para lhes dar apenas o seu justo valor.

Como diz GENY ², «os trabalhos preparatorios d'uma lei não devem ser acolhidos como illustração auctorizada do texto e para sua interpretação intrinseca, senão quando as ideias nelles hauridas tenham sido expressas sem contradicção notavel, em condições que permittam attribui-las

à vontade collectiva que cria a lei, e contanto que o texto d'esta não repugne a este complemento de explicação ».

d) *Apreciar as consequencias resultantes de cada uma das interpretações a que a redacção da lei se presta, preferindo a que fôr mais equitativa e ajustada ás condições sociaes do momento*; pois não podendo suppor-se que o legislador pretendesse afastar-se das ideias moraes do seu tempo, deve repellir-se toda a interpretação que levar a consequencias injustas, ou absurdas, desde que outras sejam possiveis.

Taes são as regras fundamentais, 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 ³.

Além d'isso, a determinação da regra applicavel obtem-se nalguns casos, que a redacção da lei não pode abranger, por processos especiaes, conhecidos na doutrina por: argumento de *analogia*, que o art. 16.º manda expressamente attender quando a lettra e o espirito da lei não possam dar solução ás questões; por argumento *a fortiori*; e por argumento *a contrario sensu*.

α) O *argumento de analogia*, consiste em ampliar o preceito da lei a casos analogos áquelles, que nella foram previstos: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*.

A analogia funda-se na presumpção de que o legislador, se tivesse previsto os casos que se

¹ Como os artigos dos diversos projectos se não ajustam na sua numeração aos do codigo civil, pode consultar-se, com muito proveito, para a determinação dos lugares correspondentes, o livro do fallecido e muito crudito juriconsulto, DR. FERREIRA ALBERTO, intitulado *Subsidios para a boa interpretação do codigo civil português*.

² *Obs. cit.*, p. 256. Conf. BEVILACQUA, *Theor. cit.* 39.

³ CONF. LACANTINERIE, *Précis de droit, etc.*, t. 1. 101.

pretendem resolver, os teria submettido á disciplina jurídica que expressamente applicou aos casos analogos ou semelhantes; presumpção que é perfeitamente justificada pela necessidade logica e scientifica de coordenar todo o direito da nação ¹.

Devemos, porém, lembrar que este meio de resolver as questões não pode ser indifferentemente applicado a todas as leis, pois ha uma classe d'ellas, que exclue todo o argumento de analogia: são as *leis excepcionaes*, que sendo de interpretação restricta, não póde o seu preceito ampliar-se a casos, que nellas não tenham sido contemplados ².

E' o que expressamente se determina no art. 11.º do cod. civ., assim redigido: «*a lei, que faz excepção ás regras gerais, não pode ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei.*»

Da mesma forma, quando a lei faz uma enumeração *taxativa*, não pode a sua disposição ser ampliada a outros casos; ao contrario do que succede com a enumeração *exemplificativa*, cuja disposição comprehende outras especiaes, alem das indicadas expressamente pelo legislador.

«Mas sendo, em geral, perfeitamente legítimo o emprego da deducção logica das leis por meio da analogia, (escreve o Dr. José TAVARES), é, contudo, necessario usar d'ella com todo o rigor e precisão; isto é: somente nos casos em que haja verdadeira semelhança ou identidade entre as duas especies comparadas, e que em

ambos se verifique a mesma razão de decidir. Como diz COELHO DA ROCHA, é necessario que a razão seja precisamente a mesma; ou a *mesmíssima*, na phrase de CORREIA TELLES, alias será arriscada a interpretação» ¹.

β) O argumento *a contrario sensu*, que os romanos formulavam nos seguintes adagios: «*Qui dicit de uno, negat de altero*» e «*Inclusionem unius fit exclusio alterius.*»

Este argumento parte da vontade manifestada pelo legislador a respeito d'um facto, para lhe attribuir vontade opposta em relação a todos os outros; e é perigoso, porque a presumpção em que assenta não tem consistencia alguma, visto que a vontade do legislador bem pode exprimir-se de muitas outras maneiras.

Uma das formas mais concludentes d'este argumento é a que se baseia na intima conexão entre a *lei geral* e a *lei excepcional*; mas nem assim deixa de ser arriscado, como anteriormente dissemos ².

γ) O argumento *a fortiori*, ou argumento *a majori ad minus*, e *a minori ad majus*; pelo qual se applica o preceito d'uma lei a casos, que ella não especifica, mas onde se verificam razões mais fortes para os submeter à mesma disciplina, do que nas hypotheses previstas na referida lei. Assim, por exemplo, o art. 1867.º do cod. civ. prohibe as substituições fideicommissarias, excepto sendo feitas a favor dos netos, ou dos

¹ Conf. infra, 68, sobre as especies e funções da analogia.

² Conf. Supra, 24.

¹ *Obra cit.* p. 137 e 138.

² Conf. Supra. 42, pag. 115.

sobrinhos, filhos de irmãos; e no art. 1871.º, n.º 2.º, dispõe-se que serão havidas por fideicomissarias, 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 d'estas disposições, a favor dos netos ou dos sobrinhos, empregam o argumento *a fortiori*, dizendo que permitindo a lei ao testador nomeá-los fideicomissários *de todos* os seus bens, *por maioria de razão* lhe deve permittir nomeá-los apenas fideicomissários *de parte* d'esses mesmos bens.

E' o que vulgarmente se enuncia no adagio juridico: *quem pode o mais, pode o menos*.

Devemos, porem, observar, com um illustre juriscônsulto, que se é certo que todas estas regras tradicionaes de interpretação conservam incontestavel utilidade como condensações da experiencia, o que, segundo a mais recente orientação da doutrina, especialmente convem ao interprete *é descobrir o sentido em que se desenvolve a instituição*, para não contrariar esse desenvolvimento, antes procurando auxiliá-lo nos limites em que a regra jurídica formulada pelo legislador o consinta¹.

65 **Especies de interpretação logica.**
Os escriptores dividem geralmente a interpretação logica, sob o ponto de vista dos seus effeitos, ou antes,

¹ CONF. BEVILAQUA, *Theor. cit.* 41, e ALVARES, por este citado.

nas suas relações com a interpretação grammatical, em *declarativa*, quando tem por fim unicamente explicar um texto obscuro; ou *restrictiva*, quando se limita a applicação da lei sómente a alguns dos casos, que a sua letra comportava; ou *extensiva*, quando o seu preceito se applica a casos, que se não comportam na letra; ou, finalmente, *modificativa*, se por outra forma se determina o ambito da sua applicação, em desharmonia com o significado grammatical das palavras.

No exemplo acima apresentado, do § 1.º do art. 1149.º do cod. civ., a interpretação logica conduz á applicação da lei a casos diversos dos que a letra indicava, *sem ampliar nem restringir* o significado das palavras, e sem mesmo ter por fim a explicação de texto obscuro; é, pois, uma fôrma diversa das tres primeiramente indicadas, o que justifica a creação da nova especie, que a generalidade dos escriptores omite, de *interpretação modificativa*.

Taes expressões, no entanto, como justamente observa um escriptor, são pouco felizes, porque não traduzem com rigor a ideia, que representam.

Na verdade, fallando-se de interpretação *extensiva* e *restrictiva*,—que são as duas especies tradicionaes—parece indicar-se que ellas têm por fim alargar ou diminuir o *conceito* da propria lei, o que não seria de modo algum *interpretar*, mas sim *violar* a lei; quando é certo que o fim unico de taes processos de interpretação é sómente *ampliar ou restringir o significado das palavras*, em harmonia com o pensamento revelado ou conhecido do legislador, porque o *espírito da lei* não está nas suas palavras, mas no pensamento ou vontade do legislador¹.

¹ P. BONFANTE, *Ist. di dirit. rom.* 24.

§ 19.º — Direito civil subsidiário. *Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem 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* (cod. civ. art. 16.º).

É o que se chama direito subsidiário, ou fontes subsidiárias do direito civil.



Diversidade de criterios legais.

Collecado em face d'um caso concreto, e obrigado a definir a sua disciplina juridica¹, póde o juiz não encontrar no direito positivo, devidamente interpretado, os elementos necessarios para a sua decisão; porque sendo naturalmente limitada a previsão humana, e cada vez mais complexas e variadas as relações sociaes, não é para admirar que alguns phenomenos se produzam na vida da sociedade, alóra da tutela juridica das leis positivas.

É assim acontece, na verdade, ainda mesmo nos povos de mais perfeita e moderna legislação; chamando-se *casos omissos* a esses factos, e direito subsidiário ás regras ou principios que o julgador tem de applicar na sua decisão.

Diversos tem sido, porém, entre nós os criterios adoptados pela legislação, onde o *direito romano*, o *direito canonico*, as *leis estrangeiras*, a *analogia*, os *usos e costumes*, o *direito natural* e a *equidade* figuram, em epochas differentes, entre as fontes subsidiárias do direito; variando egualmente nas legislações estrangeiras as regras a tal respeito estabelecidas.

Todos estes criterios são bastante imprecisos, deixando ao juiz larga margem para arbitrio; mas este inconveniente é preferivel ao de deixar sem solução as questões submettidas a julgamento, quando não ha lei expressa, que as regule, ou ao de referir ao poder legislativo, ou ao executivo, esse julgamento, visto não ser attribuição d'estes poderes o julgamento de quaesquer questões de caracter civil, e não haver meio de os compellir a julgar, quando lhes não conviesse fazê-lo.

Demais, o arbitrio dos tribunaes, nos proprios tribunaes superiores encontra natural limitação; ao passo que se fôra o poder legislativo a pronunciar-se, a sua decisão, por mais injusta e violenta que fosse, não encontraria correctivo algum: e quasi o mesmo succederia, se aquella attribuição fosse deferida ao poder executivo.

O nosso codigo civil deu preferencia ao *direito natural*, por proposta do sr. LEVY MARIA JORDÃO, secretario da Comissão revisora, que na sessão de 15 de março de 1860, lembrou a substituição da *equidade*, que figurava no Projecto, por aquelle direito¹.

No entanto, o nosso legislador determinou ao mesmo tempo que o juiz tomasse em consideração *as circumstancias do caso*, para bem applicar aquelle direito; de modo que para resolver os *casos omissos* devem os tribunaes pesar devidamente as circumstancias que em cada um se verificam, para os integrar no systema geral da legislação patria, decidindo-os pelos principios do *direito natural*, por modo a facilitar e garantir o desenvolvimento natural dos institutos juridicos, mantendo a coordenação organica do direito nacional.

¹ Supra, § 17, 58.

¹ Actas, pag. 8; Proj., art. 13.º

E' por isso, que alguns escriptores fazem corresponder os principios do *direito natural*, assim modificados, aos *principios geraes do direito*, que são os principios ou regras geraes, universalmente acceitos como bases fundamentaes de toda a sciencia juridica, apenas modificados em relação a cada país pelas ideias primordiaes em que se appoiam os institutos juridicos, no ambito dos quaes surgiram os casos a resolver, ou que tem analogia natureza; e outros vão ainda mais longe, affirmando que *principios geraes de direito, direito natural, espirito da lei, e equidade* pretendem significar a mesma cousa: tratando-se de indicar como fontes suppletivas do direito positivo, as regras mais geraes que constituem o fundamento mesmo da sciencia e da arte do direito, não sómente os principios que dominam o direito nacional, como ainda o conjuncto dos preceitos essenciaes que servem de expressão ao phenomeno juridico ¹.

Esta doutrina, porém, é contestavel, dada a variedade de opiniões sobre o significado especial e technico de cada uma d'aquellas expressões; o que apenas vem demonstrar a necessidade, que aos legisladores se impõe, de precisarem o sentido que a taes palavras attribuem, ao indicarem as fontes subsidiarias do direito.

Para o sr. DR. JOSÉ TAVARES os *principios fundamentaes do direito* não podem servir para *direito subsidiario* porque fazem parte integrante do proprio direito formulado; quer dizer: aquelles principios constituem um valiosissimo elemento para a interpretação das leis, e, portanto, não podem considerar-se direito subsidiario, porque este consiste precisamente no direito applicavel aos *casos omissoes*, e não devem considerar-se taes os que podem resolver-se pela lei devidamente interpretada ou esclarecida por aquelles principios ².

¹ C. BEVILAQUA, *Theor. cit.*, 33.

² *Obr. cit.*, pag. 96.

67 A equidade.

Quanto à *equidade*, muitas são as noções que se disputam caracterisá-la devidamente; mas a propria diversidade de pareceres, attestando a impossibilidade de a definir rigorosamente, aconselha a sua exclusão das leis positivas, onde, todavia, figura, não como fonte geral subsidiaria do direito, mas como principio geral regulador da applicação do *direito commercial*, no art. 3.º do cod. de proc. comm., o qual declara que o *juizo commercial é essencialmente juizo de equidade*, «simples letreiro decorativo, no dizer d'um commentador, mera declaração theorica d'uma faculdade que não pode ser exercida, ou de uma aspiração que não pode ser realisada ¹».

O sr. VISCONDE DE SEABRA, que, como dissemos, indicava no sen *Projecto* a equidade como fonte subsidiaria do direito civil, definia, em discussões posteriores, a sua ideia, identificando-a com os *principios do direito natural ou da boa razão* ²; e, neste sentido, ella subsiste ainda no codigo civil, embora sob outra rubrica.

68 A analogia; suas especies.

A *analogia* foi tambem adoptada pelo nosso legislador, no art. 16.º do cod. civ., como elemento de decisão dos casos que não possam resolver-se nem pelo texto nem pelo espirito da lei; mas é materia controversa se ella apenas constitue um dos elementos da interpretação logica, ou se deve considerar-se verdadeiro direito subsidiario.

Alguns escriptores distinguem duas especies de analogia: *analogia legal* e *analogia juridica*; consistindo a primeira na applicação da lei a casos por ella não regula-

¹ BARBOSA DE MAGALHÃES, *Cod. compl. de proc. comm.* (2.ª ed.) pag. 6 e 7.

² *Resposta ás reflexões do sr. Visconde Ferrer Netto Paiva*, pag. 50.

dos, mas nos quaes ha identidade de razão ou similhaça de motivo; e a segunda em colher d'um complexo juridico os principios que o dominam, applicando-os a casos onde haja similhaça de motivo, como succede, por exemplo, quando uma questão sobre direitos reaes, ommissa no direito positivo, se resolve pelos principios geraes reguladores do direito de propriedade ¹.

A *analogia legal* baseia-se numa disposição concreta e particular da lei, para resolver por forma identica um caso similhante; a *analogia juridica* ou *analogia de direito* baseia-se, não em certos e determinados preceitos da lei, mas em principios geraes estabelecidos pela lei, tomados no seu conjuncto.

A *analogia legal* reduz-se, pois, substancialmente á interpretação logica da lei, integrando no seu preceito casos que o respectivo texto não abrange; a *analogia de direito*, pelo contrario, sem deixar de apoiar-se na lei escripta, onde vae beber os principios que lhe cumpre applicar, desprende-se das suas regras particulares e forma ella propria a regra pela qual se resolve o caso. Não ha, pois, nesta segunda especie, uma interpretação da lei, no sentido rigoroso da expressão; mas a *formação d'uma lei particular* com os principios geraes deduzidos da lei geral.

E' por isso que WINDSCHEID sustenta que a analogia apparece como um systema intermedio entre a *interpretação* e a *creação* do direito. «Por um lado, escreve elle, appoia-se na lei escripta, onde encontra a sua base essencial, podendo dizer-se que, em virtude da hypothese da unidade organica do direito, visa a supprir a deficiencia do pensamento legislativo e a preencher as lacunas da sua fórmula; por outro lado, analysando o espirito geral do systema juridico e as novas relações que se apresentam

á observação para as integrar no quadro d'este systema, eleva-se necessariamente acima dos textos, procurando e formulando os principios susceptiveis de receber, sob a forma de regras novas, novas adaptações».

As *Ordenações do reino* já referiam a analogia como elemento de applicação da lei a casos não prevenidos nella expressamente, como se vê no livro 3.º do titulo 69, pr.: «*porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de similhante a similhante*»; e no tit. 81 § 2.º do mesmo livro, onde se lê: «*e isto que dicto é em estes casos aqui especificados haverá lugar em qualesquer outros similhanes em que a razão pareça ser igual*»; e até com maior correção do que o cod. civ., que manda resolver as questões *pelos casos analogos* (art. 16.º), quando a expressão rigorosa seria «*pelo direito regulador de casos analogos*», pois só pelo direito podem os juizes decidir as questões.

Esta incorrecção da forma, porem, não escurece a ideia, que é perfeitamente comprehensivel: mas não succede o mesmo com a expressão *outras leis*, referida no mesmo artigo, sobre cujo significado se tem levantado duvidas, sendo quatro as opiniões a tal respeito apresentadas.

Com effeito, ao passo que uns sustentam: *a)* que aquellas palavras se referem apenas ás disposições do cod. civ.; outros affirmam: *b)* que ellas se referem a todo o direito portuguez vigente; outros: *c)* que nellas se comprehende tambem o direito estrangeiro; e, finalmente, alguns: *d)* que taes palavras se referem apenas ás leis portuguezas, com exclusão do cod. civ. ¹.

Não encontrando razão alguma que indique a necessi-

¹ Conf. VASCONCELLOS PORTOCARRERO, *Questões de jurisprudencia theorica e pratica*, pag. 103 e segs.

¹ BEVILACCA, *Theor. cit.* pag. 43 e 44.

dade de interpretar restrictivamente aquella disposição legal, e pelo principio de que *não pode o interprete distinguir onde a lei não distingue*, optamos pela segunda opinião referida.

69 O direito romano e estrangeiro.

O *direito romano*, foi pelas *Ordenações* mandado applicar nos casos omissos, quando conforme á *boa razão* (livr. 3.ª tit. 64); e a lei de 18 de agosto de 1769, procurando remediar o abuso que á sombra de tal disposição se fazia nos tribunaes, onde a legislação patria era postergada por aquelle direito, entre outras notaveis providencias, restringiu muito a sua applicação, prohibindo que entre nós se dêsse valor: 1) aos preceitos que se fundassem em superstições ou costumes peculiares do povo romano: 2) e que regulassem materias politicas, economicas, mercantis e maritimas; por entender o legislador que melhor correspondiam as leis modernas das nações christãs ás necessidades correlativas do povo português, do que as disposições do direito romano; mas não indicando essa lei o criterio que deveria guiar o interprete na determinação das outras leis romanas que deviam considerar-se baseadas na *boa razão*, accentuáram-se as divergencias entre os interpretes a este respeito, como exemplificativamente o demonstrou CORRÊA TELLES, no seu commentario áquella lei, viudo, por isso, os *Estatutos da Universidade* de 28 de agosto de 1772 (liv. II, tit. V, cap. III) escla-recer que se deviam considerar taes *as leis romanas aceitas pelo uso moderno*, formulando as duas regras seguintes para investigação d'este facto:

1.ª -- verificar se a lei é fundada em alguma razão puramente civil e peculiar do povo romano, v. gr., da sua religião, costumes e maximas, ou circumstancias dos tempos, que hoje não existem, para a regeitar;

2.ª -- consultar o uso, que d'estas leis fazem as nações

modernas da Europa, examinando para esse fim as obras dos jurisconsultos mais acreditados, ou as disposições dos seus codigos, para as seguir se por elles estão adoptadas, ou vice-versa.

O nosso codigo baniu completamente no art. 16.º o direito romano como fonte subsidiaria do direito civil português; e com elle o recurso aos codigos estrangeiros, como expressamente se dizia no art. 13.º do Projecto, onde se liam as seguintes palavras: «*sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade*».

Foi na mesma sessão em que se resolveu substituir a *equidade* pelo *direito natural*, como fonte subsidiaria do nosso direito civil, que a commissão revisora do codigo, por proposta do seu secretario, deliberou tambem supprimir estas palavras, certamente por as considerar inuteis.

Não queremos, porem, significar com isto que os tribunaes portuguezes não tenham algumas vezes que applicar leis estrangeiras; pois é certo que, por disposição da nossa lei, factos ha que não podem ser apreciados pelo direito nacional, v. g., o estado e capacidade civil dos estrangeiros, que devem ser apreciados pela lei da sua nacionalidade (cod. civ. art. 27.), etc.

Nestes casos, porem, as leis estrangeiras são invocadas em cumprimento das leis patrias, e não como subsidiarias dos seus preceitos.

70 O direito canonico.

Ao *direito canonico* se não refere o nosso codigo civil no art. 16.º; mas a elle tem o interprete de recorrer tambem nalguns assumptos, em condições identicas áquellas em que recorre ás leis estrangeiras. E' o que succede

em materia de casamento, quando celebrado catholicamente (cod. civ., art. 1069.º).

A sua influencia, todavia, sobre a evolução do direito patrio foi poderosissima, encontrando-se nolle a origem de alguns institutos actuaes e das transformações que soffreram alguns outros, que o direito romano legou aos povos modernos: chegando a ser necessario que o nosso legislador tomasse providencias especiaes para evitar a sua preponderancia sobre a lei nacional em muitos casos (cit. lei de 18 de agosto de 1769), pois as *Ordenações Affonsinas* (liv. II, tit. IX, §§ 1.º e 2.º), *Manuelinas* (liv. II, tit. V) e *Philippinas* (liv. III, tit. LXIV) consideravam o direito canonico como subsidiario nos casos não determinados por leis do reino, ou estylo da côrte, ou costume d'estes reinos antigamente usado, e que *encolressem peccado*.

O direito canonico, como o direito romano, não figuram, pois, actualmente entre as fontes subsidiarias do nosso direito civil, applicando-se aquelle somente em materia de casamento, por mandado da lei, que integrou nos seus preceitos aquellas disposições que, mais ou menos modificadas, se harmonisam com as condições de vida e desenvolvimento da sociedade actual.

Como expressamente se determina no art. 16.º do cod. civil, quando o texto e o espirito da lei, e a analogia, não bastarem para a decisão das questões sobre direitos e obrigações, o interprete só pode recorrer *aos principios do direito natural*, applicando-os em harmonia com as circumstancias do caso.

§ 20.º — Regras particulares da applicação das leis civis. *Determinado o sentido da lei civil e o seu alcance, nos termos que anteriormente ficam indicados,*

deve o juiz observar ainda na sua applicação as regras especiaes, formuladas expressamente pelo legislador nos artigos 7.º, 12.º, 13.º, 14.º e 15.º do codigo civil, as quaes podemos syntheticamente reduzir a tres principios: 1) da igualdade da lei; 2) da legitimidade dos meios indispensaveis para o exercicio dos direitos; 3) e da conciliação de direitos e interesses oppostos.

71 Importancia d'estas regras.

Os principios consignados nos artigos do codigo civil, que ficam citados, são geralmente admittidos em todos os povos, como irrecusaveis conquistas da sciencia juridica. Não precisava, por isso, o legislador de os formular concretamente, porque constituindo elles o substractum da moderna legislação portugueza, dimanavam dos seus diversos preceitos, e teriam sempre de observar-se.

Não censurámos, porem, o legislador por os ter inserido no codigo civil, pois tudo o que tender a definir claramente os direitos dos cidadãos, coarctando o arbitrio dos tribunaes e restringindo o campo, sempre vasto, da incertesa do interprete, merece o nosso applauso, porque preferimos repetições inuteis, a omissões que possam gerar a duvida.

Além dos principios referidos, outros estabelece o nosso codigo sobre a applicação da lei em casos particulares, v. g. no art. 685.º, para o caso de dúvida sobre os accessorios do contracto; mas ao passo que estes apenas se applicam nas materias para que foram estabelecidos, aquelles, tendo character geral, devem observar-se sempre que a lei não determine o contrario.

Vamos por isso, occupar-nos de cada um d'elles, embora alguns sejam de muito rara applicação, e, por isso mesmo, de minguada importancia pratica.

§ 21. — O principio da egualdade da lei. *A lei civil é egual para todos, e não faz distincção de pessoas nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados* (cod. civ. art. 7.º).

72 Egualdade e desigualdade juridica.

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 ao de todos os outros que se encontram em situação identica, mas diverso do 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 sexo, está sujeito ou não a quaesquer preceitos especiaes, que devam prevalecer sobre o direito commun.

Quando taes preceitos não existam, a idade e o sexo são condições sem valor para collocarem em situação desigual os litigantes.

Já a nossa Carta const. 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 aproximadamente egual á do homem; sendo desde muito

porfiados os esforços de alguns pensadores no sentido de se estabelecer a perfeita egualdade civil dos dois sexos.

Essa egualdade, no sentido da identidade de direitos e obrigações, parece-nos irrealisavel, por não poder a lei apagar differenças, que a natureza estabeleceu; mas podem e devem desapparecer da nossa legislação alguns preceitos inspirados por uma injustificavel tradição, viuda dos tempos em que a mulher era na familia um simples instrumento de prazer para o homem, e na sociedade um ente inferior e quasi desprezivel em face da propria lei, embora *de facto* o seu espirito, a sua belleza, mais ainda do que a sua virtude, lhe assegurassem uma larga e notavel influencia.

E', com effeito, necessario determinar nas leis a função da mulher na sociedade, em harmonia com as suas idoneidades, physicas e moraes; e assegurar-lhe, dentro dos respectivos limites, o exercicio integral e livre da sua actividade, parallelamente, e com garantias analogas ás concedidas ao homem, seu egual, e quando muito seu chefe, mas de modo nenhum *seu senhor*.

E quem falla da necessidade de alargar e fixar em bases racionais a situação juridica da mulher, implicitamente affirma outra necessidade, com ella intimamente coordenada, qual é a de tornar possivel e proveitoso o exercicio das respectivas faculdades legaes da mulher, *educando-a convenientemente* para tal fim: pois seria mais perigoso confiar-lhe o exercicio de novas e importantes funções, sem prévia preparação do seu espirito, e transformação dos seus hábitos, do que é lamentavel o deixá-la na sua actual situação, desde que os costumes, mais fortes do que o proprio direito escripto, lhe assegurem uma condição real na sociedade muito superior á que nas leis se lhe reconhece.

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 facilidades: 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 forma, qualquer que seja a pessoa a quem elles possam interessar, salvo nos casos especialmente exceptuados d'esta regra pela mesma lei.

Só assim pode e deve entender-se o art. 7.º do cod. civ.

75 A desigualdade humana e a egualdade jurídica. O exame das disposições da nossa legislação, que constituem excepção ao principio geral da *egualdade da lei*, mostra claramente que o legislador se não preoccupou com pessoas, individualmente consideradas, mas com certas condições geraes, que procurou disciplinar por maneira uniforme.

Essas condições ou qualidades, que formam o *estado das pessoas*, é que servem de criterio á determinação da *capacidade d'estas*, ou seja ao complexo dos direitos e obrigações que gosam, ou podem gosar na sociedade.

Com effeito, tratando-se, por exemplo, do *sero*, e da *idade* que são elementos do *estado civil*, como teremos occasio de ver mais desenvolvidamente, o nosso código permite o casamento ao homem com 14 annos de idade e á mulher com 12 annos (cod. civ. art. 1073.º, n.º 4.º).

Não distingue, porém, entre pessoas mais ou menos intelligentes e illustradas, nem attende ao seu desenvolvimento physico, equiparando legalmente, sob este ponto de vista, todos os homens maiores de 14 annos, e todas as mulheres maiores de 12 annos, partindo assim do presupposto da egualdade entre si, respectivamente, de todos os homens e de todas as mulheres com a idade indicada.

Ora a mais ligeira observação dos factos demonstra que profundas differenças existem entre pessoas nas condições indicadas, tanto sob o ponto de vista do seu desenvolvimento physico, como do seu desenvolvimento intellectual e moral. E assim, duma forma geral podemos dizer que a lei civil, equiparando pessoas que a natureza e a educação fez deseguaes, não traduz um principio de justiça, nem satisfaz ao criterio que presumidamente inspirou aquelle preceito: qual é a presumpção de que *todos* os homens com 14 annos de idade, e *todas* as mulheres com 12, estão physica e moralmente aptos para conscienciosamente apreciarem os effeitos do seu acto e realizarem os fins sociaes do matrimonio; e simultaneamente a presumpção de que *nenhum* homem e *nenhuma* mulher antes d'aquellas idades se encontra nas mesmas condições.

Como este, poderíamos multiplicar aqui os exemplos tirados da lei civil, e de outras leis com diversa natureza; mas bastará, para dar relêvo ao principio que pretendemos accentuar, uma breve referencia ao nosso direito penal, onde o principio da *egualdade da lei* é mantido com pequenas excepções, que respeitam especialmente á idade e ao estado mental do autor do facto criminoso.

No código penal, com effeito, o legislador estabeleceu e definiu taxativamente os factos criminosos, e determinou as penas correspondentes, que o tribunal tem de applicar *sem distincção de pessoas nem de sero*, salvas as poucas

excepções que resultam da própria natureza do crime, ou que figuram entre as circunstancias attenuantes, derimentos ou agravantes da penalidade.

Esta applicação do principio da *egualdade da lei* em materia criminal, pelas flagrantes e incontestaveis injustiças a que dá causa, provocou uma forte reacção na sciencia do direito penal, que defende modernamente, como principio basilar do direito criminal, a *individualisação* da pena, *punindo-se os criminosos* conforme a sua maior ou menor temibilidade e responsabilidade, e *não os crimes* conforme a sua maior ou menor gravidade objectiva. E assim acontece que dois homicidas, que *materialmente* praticaram factos identicos, deverão ser diversamente punidos, se diversas são as qualidades que a natureza, a educação ou o meio lhe deram, tornando-os mais ou menos perigosos á ordem social, e mais ou menos conscientes na pratica dos respectivos crimes.

No campo do direito privado, onde uma forte corrente de transformação se accentua modernamente na obra dos civilistas philosophos, outra é a orientação da doutrina, que certamente não encontra possibilidade de applicação geral do principio exposto ás relações sociaes, que este direito abrange e tutela.

No entanto é preciso reconhecer que, em muitos dos seus capitulos, a sciencia do direito privado poderia e deveria seguir *pari-passu* as reivindicações da sociologia criminal, partindo da *realidade dos factos*, que accusam profundas desigualdades entre os homens, para a desigualdade de direitos, que d'aquella logicamente resulta.

Se entre os criminosos da *escola classica* do direito criminal se encontram, no justificado dizer de modernos criminalistas, tão profundas desigualdades, que a punição *igual* de todos elles representa uma injustiça monstruosa, como pode admittir-se que esses mesmos homens possam

ser entre si equiparados no campo do direito privado, por simples obediencia ao principio da *egualdade da lei*, que é commum aos dois ramos do direito, e em ambos fundado sobre o mesmo criterio falso?

A responsabilidade civil, por exemplo, quer derive de factos criminosos, quer não, poderá com justiça continuar a reger-se pelos mesmos principios, abstracta ou materialmente, sem tomar em consideração a pessoa do violador do direito alheio? Assim, quando alguém entra no meu predio e se apropria dos fructos que nelle existem e me pertencem, pratica um facto que origina responsabilidade civil e criminal. Quanto a esta, para scienticamente a graduar, o juiz deve apreciar as *qualidades pessoais* do violador do meu direito de propriedade, pondo em segundo plano o facto material do crime, para exaurinar e classificar o criminoso; mas na ordem civil já nada importam aquellas qualidades do agente, e só ha que considerar o facto em si mesmo, materialmente.

Esta patente divergencia de criterio é injustificavel, e choça profundamente o principio de justiça, que o estudo do criminoso procura remediar; e se a perda da liberdade affecta mais profundamente o nosso sentimento do que a perda da propriedade, o certo é que, por um lado, a propria responsabilidade criminal pode traduzir-se tambem, e algumas vezes do facto se traduz somente na perda da propriedade (quando o arguido é condemnado em multa, ou em custas); e, por outro lado, a liberdade e a propriedade são direitos que as leis garantem analogamente. Portanto, e mesmo sob este aspecto, os principios que regem uma, devem reger a outra.

Em materia de *capacidade*, quando esta se refere ao exercicio dos direitos, o principio da *egualdade da lei* conduz ás mais extranhas consequencias, deixando o homem culto, perspicaz, e de precoce desenvolvimento

amarrado irremediavelmente á mesma incapacidade que fere o boçal, estúpido e tardo de intelligencia, aos quaes o fatal decorrer do tempo equipára na minoridade e na maioridade: deixa a mulher intelligente, activa, e illustrada na mesma situação de inferioridade que a mão egreja do homem traçou á mulher ignorante, inepta, e sem cultura: ao marido desleixado, vicioso, e brutal equipára nos direitos sobre os bens do casal e em relação á esposa e aos filhos, o marido agenciador, de vida escrupulosa, e affectuoso.

Todas estas impressionantes applicações do principio da *igualdade da lei*, que derivam do falso presupposto da *igualdade das pessoas* comprehendidas em certas categorias, geram naturalmente no espirito a nova ideia da *individualisação* do direito privado, apoiada na verificação irrefragavel da *desigualdade* que entre os homens existe, á semelhança do que modernamente se reivindica na sciencia criminal.

A lei poderia, com effeito, estabelecer a presumpção de equaldade real entre as pessoas em identicas e definidas condições, attribuindo lhes, como regra geral, certos direitos e obrigações: mas, invertendo a natureza d'essa presumpção, admitindo prova em contrario, deixaria ás exigencias da realidade a possibilidade d'uma justa satisfação.

Por exemplo: fixando a maioridade aos 21 annos, o legislador partiu das seguintes presumpções: 1) que antes d'aquella idade o homem e a mulher não tem o desenvolvimento necessario para regerem suas pessoas e bens; 2) e que todos os maiores de 21 annos são susceptíveis do exercicio dos seus direitos. Admittindo, porem, prova em contrario, qualquer individuo, antes d'aquella idade, poderia demonstrar perante o juiz que estava apto para o exercicio dos seus direitos, devendo ser declarado maior;

e poderia igualmente, quem nisso tivesse interesse, levar ao tribunal os maiores de 21 annos para demonstrar que elles não estavam aptos para regerem sua pessoa e bens.

E preferimos este exemplo a qualquer outro, porque no direito civil encontramos já esboçada, embora em termos restrictos, a applicação d'estes principios no instituto da *emancipação* (embora limitada a determinada idade), e na privação do exercicio dos direitos civis por motivo de demencia, prodigalidade, etc.

Bastaria até, para integração completa da ideia fundamental que expozemos sobre a incapacidade dos maiores, que se alargasse o significado da *interdição por demencia* a todos os casos em que o individuo, por deficiencia do seu desenvolvimento physico ou moral, não está habilitado para exercer os seus direitos, em harmonia com as tendencias da moderna jurisprudencia.

Maior e bem mais fecunda seria nos seus effeitos a transformação do nosso direito positivo sobre a base apontada, enquanto ás differenças resultantes da diversidade de sexo, que se appoia geralmente na *presumpção de inferioridade da mulher em relação ao homem*, e particularmente, em materia de capacidade para se casarem, na *presumpção do seu mais rapido desenvolvimento*, que, em certo modo, collide com aquella.

Em verdade, fixando a lei a idade de 12 annos para a mulher poder casar-se, e a de 14 para o homem, não pode, evidentemente, attender apenas ao desenvolvimento physico, mas tambem ao da propria intelligencia, para bem poderem apreciar os effeitos e importancia do acto que vão praticar. Admitte, assim, o legislador que a intelligencia da mulher aos 12 annos pode equiparar-se á do homem aos 14; mas, celebrado o matrimonio, esta superioridade da mulher desaparece, e o seu papel na familia, sob o ponto de vista juridico, quasi pode expri-

mir-se na phrase do art. 1185.º do cod. civ.: *prestar obediencia ao marido!*

Ambas estas presumpções *juris et de jure*, pois não admittem prova em contrario, são falsas e de perniciosos effeitos sobre a moralidade e o desenvolvimento da familia, em que deve apoiar-se, no meu entender, a transformação moral da sociedade portugueza.

Permitir á mulher, pelo facto de haver attingido 12 annos de idade, que se case, sem attender ás differenças fataes que a natureza e a educação imprimem em taes creaturas, é uma verdadeira monstruosidade, de effeitos deploraveis sobre a vida futura da familia, e um estímulo á ganancia de paes pouco escrupulosos, ou erradamente orientados sobre a felicidade dos filhos; privar a mulher da sua iniciativa e actividade sobre os proprios bens e sobre os do casal, estabelecer o predomínio absoluto do marido nos negocios da familia, quasi aniquillando a capacidade jurídica da mulher, sem attenção alguma pelas *qualidades pessoais* dos conjuges, é lançar no lar domestico um fermento vigoroso de desorganisação familiar, cuja acção sobre a vida social não pode deixar de ser funesta.

Ea quereria antes que o legislador só excepcionalmente permittisse o casamento dos menores, quando se verificasse *individualmente* a sua capacidade; pois sendo necessaria a demonstração (embora com pequenas garantias entre nós) de que *certo menor* pode reger sua pessoa e bens para ser emancipado, não seria de mais que identica demonstração se fizesse para legalmente poder celebrar o importante e grave contracto matrimonial. E quanto á *situação relativa dos conjuges*, em vez de basear-se a vida da familia sobre a falsa presumpção da superioridade do sexo masculino sobre o feminino, e, porventura, sobre a necessidade de por esta forma assegurar a unidade da familia, melhor fôra, e mais justo, partir da *igualdade dos sexos*, que a lei reco-

nhece entre maiores no momento do matrimonio, apoiando a unidade e a felicidade da familia no amor e no respeito reciproco dos conjuges, vivendo, pelo que respeita aos bens, em simples sociedade de interesses, administrando simultaneamente os bens do casal, ou cada um os seus, acabando com a situação excessivamente privilegiada do marido, e deixando ao conselho de familia, ou ao poder judicial resolver os conflictos familiares pela limitação das faculdades geraes estabelecidas em principio, dando predomínio ao mais idoneo, conforme os casos, quando a influencia moral que a intelligencia, a cultura do espirito, e os sentimentos affectivos sempre exercem não lograsse manter o equilibrio necessario á felicidade domestica.

Esboçando estas ideias sobre o principio da *igualdade da lei* não desconhecemos a impossibilidade de tirar do facto da *desequaldade das pessoas*¹ as suas ultimas consequências, que levariam, quasi, a fazer uma lei especial

¹ MONTAIGNE, apreciando espirituosamente uma observação de PLUTARCHO, que dizia encontrar-se maior differença entre um homem e outro homem do que entre um animal e outro animal, acrescentava que ha maior distancia entre um homem e outro homem, do que entre um homem e uma besta (*Essais*, liv. I. cap. XI, II. 242). Conf. GIOVANNI SAVARONE, *Il diritto d'uguaglianza*, Palermo, 1893. «Non esistono in natura due individui, che siano eguali: due alberi della stessa specie non hanno nè la stessa forma, nè lo stesso volume e numero di tronchi, nè la stessa quantità di foglie e di frutti. Due animali nati dalla stessa coppia differiscono sia nel colorito della pelle, del pelo o delle piume, sia negli organi, sia nell'intelligenza, ecc. Tra due uomini anche della stessa famiglia vi ha un abisso: l'uno è magro e stecchito, l'altro grasso e robusto; i lineamenti del viso dell'uno differiscono da quelli dell'altro, onde l'uno è bello, brutto l'altro; l'uno è biondo, l'altro nero; l'uno ha alta statura, l'altro l'ha bassa; l'uno ha un temperamento sanguigno, l'altro flogistico; l'uno è sagace, intelligente ed attivo, l'altro grullo, incapace ed accidioso; l'uno gioviale, l'altro gramo; l'uno ha tendenza alle scienze alle lettere, alle arti, l'altro tende al giuoco e all'ebrietà. Io potrei così continuare lungamente per una infinità di caratteri fisici e morali, che distinguono due individui della stessa famiglia, i quali, pur avendo in gran parte comune la materia della legge d'adattamento generale, differiscono per la diversità delle condizioni in cui vivono, cioè per la materia della legge d'adattamento particolare».

para cada homem; mas, sendo esta desigualdade incontável, a lei não deve ignorá-la, mas procurar criteriosamente harmonisá-la com a necessidade social de estabelecer regras geraes, que facilitem as relações entre os homens, equiparando-os em princípio, mas deixando quanto possível aberta a porta das reclamações áquelles, que a natureza, a educação e o meio fizeram profundamente desiguaes, visto que, como dissemos, *a verdadeira egualdade consiste em tratar desegualmente pessoas em condições desiguaes*.

§ 22.—O principio da legitimidade dos meios indispensaveis para o exercicio dos direitos. *Toda a lei que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio* (cod. civ. art. 12.º); e quem, em conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio (civ. cod. art. 13.º).

74 Alcance e applicações da primeira regra.

A primeira regra enunciada, e que se contem no art. 12.º do nosso código, tem sido observada desde o tempo dos romanos: e Coelho da Rocha, enumerando-a entre as condições de *exercicio dos direitos*, fundamenta-a em dois textos do Digesto ¹.

Foi seguramente á obra d'este insigne jurisconsulto que o auctor do código a foi bober 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 código; e por isso, não pode o sujeito do direito, na falta de indicação, geral ou especial, dos meios legaes para o seu exercicio, usar indifferentemente d'aquelles, que mais gratos lhe forem, pois a lei só legitima os *indispensaveis*.

Assim, por exemplo, o art. 486.º do cod. civ. reconhece ao possuidor, que fôr perturbado ou esbulhado da sua posse, o direito de se manter ou restituir por sua propria força e auctoridade, contanto que o faça em acto consecutivo; mas não define em parte alguma quaes os meios, pelos quaes pode exercer este direito.

Poderá elle, acaso, usar de quaesquer meios *de força* para se manter ou restituir á sua posse?

Seguramente não: a lei só legitima os *factos indispensaveis*, ou seja, na hypothese, o emprego da força sómente nos limites em que ella se torne precisa para os indicados fins; sendo illegal, e até criminoso, o uso de violencias desnecessarias por parte do possuidor.

Por esta forma, 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 pegasse d'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 igual-

¹ COELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, § 49.

mente de violencia, esta, sendo então *meio indispensavel* para o exercicio do meu direito, é perfeitamente legitima ¹.

Uma das especies, em que mais vulgarmente se recorre ao preceito d'este artigo 12.º do cod. civ., como justificação de actos praticados á sombra do cit. art. 486.º, é a da *posse das servidões*, especialmente das descontinuas.

Como pelo disposto no art. 490.º as acções possessórias 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 *própria força* para se manter ou restituir, afim de evitar os inconvenientes e despesas da respectiva acção ordinaria; ainda que, na opinião de alguns, este meio é inadmissivel nos casos em que aquellas acções não podem ter lugar ².

75 Alcanço e applicações da segunda regra.

A segunda regra enunciada é ainda uma illação necessaria dos principios estabelecidos, e tambem encontra a sua origem no direito romano, de onde foi reproduzida pelo nosso Coelho da Rocha, no citado § 49 das suas *Instituições*, com a restricção apenas de que, na lição d'este escriptor, o sujeito do direito respondia pelos prejuizos

¹ Conf. *Supra*, 10 e 17.

² O nosso povo, sempre astuto na defesa dos seus interesses, usa geralmente d'um 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 atalhados, 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.

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 d'este mesmo exercicio nunca podem ser motivo de responsabilidade para quem os produz, visto que a responsabilidade civil somente se origina na offensa ou violação dos direitos alheios, como se reconhece expressamente no art. 2361.º do mesmo codigo.

No entanto, é necessario que o direito seja exercido *em conformidade com a lei*, como terminantemente se dispõe no citado art. 13.º; pois o direito só existe para os effeitos legais nos precisos termos em que a lei o define e especifica.

Assim, por exemplo, o art. 2317.º do cod. civ. permite ao dono de qualquer predio plantar arvores ou arbustos a qualquer distancia da linha divisoria, que separa o predio vizinho d'aquelle em que a plantação fór feita; mas declara tambem que o proprietario vizinho pode 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 3 dias*.

Deste modo, o direito do proprietario vizinho a cortar os ramos e as raizes da arvore só pôde 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 pode ser feito judicialmente, como particularmente, na presença de duas testemunhas, em harmonia com o disposto, para caso analogo, no art. 711.º do cod. civ.

Em taes condições, se do corte 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 corte das raizes ou dos ramos sem previo aviso, e 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 pode, até, caber-lhe responsabilidade criminal, se tiver procedido com dolo ao *aprumar* a arvore.

§ 23. — O principio da conciliação de direitos e interesses oppostos. *Quem, exercendo o proprio direito, procura interesses, deve, em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos* (cod. civ., art. 14.º).

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 (cod. civ., art. 15.º).

76 Alcanço e applicação d'estas regras. As regras dos artigos 14.º e 15.º do cod. civ. previnem a hypothese de haver collisão de direitos, isto é, de concorrerem simultaneamente dois direitos oppostos, cuja realisação integral é impossivel por virtude de circumstancias de facto que occurram no momento; e resolvem essa collisão por modo a evitar prejuizos, o mais que fôr possivel.

E assim que na collisão de direitos eguaes, ou da mesma 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. 16.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 crédito, de modo a perderem todos por egual; v. gr. se PAULO deve a MANUEL 600\$000 rs., e a João 400\$000 rs., não tendo mais de 500\$000 reis para pagar aos dois, MANUEL recebe apenas 300\$000 reis, e João 200\$000 reis, perdendo, assim, cada um metade do seu crédito.

Com respeito á regra do art. 14.º affirma o sr. 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 » 4.

CAPITULO IV

Das cousas e suas especies

§ 24. — Significados da palavra coisa. *A palavra coisa póde ser tomada em diversos sentidos:*

a) *no sentido lato, coisa diz-se em direito tudo aquillo que carece de personalidade (cod. civ. art. 369.º);*

b) *no sentido proprio ou técnico, apenas se considera coisa aquillo que não tendo personalidade póde, todavia, ser objecto de direitos e obrigações;*

c) *e num sentido mais restricto, consideram-se, finalmente, cousas sómente os objectos materiaes appropriaveis, em opposição aos direitos, ou cousas incorporeas.*

No codigo civil português emprega-se geralmente esta palavra no sentido proprio, e como synonyma de bens; mas tambem se encontra nalguns artigos com significados differentes.

77 Função jurídica das cousas.

Para conservar a existencia, melhorar a propria condição (cod. civ. art. 2167) e realizar os seus fins na sociedade precisa o homem de crear relações de character economico com os outros homens, e de collier as diversas utilidades que a natureza lhe offerece. O direito objectivo

disciplina e regula, como anteriormente dissemos, as actividades individuaes, assegurando a cada um a liberdade de proceder, dentro de certos limites, como julgar mais conveniente á satisfação das suas necessidades intellectuaes e materiaes, reconhecendo-lhe certos poderes ou faculdades, que constituem os seus *direitos subjectivos*.

As cousas entram, por isso, no campo juridico, pelas utilidades que ao homem prestam, como objecto dos direitos subjectivos; sendo, porém, diversa a natureza d'ellas, e diferentes as relações em que se encontram com o poder do homem, necessario se tornava classificá-las devidamente.

O nosso codigo civil define e classifica as cousas na segunda parte, como preliminar da exposição dos diversos meios de *adquisição dos direitos civis*; mas como as frequentes referencias, que na primeira parte do codigo se fazem a esta materia, seriam incompreensíveis sem o prévio conhecimento da doutrina legal a tal respeito, entendemos dever estudar desde já o assumpto, que é regulado especialmente nos artt. 369.º a 382.º

Acham-se estes artigos subordinados á epigraphie: «*Das cousas que podem ser objecto de appropriação, e de suas differentes especies em relação á natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem*», o que parece indicar que foi intenção do legislador regular nesse lugar toda a materia da classificação das cousas; mas o exame d'outras disposições do codigo mostra que assim não acontece, pois alem das especies particularmente definidas na lei, faz o codigo expressa referencia a outras, que não define, reportando-se evidentemente ás respectivas noções doutrinaes, que teremos por isso de estudar, em complemento da doutrina legal, depois de fixarmos os significados da palavra *cousa*, e as suas relações com a palavra *bens*.

78 A definição legal de coisa.
A definição *legal* de coisa, expressa no art. 369.º do cod. civ., só pôde ser bem comprehendida desde que tomemos em consideração o preceito do artigo 1.º, onde se declara que *só o homem é susceptível de direitos e obrigações, consistindo nisto a sua personalidade*. Ora, sendo *cousa*, no seu mais lato significado, *tudo aquillo que carece de personalidade* (art. 369), comprehende-se na definição *tudo o que existe, á excepção do homem*: e, portanto, os *objectos materiaes*, sejam ou não susceptíveis de appropriação, os *serviços* do homem, e os proprios *direitos*, ou *cousas incorporeas*. E' a mesma noção do direito romano, que considerava coisa tudo o que existe ou pode vir a existir; *quidquid existit aut existere potest*.

O ar, o sol, a luz, o mar, etc., são cousas, no sentido lato da expressão, embora por sua propria natureza phisica não possam ser individualmente appropriadas: *rei appellatio latior est, quam pecunie, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecunie significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt*¹.

Devemos, porém, notar que o legislador, definindo *cousa* no seu mais lato sentido, não emprega geralmente esta expressão com tal significado.

O seu proposito ao redigir aquelle artigo nos termos em que o fez, seria, porventura, tornar mais facil e comprehensivel a determinação das cousas que podem ser objecto de direitos — que tal é o fim dos artt. 370.º a 372.º Assim se explica mesmo a incoherencia de collocar uma tal noção de coisa sob uma rubrica que manifestamente a não comporta, por se referir apenas ás *cousas que podem ser objecto de appropriação*, e portanto sómente a parte das que se acham contidas naquella definição.

¹ L. 5, D. De verb. sign. (L. 46). Conf. L. 1 78 Eodem.

79 Causas no sentido proprio.

No campo puramente juridico as cousas apenas se impõem á nossa attenção enquanto são ou podem ser objecto de direitos; e d'ahi vem que o legislador, de harmonia com a doutrina, emprega quasi sempre a palavra *cousa* para designar unicamente os objectos susceptíveis de appropriação.

Nas obras dos juriscultos e em muitos artigos das leis patrias, tanto antigas como modernas, o nomeadamente no art. 377.º do cod. civ., encontram-se as palavras *cousas* e *bens* empregadas como synonymas, sendo certo que, rigorosamente, por *bens se entendem sómente aquellas cousas que podem tornar-se propriedade exclusiva d'uma pessoa*. E chamam-se *bens*, diz ULPiano, *quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse* ¹.

No entretanto alguns auctores pretenderam estabelecer uma certa differença entre *cousas*, no sentido juridico, e *bens*, dizendo que por *cousa* se deve entender tudo o que *pode fazer parte* do nosso patrimonio, e por *bens* sómente aquellas cousas que *realmente possuímos* ², fazendo assim quasi coincidir esta distincção com a divisão romana das cousas em *res in patrimonio* (*bens*) e *res extra patrimonium*.

A ideia de *bens*, diz um escriptor suppõe alguma *cousa* mais do que a ideia de *cousas*: aquella implica não sómente a existência, mas o exercicio do poder do homem, o facto da posse. D'ahi esta definição: a *cousa* é o que póde ser possuido; o *bem* o que é possuido. Ou, por outras palavras: a *cousa* é o objecto do direito *possivel*; o *bem* o objecto d'um direito existente ³.

¹ L. 49, D. De verb. signif., (L. 46).

² TOULIER, Droit Civil, III, 3; BEAUREGARD, Legislation Italienne, 233; BRESCHY, M. de Dir. Civ., II, 14. Conf. SERRA D.º 68.

³ F. BERNARD, Cours sommaire de droit civil, I, 466.

O art. 377.º do cod. civ. mostra, porém, que para o legislador português as duas expressões são synonymas, comquanto seja geralmente empregada na lei a palavra *bens* para designar sómente as cousas que fazem realmente parte do patrimonio de alguém ¹.

O sr. LOPES DA SILVA, em harmonia com o exposto, embora com pouca correção de linguagem, define *bens* «todas as cousas que carecem de personalidade ou de individualidade juridica, e que, não estando fóra do commercio, por sua natureza ou por disposição da lei, são uteis aos homens, e, como taes, podem ser objecto de sua propriedade» ².

E já no direito antigo a mesma doutrina era ensinada pelos nossos juriscultos. «Em sentido juridico, escrevia COELHO DA ROCHA, dizem-se *cousas* ou *bens*, tudo aquillo, ou todos aquelles entes, que servindo de utilidade aos homens, podem ser sujeitos ao seu poder, e portanto objecto de direitos» ³.

80 Causa no sentido restricto.

Alguns auctores ⁴ applicam ainda, e o nosso código emprega, excepcionalmente, a palavra *cousa* num significado muito mais restricto que os antecedentes, abrangendo sómente as *objectos materiaes appropriaveis*, por exemplo nos artt., 474.º 411.º, 412.º, 413.º, etc.

¹ Conf. artt. 1240.º, 1243.º, 1249.º, 1452.º, 1733.º, etc. «As cousas que actualmente e realmente pertencem a alguém se chamam o seu *patrimonio*» diz B. CARNEIRO (IV, § 1.º n.º 2); mais adiante veremos, porém, que esta opinião é muito discutida.

² LOPES DA SILVA, Repert. Juridico, I,º 392.

³ COELHO DA ROCHA, Inst. de Dir. Civ., I, § 76; Conf. LORÃO, Nol. a Mell., § 1.º; 2; BORGES CARNEIRO, Direito Civil de Portugal, IV, p. 1, § 1.º

⁴ GLAXTERO, Sistema di Diritto Civile Italiano, I, § 35, 113.

Ficam, portanto, fóra d'esta noção de cousas, não só os objectos que por sua própria natureza são insusceptíveis de propriedade privada, mas também os *direitos patrimoniaes*, v. gr., as servidões, o usufructo, etc.

Alguns codigos modernos, repudiando a doutrina tradicional, erigiram em regra esta noção, nomeadamente o cod. civ. da República Argentina e o novo cod. civ. Allemão¹, seguindo o parecer do escriptor brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS, que regeita por completo a divisão das cousas em *corporeas* e *incorporeas*, á qual attribue o effeito de haver confundido todas as ideias, produzindo uma perturbação constante na intelligencia e applicação das leis civis². Estes codigos só consideram cousas, os *objectos corporeos susceptíveis de valor*, accrescentando o codigo argentino que *los objectos immateriales susceptibles de valor, é igualmente las cosas, se llaman bienes*, dando assim á palavra *bens* um significado mais lato do que tem a palavra *cousa*.

81 Relação entre coisa e bens.

Do que deixamos dito resulta que a palavra *bens*, no seu sentido rigoroso, pôde encontrar-se em relações diferentes com a palavra *cousas*. Assim: α) entendida esta palavra no sentido lato, podemos dizer que as duas expressões se acham na relação de *genero* para *especie*, visto que todos os bens são cousas, ao passo que nem todas as cousas são bens; β) no sentido proprio ou technico

¹ Segundo o art. 90.º d'este codigo, *cousas, na linguagem da lei, são somente os objectos corporeos*. Mas GIERKE afirma, que a noção de *cousas incorporeas* não desapareceu por isso do direito privado allemão, que tem estendida largamente o direito real sobre cousas incorporeas; sendo possíveis alguns direitos reaes, como o penhor e o usufructo, sobre cousas incorporeas.

² FREITAS, *Cod. Civ. Braz.*, not. ao art. 317.

cousas e bens exprimem, como dissemos, a mesma ideia; γ) e no sentido mais restrito, a palavra *bens* é mais extensa do que *cousas*, por isso que abrange também os direitos patrimoniaes. Neste ultimo caso dá-se uma inversão completa nas relações entre os dois termos, passando *bens* a ser o *genero* e *cousas* uma *especie*, pois todas as *cousas*, neste sentido, são *bens*, mas nem todos os *bens* são *cousas*.

Nós, seguindo a tecnologia do codigo, usaremos as duas expressões como synonymas, comquanto reconheçamos que o uso geral, porventura harmonico com a etymologia da palavra, sómente chama *bens*, ás *cousas que fazem realmente parte do patrimonio individual*.

A ideia de *bens* apparece-nos quasi sempre associada á ideia de dominio: fallá-se de *cousas* públicas, e de *cousas* communs, de *bens* nacionaes, e de *bens* municipaes, para estabelecer differença entre as *cousas* que são propriedade privada do Estado ou das corporações públicas, e aquellas que, pela sua função propria, não podem como taes considerar-se; diz-se d'uma pessoa que tem muitos ou poucos *bens* e não que tem muitas ou poucas *cousas*, etc.

O nosso cod. civ., como dissemos, não poudo fugir á influencia d'estes hábitos linguisticos em muitos dos seus artigos, mas não deixou, por isso, de empregar algumas vezes a palavra *cousa* para designar sómente os objectos que estão no dominio de alguém.

§ 25. — Classificação das cousas. *Nem todas as cousas tem a mesma natureza physica, e nem todas desempenham funções identicas nas relações juridicas, variando correlativamente os preceitos legais applicaveis. Dahi a necessidade, sentida em todos os tempos, de as classificar devidamente.*

O nosso cod. civ. só parcialmente satisfaz esta

necessidade, apresentando-nos tres classificações legaes; duas baseadas sobre a natureza das cousas: α) no commercio ou fóra do commercio, e β) moveis ou immoveis; e a terceira, em relação ás pessoas a quem as mesmas cousas pertencem: γ) publicas, communs ou particulares; mas em varios artigos o legislador reconheceu a existencia d'outras classificações, deixando, porém, á doutrina o cuidado de as formular, e definir os seus termos.

Estas classificações, que podemos chamar doutrinaes, são principalmente as seguintes:

- a) Cousas corporeas ou incorporeas;
- b) Consumiveis ou não consumiveis;
- c) Fungiveis ou não-fungiveis;
- d) Divisiveis ou indivisiveis;
- e) Principaes ou accessorias;
- f) Appropriadas ou nullius.

82 Classificações legaes e doutrinaes. Alguns Codigos modernos apresentam classificações desenvolvidas das cousas, definindo cuidadosamente os respectivos termos; outros, porém, reconhecendo embora a necessidade d'essas classificações, limitam-se a especificar as mais importantes, e deixam á jurisprudencia a definição dos termos de cada uma das outras a que precisam de referir-se.

O legislador portuguez optou por este ultimo systema; e não ha que censurá-lo, pois, evitando os perigos de definir, não ercou embaraços ou difficuldades que a doutrina não suppra facilmente. E é precisamente por haver necessidade de recorrer á doutrina para completar o pensamento do legislador a tal respeito, que agrupamos essas classificações sob a rubrica de *doutrinaes*, em opposição ás que

fôram expressa e cumpridamente formuladas no codigo, a que chamamos *classificações legaes*; comquanto tambem aquellas podessem dizer-se *legaes*, no sentido de que o legislador as perfilhou em vários artigos, cuja exegese só pode ser completa quando precedida do conhecimento das mesmas classificações, que por esse motivo julgamos dever referir neste logar, começando pelas *classificações doutrinaes*.

§ 26. — Cousas corporeas e incorporeas. São corporeas *todas as cousas que tem existencia material, e podem, consequentemente, ser conhecidas pelos nossos sentidos: quae tangi possunt; ou, no dizer de alguns, as que occupam logar no espaço. As cousas incorporeas, pelo contrario, não tem existencia real, são seres abstractos, que só existem no nosso espirito: solo juris intellectu consistunt.*

Um animal, uma casa, uma arvore, etc., são cousas corporeas; a servidão, o usufructo, e em geral todos os desmembramentos da propriedade, são cousas incorporeas.

83 Importancia d'esta classificação. Esta classificação das cousas, que em Roma teve uma grande importancia, encontra no direito moderno pouquissimas applicações, comquanto o nosso cod. civ. a ella se refira em vários logares; e mantem-se pela simples força da tradição, pois carece por completo de base racional.

Com effeito, as cousas só entram no campo juridico como *objecto de direitos*, e não podem ser consideradas em si mesmas, independentemente d'aquelles. Portanto, ainda quando se tracta de cousas corporeas, só devemos attender ao seu aspecto juridico, isto é, aos direitos que sobre ellas

recaem: e estes, sendo meras faculdades, são todos incorpóreos.

Chamar, por isso, cousas *corporeas* áquellas que são objecto de propriedade plena ou perfeita só pôde explicar-se historicamente pelos habitos de linguagem creados pelos romanos, e por elles transmittidos ás nações modernas, depois de haverem soffrido os seus effeitos na propria legislação.

«A *propriété*, escreve MOURLON, sendo o direito mais absoluto e mais completo que o homem pôde ter sobre uma coisa, subordina esta tão inteiramente ao seu poder, que se acabou por confundir o *direito* com o *seu objecto*, representando-se materialmente o direito de propriedade pela propria coisa sobre a qual recae.

Dahi o uso dos romanos designarem o *direito de propriedade* pela coisa que lhe serve de objecto. Em lugar de dizerem: *adquiri o direito de propriedade sobre esta coisa*, ou *a propriedade d'esta coisa pertence-me*, designavam immediata e directamente a *coisa*, sem mencionarem o *direito*, dizendo: *adquiri esta coisa*, ou *esta coisa pertence-me*.

«Os outros direitos, ao contrario, taes por exemplo como o usufructo ou o uso, não pôdem ser confundidos com a coisa material sobre a qual recaem, porque essa coisa pertence *simultaneamente* a diversas pessoas, por fôrma que é impossivel fazê-los conhecer, ao fallar d'elles, sem os mencionar expressamente: *tenho o usufructo d'esta coisa*, *tenho uma servidão sobre este predio*, etc.

«Estes habitos de linguagem tiveram a sua influencia sobre a doutrina. Como, fallando da propriedade, nunca se mencionava o *direito* (*coisa incorporea*) mas sómente a *coisa corporea* que lhe servia de objecto, ao passo que no enunciado dos outros direitos a fórmula que se empregava para os designar incidia sempre immediatamente sobre os

proprios direitos que se pretendia designar, e só mediatamente sobre a coisa corporea que formava o seu objecto, os juriseconsultos romanos dominados por esta variedade de linguagem acabaram por collocar o *direito de propriedade* entre as *cousas corporeas*, ao passo que classificaram os *outros direitos* entre as *cousas incorporeas* »¹.

Por isso, sempre que o nosso cod. civ. oppõe as *cousas aos direitos*, como em muitos artigos acontece², é fundamentalmente o direito de propriedade perfeita que elle oppõe aos outros direitos.

Mas devemos desde já notar que alguns direitos ha completamente alheios a esta classificação: são todos aquelles que, não tendo um equivalente pecuniario, não podem juridicamente comprehender-se na propria noção de *coisa*.

§ 27. — **Cousas consumiveis e não-consumiveis.** — *Entre as cousas corporeas ha umas que não podem ser usadas sem que se destruam: são as cousas consumiveis; outras ha que podem ser usadas muitas vezes, e por tempo mais ou menos largo, sem se destruirem ou modificarem essencialmente: são as cousas não-consumiveis.*

O pão e o vinho são cousas consumiveis, porque não podemos servir-nos d'ellus, conformemente ao seu destino, sem que se destruam com o primeiro uso; uma casa, um carro, um cavallo, embora soffram deteriorações com o tempo, não se consomem com o primeiro uso, e por isso se denominam cousas não-consumiveis.

¹ MOURLON, *Répétitions écrites*, I, 1343; Conf. BEAUREGARD, *Explication du Cod. de Napol.*, I, 386.

² Conf. art. 474.º e § 2.º, 505.º § un., 506.º, 508.º, etc.

O consumo das cousas, nos casos indicados, é material, importando a destruição da própria coisa; mas em direito admite-se também uma outra especie de consumo, a que se chama jurídico, ou civil, que não importa a destruição material da coisa, mas simplesmente a sua alienação, como acontece com a moeda, que é incluída entre as cousas consumíveis porque não pode ser usada pelo dono sem que este fique desde logo impossibilitado de a usar de novo, pois entrou na posse e dominio d'outra pessoa.

No fundo, como diz PLANIOL, o consumo é sempre um acto de disposição, isto é, um acto tal que não pode ser repetido por quem uma vez o praticou¹.

84 Modalidades do consumo da coisa.

Quando as cousas são applicadas á satisfação das necessidades do homem acontece que algumas pelo simples facto de serem usadas ficam *phísica e absolutamente destruídas*, como succede, por exemplo, com o pão, o vinho, o azeite, etc.; mas fallando de *destruição phísica e absoluta* não queremos por modo algum tomar estas palavras no sentido de *destruição material e completa*, visto como, sob este ponto de vista, nenhuma coisa seria destructivel, assente como está o principio de que no mundo nada se perde mas tudo se transforma.

Juridicamente deve, porém, considerar-se *phísica ou materialmente destruída* uma coisa quando ella haja soffrido transformações materiaes de tal ordem, que tenha desaparecido a sua propria idoneidade, não podendo mais prestar ao homem as utilidades que, na sua fôrma primitiva, era destinada a fornecer-lhe.

Sendo as cousas no campo juridico olhadas sómente em relação ás utilidades que o homem d'ellas pode tirar, desde que certa coisa haja soffrido uma transformação material, que a torna incapaz de prduzir as utilidades que anteriormente prestava, embora fique apta para novos serviços, não pôde já dizer-se que ella continúa existindo, porque perdendo as qualidades que a caracterisavam transformou-se noutra.

A semente lançada á terra transforma-se na planta; mas, deixando de existir como semente, considera-se em direito *materialmente destruída*.

Outras cousas ha, porém, que *phisicamente consideradas* se conservam as mesmas, mas uma vez usadas tornam-se insusceptíveis de prestar á mesma pessoa os serviços a que são por natureza destinadas, embora fiquem aptas para os prestar a outras pessoas: v. g., o *dinheiro*, que só presta as utilidades que formam a sua função propria quando saõ do patrimonio do proprietario.

A situação em que estas cousas se encontram *relativamente ao seu primitivo* dono é, pois, identica á das cousas da primeira especie, pois tanto umas como outras, desde que são usadas, consideram-se como não existentes para elle.

E' por isso que a este facto se chama, por analogia, *destruição civil ou relativa*¹: civil porque materialmente a

¹ POTIER apresenta uma outra especie de *destruição ou consumo civil*, o qual se dá quando uma coisa, usada conforme o seu destino, fica por esse facto incapaz de ser de novo applicada ao mesmo uso a que primitivamente era destinada; como succede, por exemplo, com uma folha de papel destinada á escripta e que, uma vez usada, não pode mais ter identica applicação (*Traité de prêt de consommation*, n.º 24).

Julgamos, porém, esta opinião, de todo o ponto inaceitavel, porque:

1.º As cousas *civilmente consumíveis* ficam sempre aptas para prestar a um terceiro os serviços correspondentes á sua propria natureza (*destruição relativa*);

coisa mantém-se identica na mão de terceiro, e, portanto, só por *fixação* se reputa destruída; *relativa*, porque ao passo que as cousas materialmente destruídas ficam *absolutamente* incapazes de prestar a qualquer pessoa os primitivos serviços, as segundas só os não prestam *à pessoa que d'ellas usou*, e, por consequencia, só *relativamente* a esta se consideram destruídas.

As cousas que podem ser usadas sem se destruírem phisica ou civilmente denominam-se *cousas consumiveis*.

São, consequentemente, *cousas não-consumiveis* aquellas que, embora condemnadas pelas leis naturaes a deteriorar-se gradualmente, não deixam, todavia, de existir, nem phisica nem civilmente, com o primeiro uso que d'ellas se faça, como a mobília d'uma casa, um livro, um edificio, etc.

§ 28. Cousas fungiveis e não-fungiveis. *Dizem-se cousas não-fungiveis as que, por sua natureza, ou por vontade das partes, devem ser restituídas na mesma especie, isto é, as mesmas e identicas; e cousas fungiveis as que podem ser substituídas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade.*

Assim, se eu empresto 100 litros de trigo para me ser pago, passado certo tempo, o mesmo numero de litros de trigo de equal qualidade, aquelle trigo é uma coisa fungivel porque, por sua propria natureza e por convenção, pode ser exactamente substituído por outra

ao passo que a folha de papel, depois de escripta, não poderá mais prestar a sua antiga utilidade a pessoa alguma (*destruição absoluta*);

2.º No *consumo civil* a coisa passa sempre para o poder de terceiro no proprio momento em que presta o seu serviço; a folha de papel fica no patrimonio de quem a destruiu, e passa ao poder de terceiro já impropria para a sua função primitiva.

Em face do exposto não é, pois, difficil estabelecer que a hypothese considerada é um simples caso de *consumo ou destruição phisica*.

coisa da mesma natureza; mas se, fazendo o emprestimo, eu convencionar com o devedor que este me restituirá o mesmo trigo, que eu lhe entrego, este será uma coisa não-fungivel.

Nas relações sociais, as cousas consumiveis são geralmente cousas fungiveis; mas as duas classificações não devem confundir-se, embora muitas vezes appareçam identificadas tanto nas leis como nos escriptores.

85 A intenção das partes e a fungibilidade das cousas.

Na doutrina geralmente aceita esta classificação das cousas appoia-se essencialmente sobre a vontade das partes, que interveem nas relações juridicas em que as mesmas cousas figuram; mas esta doutrina não corresponde á realidade dos factos, porque algumas cousas ha que a vontade das partes não pôde tornar fungiveis, por não haver outras do mesmo genero e qualidade que possam ser entregues ao credor em lugar d'aquellas.

Na verdade a fungibilidade da coisa exprime sempre uma ideia da relação com outra coisa, de modo que não pôde considerar-se a coisa em si mesma para saber se ella é ou não fungivel. Como diz PLANIOL, a fungibilidade é *uma relação de equivalencia entre duas cousas*, por virtude da qual uma d'ellas pode prehencher a mesma função liberatoria da outra¹, não podendo, portanto, applicar-se senão aos moveis, que se possam determinar por *conta*, *peso* ou *medida*. As restantes cousas não pôde, evidentemente, a vontade das partes dar uma qualidade juridica, que repugna á sua propria natureza material.

A *natureza da coisa* é, pois, um dos elementos que não pode ser posto de parte na determinação da sua

¹ *Obv. cit.*, 2181.

fungibilidade ou não-fungibilidade, porque a vontade individual não pôde vencer a impossibilidade material de substituir certas cousas por outras, quando aquellas não tem equivalente na natureza, e por isso só podem soffrer a restituição *em specie*, ou, por outras palavras, quando o devedor, para solver a sua obrigação, precisa de restituir a própria coisa recebida. Se eu possuir, por exemplo, o autographo d'um homem celebre, e o emprestar a alguém por certo tempo, o devedor só pode desobrigar-se para comigo restituindo-me o proprio autographo (*restituição em specie*), por não haver outra coisa do mesmo genero, qualidade e quantidade, que podesse substitui-lo.

O autographo seria, pois, uma coisa não-fungivel; e a sua não-fungibilidade resulta da propria *natureza da coisa*, e não da *vontade das partes*.

Só podem, consequentemente considerar-se fungiveis aquellas cousas, que por sua natureza podem ser exactamente substituidas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade, ou seja, no dizer dos romanos, as que *numero, pondere, mensurave constant*.

Esta era já a noção que FERREIRA BORGES expunha no seu *Diccionario*: cousas moveis fungiveis « *dizem-se aquellas que são perfeitamente representadas por outras, de tal sorte, que para satisfazer ás obrigações, de que ellas formam o objecto, umas possam ser dadas em pagamento das outras...* As cousas não-fungiveis, pelo contrario, *são aquellas, que não podendo ser exactamente representadas por outras, devem ser entregues identicamente* ».

Mas se é certo que a natureza da coisa pôde offerecer um obice insuperavel á vontade das partes, quando se trata de tornar fungivel uma coisa que não tem outra equivalente no genero, qualidade e quantidade, não o é menos que, a respeito d'aquellas cousas que podem ser

apreciadas pelo seu *numero, peso ou medida*, o serem ou não fungiveis depende *exclusivamente* d'aquella vontade; pois bem podem os interessados, quando assim lhes convier, convencionar que as cousas d'esta natureza sejam *identicamente restituidas*, e não substituidas por outras.

E' ainda o mesmo FERREIRA BORGES que assim o reconhece, quando escreve: « é particularmente segundo a *intenção das partes*, que uma coisa é reputada fungivel ou não-fungivel. Assim, empresto-vos um exemplar d'uma obra, que o auctor me deu, vós não podeis dar-me em vez d'elle um outro exemplar da mesma obra, ainda que fosse mais bello do que aquelle que vos emprestei: porque eu posso dar um preço de affeição ao exemplar de que o autor me fez presente: entretanto vós emprestastes-me dez alqueires de trigo: eu posso libertar-me perfeitamente entregando-vos outros dez alqueires de trigo da mesma especie e qualidade » ¹.

Nestas condições, embora não possa *em rigor* dizer-se que sobre a vontade das partes se appoia *exclusivamente* a distincção entre cousas fungiveis e não-fungiveis, visto ser impotente a vontade do homem para tornar fungiveis aquellas cousas que por natureza não podem ser substituidas por outras do mesmo genero e qualidade, é certo que aquella vontade representa um papel importantissimo na classificação, porque é sómente a vontade individual que origina a fungibilidade ou não-fungibilidade d'aquellas cousas, que podem ser substituidas por outras.

D'ahi vem, certamente, que muitos escriptores, como dissemos, exagerando o valor d'este elemento, não attendem á natureza das cousas, baseando a distincção exclusivamente sobre a *intenção das partes*, manifestada expressa

¹ Obr. cit., ch. fungiect.

ou tacitamente; o que por outros é considerado um erro, que deve ser evitado ¹.

E' por isso que, afastando-nos da orientação geral fizemos entrar na definição d'estas cousas os dois elementos que determinam a sua fungibilidade ou não-fungibilidade.

86 **Diferença entre coisa consumível e coisa fungível.** As cousas *consumíveis* são geralmente consideradas *fungíveis* nas varias relações da vida, não sendo, por isso, de admirar que na lição d'alguns auctores, e na doutrina legal d'alguns países se tenham identificado e confundido as duas classificações.

No entanto, se praticamente esta confusão se torna quasi indifferente pela razão exposta, certo é, todavia, que as cousas consumíveis se não confundem com as fungíveis, nem, consequentemente, as não-consumíveis com as não-fungíveis.

Com effeito, as cousas que por sua propria natureza *podem ser* substituidas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade, nem sempre são fungíveis, pois a vontade das partes pode torná-las não-fungíveis, como dissemos. E desde que a mesma coisa pode ser ora fungível ora não-fungível, é evidente que esta classificação se não identifica com a anterior, porque uma coisa consumível nunca pode ser não-consumível.

O trigo, por exemplo, que é uma coisa consumível, pode ser fungível ou não-fungível, conforme as partes convencionam a sua restituição em genero ou em especie; um livro, que é uma coisa não consumível, pode ser fungível ou não-fungível, conforme se convencionou que seja restituído, a quem o emprestou, outro exemplar da

mesma obra, edição e qualidade, ou o mesmo exemplar que foi emprestado.

Todavia, a confusão que por muito tempo se estabeleceu e ainda hoje se manteve entre cousas *consumíveis* e cousas *fungíveis*, por um lado, e cousas *não-consumíveis* com cousas *não-fungíveis*, pelo outro, facilmente se explica.

E' que, em regra, as partes consideram nas suas relações como *fungíveis* as cousas que se consomem com o primeiro uso; e d'ahi vem, pelo exame superficial dos factos, considerar-se como principio absoluto o que não passa d'uma regra geral na vida social. E isto provém de não poderem ser identicamente restituídas as cousas consumíveis, quando usadas conformemente ao seu proprio destino, visto que o primeiro uso as destrói; e, por isso, quem as pediu só pode pagar com outras do mesmo genero e qualidade, o que as torna fungíveis, porque a fungibilidade da coisa resulta da forma especial do pagamento.

Podem, na verdade, os interessados convencionar que as cousas consumíveis sejam identicamente restituídas; mas esta condição importa a prohibição de usar d'essas cousas para os fins a que por natureza são destinadas; v. g., se eu empresto um litro de trigo para ser posto em exposição. Mas isto só excepcionalmente acontece, pois no geral as cousas são emprestadas para o devedor se servir d'ellas em harmonia com o seu natural destino; e, portanto, no emprestimo ou cedencia das cousas consumíveis vai ordinariamente implicita a condição de que não serão restituídas *em especie*, mas substituidas por outras do mesmo genero, qualidade e quantidade, o que equivale a declara-las fungíveis.

Aquelles mesmos que identificam as *cousas fungíveis* com as *cousas consumíveis* sentem, por vezes, necessidade de recorrer a distincções, que não conseguem occultar a debilidade das razões em que semillante doutrina se appoia.

¹ Conf. PLANIOL, *obr. cit.* 2184.

O nosso COELHO DA ROCHA que também considera *cousas fungíveis* «aquellas, das quaes se não pôde usar, sem se consumirem, ou ao menos sem lhes alterar a natureza, como são ordinariamente as que constam de numero, peso e medida, v. gr. o vinho, o trigo, e também o dinheiro em moeda, porque d'elle se não pôde usar sem o gastar»; e que define *cousas não-fungíveis* «aquellas de que se pôde usar sem se consumirem, como os animaes e os predios», perfillando assim abertamente a opinião que combatemos, vê-se forçado a esclarecer a sua doutrina com as seguintes palavras, que são a demonstração completa da falsidade das definições:

«Esta distincção (entre *fungíveis* e *não-fungíveis*) tem muito uso na jurisprudência. E' necessario, porém, advertir que ella não é tão exacta que possa servir de base a todas as conclusões jurídicas, pois muitas vezes cousas, que se consomem pelo uso, são reputadas nas leis, ou nas convenções ou testamentos, como *não-fungíveis* e *vice-versa*».

E exemplificando acrescenta: «assim o dinheiro é *fungivel*, se é emprestado para se gastar, e *não-fungivel* quando o seja com a obrigação de serem toruadas as mesmas moedas. O vinho é *fungivel*; mas se o testador legar o vinho que está em certo tonel, equivale a *não-fungivel*, porque o herdeiro deve dar aquelle individualmente: *vice-versa*, se o testador deixar indeterminadamente um cavallo, uma casa, o herdeiro satisfaz entregando uma qualquer do mesmo genero: e assim vem a applicar-se a uma coisa *não-fungivel* os efeitos das *fungíveis*»¹.

O cod. civ. hespanhol, abraçando o erro tradicional, considera cousas fungíveis *aquellas de que não pode fazer-se*

¹ Obr. cit., I § 81, not.

o uso adequado á sua natureza sem que se consumam (art. 337.º); seguindo pelo mesmo caminho o legislador português, pois o nosso cod. civ., fazendo abundantes referencias a esta classificação das cousas, considera geralmente como *fungíveis*, as cousas *consumíveis* (Conf. artt. 765.º, 1259.º, 1260.º, 1506.º, 1507.º, 1633.º, 1637.º, 2209.º, 2221.º, n.º 2.º, etc.).

§ 29. — **Cousas divisíveis e indivisíveis.** *Consideram-se juridicamente divisíveis as cousas que podem ser material ou intellectualmente separadas em partes da mesma natureza do todo, menores somente em extensão; indivisíveis são, portanto, aquellas que nem material nem intellectualmente podem ser separadas em partes da mesma natureza do todo.*

Algumas vezes equipára a nossa lei ás cousas indivisíveis as cousas indivisas, embora susceptíveis de divisão, ou que não podem ser materialmente divididas sem detrimento.

A indivisibilidade pode ser natural, legal ou convencional, conforme resulta da propria natureza da coisa, da lei, ou da vontade das partes.

87 Especies da divisibilidade.

A noção de *divisibilidade* não é uniformemente estabelecida pelos juriconsultos, nem mesmo pelos codigos modernos, o que lança alguma confusão na materia.

Dididit é separar em partes; e neste sentido todas as cousas corporeas são divisíveis, porque a divisibilidade é uma das qualidades essenciaes da materia. Mas no sentido juridico outro é o significado da palavra, considerando-se *cousas divisíveis* aquellas que podem ser material ou intellectualmente separadas em partes da mesma natureza

do todo, menores sómente em extensão. E dizemos *material* ou *intellectualmente*, porque cousas ha, juridicamente divisíveis, que só *idealmente* podemos separar em partes.

Por isso com razão escreve POTHIER: «ha duas especies de divisões *civis*: uma que se faz de partes reaes e divididas, a outra que se faz em partes intellectuaes e indivisas. Quando se divide uma geira de terra em duas partes, pondo um marco no meio, é uma divisão da primeira especie: as partes da geira que são separadas uma da outra pelos marcos, são partes reaes e divididas. Quando um homem, que era proprietario d'aquella geira, morre, e deixa dois herdeiros, ficando proprietarios cada um de metade indivisa, eis uma divisão da segunda especie: as partes que resultam d'esta divisão, e que pertencem a cada um dos herdeiros, são partes indivisas, que não são reaes, nem subsistem senão *in jure et intellectu*»¹.

Esta divisibilidade *intellectual* surge evidentissima nas relações de compropriedade *pro partibus indivisis*, em que cada consorte tem, sobre cada uma das parcelas da cousa, por mais pequena que possa imaginar-se, direitos de propriedade perfeitamente eguaes aos de todos os outros compartes, mas distinctos entre si, por modo que a propria lei reconhece a cada um d'elles a faculdade de alienar ou ceder o seu proprio direito independentemente dos consortes. Ora como a estes *direitos differentes* não podem deixar de corresponder tambem *objectos differentes*, o nosso espirito é levado necessariamente a separar para objecto de cada um d'elles uma parte, não *materialmente* determinada (cod. civ., art. 2177.º), mas *abstracta* e *intellectual*, da propriedade ou cousa commun².

¹ POTHIER *Trat. das Obrig.*, § 239.

² FERNAND BIANCHI, *Tratt. delle scrit. leg.*, I, 60; DEMOLOMBE, *Cod. Nap.*, XXVI. LAURENT, *Princ. de droit. civ.* XVI, 396-398. (*Conf.* as minhas *Servidões*, I, 74 e seg.).

Algumas cousas podem soffrer ambas as especies de divisão, v. gr. um predio rustico; outras, porém, só podem ser intellectualmente divididas, como succede, por exemplo, com um jarro de prata, um cavallo, um livro, um retrato, uma machina, etc. que são *materialmente* indivisíveis, porque não podem separar-se em partes da mesma natureza do todo; podendo, além d'isso, os comproprietarios tornar materialmente indivisíveis cousas que por sua natureza podem ser divididas (cod. civ., art. 2185.º).

Todas as cousas corporeas, *consideradas em si mesmas*, são *divisíveis*, porque todas ellas podem ser, ao menos intellectualmente, separadas em partes; assim como os direitos, subjectivamente considerados, são todos *indivisíveis*, porque á sua propria natureza repugna a ideia de divisão; considerados, porem, objectivamente os direitos consideram-se *divisíveis* quando teem objecto divisivel. «Não ha *direitos divisíveis*, diz um escriptor, o que ha são *direitos com objecto divisivel*». O direito, subjectivamente considerado, ou existe na sua perfeita integridade, ou não existe; não se comprehende o que seja metade, um terço, ou a quarta parte da faculdade de dispôr; mas sim a faculdade de dispôr de metade, de um terço ou da quarta parte da mesma cousa.

Mas as expressões *cousas divisíveis* ou *indivisíveis* são por vezes empregadas na lei civil portugüesa em sentido mais restricto, comprehendendo sómente as que podem ou não ser *materialmente* separadas em partes da mesma natureza do todo, embora sejam intellectualmente divisíveis (cod. civ., artt. 2180.º n.º 2.º, 2183.º, 1228.º e 2145.º; cod. de proc. civ., art. 570.º comp. com § 2.º); sendo porém, noutros logares usadas no seu significado proprio (cod. civ., artt. 1566.º, 2015.º, 2016.º e 2269.º).

As cousas materialmente indivisíveis equiparam-se,

por vezes, as que não podem ser divididas sem detrimento (cod. civ., artt. 2128.º, 2145.º; cod. de proc. civ., art. 720.º).

A *indivisibilidade* d'uma cousa, pode resultar ou da sua propria natureza (cod. civ., art. 2269.º) ou de disposição da lei (cit. cod., artt. 2015.º, 2016.º e 893.º), ou da vontade das partes (art. 731.º, n.º 3.º) ¹.

§ 30. -- **Cousas principaes e accessorias.** *Quando as cousas se acham entre si relacionadas por modo que o destino de umas está essencialmente dependente e subordinado ao destino das outras, consideram-se aquellas como accessorias d'estas, que por sua vez se chamam principaes em relação ás primeiras.*

O código civil emprega tambem algumas vezes a palavra *accessorios* para designar as cousas que estão ligadas a outras simplesmente por algumas relações de caracter economico. Neste sentido as cousas accessorias chamam-se geratmente pertenças.

88 Diversas especies de accessorios.
COELHO DA ROCHA define cousas principaes *aquellas que existem por si e para si*; e accessorias ou pertenças *aquellas que estão exteriormente unidas á principal, ou seja pela natureza, como a allucção, o feto, os fructos; ou pela vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso per-*

¹ LOPES DA SILVA, define INDIVISIBILIDADE a incapacidade de separar uma cousa de outra, ou de dividi-la em partes. Assim, acrescenta elle, diz-se *indivisível* uma cousa ou direito que, por sua qualidade e natureza, ou por virtude da lei ou de contracto, não pode ser fraccionada, sem se prejudicar o uso ou fim a que a cousa é destinada, sem causar detrimento material á mesma cousa, ou sem se alterar a essência e significação juridica do mesmo direito. (*Repert. jurid.*, VI, 322).

petuo da principal, como os animaes e ferramentas de lavoura a respeito dos predios rusticos ¹.

Segundo esta orientação, entre as cousas accessorias comprehendem-se não só aquellas que estão *unidas ou incorporadas* na principal, mas tambem as que, sem ligação material com esta, servem, todavia, para augmentar as utilidades economicas da cousa principal.

O nosso legislador usou da expressão *accessorios* neste ultimo sentido ao redigir o art. 1843.º do cod. civ.; mas fallando de *accessão* (art. 2289.º e seg.^{as}) exige como condição geral para a existencia da relação entre as duas cousas, que o accessorio esteja *unido* ou *incorporado* no principal, pois só excepcionalmente dispensa este requisito (art. 2293.º).

Alguns escriptores, entre os quaes o sr. DR. GUILHERME MOREIRA ², entendem, porem, que o conceito de *cousas accessorias* não tem applicação ao instituto da *accessão*; mas é certo que nas proprias fontes romanas a relação de principal e accessorio se encontrava tambem na *accessão*, como evidentemente o attesta o conhecido aforismo: *accessio cedit principali* ³, doutrina que se manteve na tradição juridica portugueza.

Na linguagem usual, que é repetidas vezes a linguagem da lei, a expressão *accessorios* comprehende todas as cousas que se acham ligadas ou adjacentes a outras, ou mesmo d'ellas separadas mas que servem para lhes augmentar as utilidades. Os pateos, alpendres, armazens, por vezes os proprios jardins, são na linguagem vulgar considerados *accessorios* do predio urbano a que estão adjacentes; os utensilios d'uma adega, d'um lagar, ou d'uma fabrica, embora não tenham com elles mais do que

¹ *Obr. cit.* § 82.

² *Obr. cit.* 134.

³ L. 49, § 13, D. (XXXIV. II)

a ligação puramente moral, que resulta do seu destino, costumam também, ser considerados como suas *pertenças* ⁴.

Mas tanto num como noutro sentido os dois termos tem uma significação puramente *relativa*, pois em si mesmas e por sua *própria natureza*, não ha cousas *principaes*, nem *accessorias*; a distincção só apparece quando a união das duas cousas origina a subordinação de uma á outra.

Esta subordinação do *accessorio* ao *principal*, resulta sempre, entre as cousas *corporeas*, ou da natureza, ou de facto do homem; mas com relação ás cousas *incorporeas* só deriva da *natureza jurídica* da mesma cousa.

Assim, por exemplo, a *hypotheca* deve considerar-se como accessorio do *crédito*, pois não pôde existir independentemente d'elle, acompanhando-o sempre nos seus destinos (cod. civ., art. 892.^o): como as *servidões* o são dos predios a que estão inherentes (cod. civ., art. 2268.^o); sendo tanto num como no outro caso a sua subordinação ao principal simples consequencia da própria natureza jurídica.

Mas estas relações entre *principal* e *accessorio* podem dar-se tanto: α) entre duas cousas corporeas (*o predio e os machinismos agricolas*, etc.); β) como entre uma cousa corporea e outra incorporea (*predio dominante e servidão*, etc.); γ) como, finalmente, entre duas cousas incorporeas (*crédito e hypotheca*, etc.).

⁴ Esta diversidade de significados não pôde deixar de ser levada em conta pelos juizes na interpretação dos actos e contractos, onde aquellas expressões apparecerão geralmente no sentido vulgar, que pôde ser até, nalguns lugares, differente do que indicámos.

§ 31. — *Cousas appropriadas e nullius.* As cousas que a ninguém pertencem chamam-se nullius ou não-appropriadas, e só podem entrar no patrimonio individual por meio da occupação. As cousas que tem dono chamam-se appropriadas.

O nosso codigo chama também cousas communs ás não appropriadas; mas aquella expressão tem geralmente outro significado (cod. civ. art. 381.^o).

89 Especies de cousas nullius.

Nos povos civilizados só cousas moveis existem em grande numero fóra do patrimonio individual, dando lugar ao frequente exercicio dos direitos que o nosso codigo civil fundamentalmente reconhe e regula sob o titulo generico de occupação; mas a propriedade immobiliaria só muito excepcionalmente se nos apresenta como *cousa nullius*.

As cousas appropriadas correspondem ás *res in patrimonio* dos romanos; correspondendo, por sua vez, as *res extra patrimonium* ás cousas *nullius*, cousas *não-appropriadas*, ou *cousas communs*, embora esta ultima expressão appareça também na lei com significado diverso, mantido tradicionalmente na jurisprudencia de todos os povos.

O nosso cod. civ. reconhece tres especies de cousas *nullius*: α) as que nunca tiveram dono: β) ou que, havendo-o tido, foram por elle abandonadas; γ) ou, que tendo sido perdidas, não foram reclamadas em tempo util (artt. 383.^o e seg.); mas rigorosamente podem reduzir-se ás duas primeiras, visto que as cousas perdidas só podem ser occupadas quando hajam sido feitas as diligencias necessarias para levar ao dono o conhecimento da achada, e este, não reclamando a cousa nos prazos devidos, deu legitimo fundamento á presumpção legal, *juris et de jure*, de que *abandonou* a mesma cousa.

É nesta divisão das cousas que se baseia a classificação dos meios de adquirir em *originarios* e *derivados*; pertencendo à primeira classe, na opinião dominante, só a *occupação*, e todos os demais à segunda. O nosso cod. civ. consagra largo espaço à aquisição das cousas *nullius*, que faz objecto de quatro capitulos (art. 383.º a 473.º).

§ 32. — **Cousas no commercio e fóra do commercio.** — *Podem ser objecto de appropriação todas as cousas que não estão fóra do commercio (cod. civ., art. 370.º).*

As cousas podem estar fóra do commercio, por sua natureza, ou por disposição da lei. Estão fóra do commercio por sua natureza aquellas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente, e por disposição da lei, aquellas que a mesma lei declara irreduzíveis a propriedade particular (art. 371.º e 372.º).

Esta classificação das cousas refere-se tanto aos objectos materiais, como aos proprios direitos.

90 **Especies de cousas fóra do commercio.**
A noção technica de *cousas* colloca fóra do ambito do direito tudo aquillo, que por sua propria natureza não póde entrar no patrimonio individual.

Se o cod. civ., portanto, empregasse neste sentido a palavra *cousa* nos artt. 370.º e 371.º, teria sido desnecessario apresentar duas categorias de cousas *fóra do commercio*, podendo limitar-se a declarar taes as que são por disposição da lei irreduzíveis a propriedade particular.

Não procedeu, porem, assim, tomando a palavra *cousa* no sentido lato; e por isso teremos de considerar fóra do commercio tambem aquellas cousas que por sua *natureza* fogem á posse exclusiva do homem, embora lhe prestem

por vezes grande utilidade. D'este numero são, por exemplo, o ar athmosphérico, o mar, o sol, etc., cujo uso é commum a toda a gente, mas que jámais poderão ser dominados pelo homem.

Isso não obsta, porém, a que frações limitadas de algumas d'essas cousas sejam individualmente appropriadas, tornando-se propriedade privada, e entrando como taes no commercio, v. gr., uma bilha de agua, que eu tirei do mar, o ar contido num frasco, etc., e dos quaes posso dispôr livremente, como dos proprios recipientes.

91 **Crítica da doutrina do código.**
Esta doutrina do nosso código, conquanto patrocinada par alguns auctores, é, todavia, combatida vivamente por outros, que sustentam ser esta classe de objectos completamente alheia á *commercialidade* ou *não-commercialidade* das cousas, afirmando que *res communes nec in commercio nec extra commercium sunt*.

Com effeito, dizem elles, estar ou não uma *cousa* no commercio o mesmo é que ser ou não susceptível de transmissão para outra pessoa; portanto aquellas cousas que a propria natureza colloca fóra do patrimonio do homem, e que, portanto, nunca poderão ser objecto de *transmissão*, porque ninguém as poderá possuir exclusivamente, *não devem considerar-se no commercio, nem fóra do commercio*.

Segundo estes escriptores aquellas expressões só cabem ás *cousas* que, sendo por sua natureza susceptíveis de appropriação, foram, todavia, por motivos de interesse público collocadas numa situação especial, fóra do campo das relações civis, não podendo sahir do dominio público para o dominio particular, ou do patrimonio d'uma pessoa para o d'outra.

As *cousas* de que todos podem utilizar-se, mas que

são por natureza *inexhaustíveis* pelo uso, não são, no seu pensar, cousas *fôra do comércio*, mas cousas cujo comércio é impossível ¹.

A nosso vêr tem razão estes escriptores, e pouco avisadamente procedeu o legislador patrio nesta materia.

Exprimindo a commercialidade ou não-commercialidade das cousas a sua respectiva situação juridica, não deveria por modo algum empregar-se esta palavra no sentido lato, que é alheio ao campo juridico, mas sómente no sentido proprio ou tecnico, o que por si só bastaria para collocar fôra d'esta classificação as cousas insusceptíveis por sua natureza de appropriação individual.

Ficariamos assim reduzidos a uma só classe de cousas fôra do comércio: aquellas, que sendo naturalmente appropriáveis, não podem por disposição da lei entrar no patrimonio individual.

Como, porém, o nosso código admittê expressamente as duas classes apontadas, convem desde já notar que ellas se distinguem entre si profundamente, porquanto a não-commercialidade das cousas da primeira categoria, sendo objectiva, é *perpetua e absoluta*, isto é, dura enquanto existir a propria cousa, impondo-se a toda a gente; ao passo que a não-commercialidade das restantes é puramente *accidental e limitada*, pois surge apenas quando o interesse publico a reclama, desaparecendo com a sua causa efficiente, comquanto seja igualmente *absoluta* enquanto não mudarem as circumstancias.

92 Cousas fôra do comércio por disposição da lei. A situação juridica das cousas que só por disposição de lei estão fôra do comércio é verdadeiramente excepcional, *decendo, portanto, considerar-se no comércio todas aquellas que não forem pelo legislador declaradas irreversíveis a propriedade particular* ¹. Nestas condições estão, por exemplo, as estradas, ruas, e fontes publicas, enquanto não fôr invertida a sua função propria; logo, porém, que estas cousas sejam distrahidas do seu primordial destino, entram novamente no comércio, v gr., se a fonte foi abandonada por se tornarem as suas aguas improprias para o uso publico, se as estradas deixaram de ser necessárias e aproveitadas nos serviços publicos, etc.

Esta doutrina que é unanimemente accêta pelos escriptores, foi entre nós expressamente consignada, entre outros diplomas, na lei de 6 de junho de 1864, art. 14.º e regulamento de 31 de dezembro do mesmo anno, onde se dispõe que as estradas e ruas municipaes são do dominio público, tornando-se bens municipaes logo que deixem de ter o primitivo destino.

Não basta, todavia, que cesse *de facto* a sua função primitiva para que estas cousas entrem de novo no comércio; torna-se, pelo contrario, indispensavel que sejam legalmente declaradas taes, pela auctoridade competente ².

¹ Não é todavia essencial que a lei declare *individualmente* fôra do comércio certa cousa para que esta deva como tal considerar-se; basta que sejam indicadas por categorias para que fiquem fôra do comércio todas as cousas que por qualquer modo legitimo entrarem na mesma categoria. Assim, por exemplo, se os povos d'uma freguezia ou concelho adquirirem por uso e costume ou prescrição uma fonte, ou um caminho particulares, que por aquelle facto de aquisição passaram á categoria de fonte e caminho publicos, devem estes desde logo considerar-se *fôra do comércio*, vista a lei considerar como taes todas as fontes e caminhos publicos.

² Alguns auctores querem que só por deliberação *expressa* da Administração possam entrar no comércio cousas que por virtude da lei tinham sido postas fôra d'elle; outros, porém, sustentam que essa transformação pôde bem

¹ BLANCHI, *Dei beni, d'ella proprietà, e d'ella comunione*, part 1.ª (ix) 67; ZACHARIAS, *Le droit civil français*, t. 1.º § 175, 7; AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil*, II, § 171, 1.

Da mesma forma, não é sufficiente a simples declaração de que uma coisa é *inalienavel* ou *imprescriptivel*, para que deva considerar-se *fôra do commercio*; pois se é certo que as cousas fôra do commercio são sempre inalienaveis e imprescriptiveis, a inversa não é egualmente verdadeira, pois ha cousas que a lei declara inalienaveis e imprescriptiveis, e que, todavia, estão no commercio. Para que deva considerar-se fôra do commercio qualquer coisa é indispensavel que a sua inalienabilidade e imprescriptibilidade sejam *absolutas* e *perpétuas*, e não apenas dependentes de certas formalidades ou circumstancias especiaes, como succede, por exemplo, com os bens dotaes, os bens dos menores, os bens nacionaes e os das corporações administrativas, etc.

Com relação aos bens *dotaes* são elles por lei declarados *inalienaveis* (art. 1149.º) e *imprescriptiveis* (art. 1152.º), mas não devem considerar-se fôra do commercio, porque a sua inalienabilidade e imprescriptibilidade são temporarias, limitadas á duração do matrimonio, e, mesmo na constancia d'este, *relativas* a certas condições, como se vê do art. 551.º n.º 3.º e dos diversos numeros do citado art. 1149.º O mesmo dizemos dos bens dos menores e pessoas equiparadas, que podem ser alienados mediante certas formalidades, pelas pessoas que legalmente os representam.

Quanto aos bens nacionaes, municipaes, e parochiaes e, em geral, aos das corporações publicas, não são elles por lei considerados inalienaveis, mas sómente se estabe-

operar-se mesmo que *facilmente* se revele a intenção da auctoridade pública de fazer cessar o uso público d'essas cousas. O simples *não uso*, por immemorial que seja, é que no parecer geral, não é bastante para produzir aquelles effeitos, como já era expresso no direito romano: *cum publicam populus non utendo amittere non potest* L. 2, D. de via publica XLIII, 11, Conf. GIANNINO, *obr. cit.*, I, 119, e not. 3: a não ser com respeito às cousas incorporeas, como a servidão, que pode extinguir-se pelo não uso, ficando o predio serviente livre do encargo.

lecem formalidades mais ou menos complexas para a sua alienação, no intuito de salvaguardar os interesses publicos.

Quando a lei determina que certas cousas só poderão ser alienadas observados certos preceitos, passado certo tempo, ou verificadas algumas condições, não declara, manifestamente, essas cousas *fôra do commercio*, antes expressamente reconhece que ellas podem ser transmittidas de uma para outra pessoa, estando, portanto, no commercio.

Todas estas restricções dizem antes respeito á *capacidade* das pessoas do que á natureza dos bens.

E' decerto por confundir cousas inalienaveis com cousas fôra do commercio que o sr. DIAS FERREIRA ¹ acha viciosa a redacção do art. 1553.º do cod. civ., onde se estabelece, com perfeita nitidez, differença entre as duas classes de cousas ².

93 Commercialidade das cousas incorporeas.

Esta classificação das cousas refere-se tanto ás corporeas como ás incorporeas, de modo que tambem devemos agrupar em duas classes os *direitos* que estão fôra do commercio; a saber: α) direitos que por sua propria natureza são insusceptiveis de propriedade privada; β) e direitos que só por disposição da lei são excluidos das relações patrimoniales.

¹ DIAS FERREIRA, *Annot. ao Cod. Civ. Port.*, I, 262.

² No cod. civ. argentino estabelece-se uma noção differente de cousas fôra do commercio, indicando-se como taes as que *forem absoluta ou relativamente inalienaveis* (art. 2336.º). Consideram-se *absolutamente* inalienaveis aquellas cuja venda ou alienação fôr expressamente prohibida por lei, por acto entre vivos, ou por disposição de ultima vontade enquanto estas ultimas forem por lei permittidas (art. 2337.º); são *relativamente* inalienaveis as que necessitam de authorisação prévia da auctoridade publica para serem alienadas (art. 2338.º).

E' bem de ver que tal noção não cabe nos preceitos do nosso cod. civ.

A' primeira classe pertencem todos os direitos que não tem um equivalente pecuniario, embora sejam de uma altissima importancia: taes são os relativos ao *estado* e *capacidade* do homem, os direitos *politicos*, etc. que pela sua natureza juridica são excluidos do patrimonio do individuo, integrando-se na sua *personalidade*; a segunda classe é formada por todos os direitos, que a lei positiva colloca fóra do commercio, v. gr., as servidões publicas, o direito dos vizinhos de qualquer corrente commun a usarem das aguas para os seus gastos domesticos (art. 440.º e § 3.º) etc.

Raros são, porem, os direitos nestas condições, o que levou alguns auctores a ensinar que esta classificação das cousas se refere apenas aos objectos materiaes¹. O nosso cod. civil, não deixa logar para duvidas, visto empregar a palavra *cousa*, nos artt. 370.º-372.º, no seu mais lato significado, abrangendo tanto os objectos corporeos, como as cousas incorporeas; conquanto o art. 372.º esteja redigido por modo que parece excluir todos os direitos, que não cabem na noção tecnica de cousas.

§ 33.º — **Cousas moveis e immoveis.** As cousas são *immoveis* ou *moveis* (cod. civ., art. 373.º).

O nosso cod. civ. limita-se a especificar as primeiras, que são de tres especies (artt. 373.º, 374.º e 375.º);

- a) *immoveis por natureza*;
- β) *immoveis mediante a acção do homem*;
- γ) *immoveis por disposição da lei*.

Todas as restantes cousas devem considerar-se moveis

- a) por *natureza*; ou
- β) por *disposição da lei* (art. 376.º).

Mas quando na lei civil ou nos actos e contractos se usar da expressão — *bens ou cousas immobiliarias*, — sem outra qualificação, comprehender-se-hão nella tanto os que são immoveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei; e quando se usar simplesmente da expressão — *immoveis, cousas ou bens immoveis* — esta expressão significará só os que o são por natureza, ou mediante a acção do homem (art. 377.º).

Da mesma sorte a expressão — *bens ou cousas mobiliarias* — abrangerá, tanto os moveis por natureza, como os que o são por disposição da lei; e pelas palavras — *movel, cousas ou bens moveis* — entender-se-hão só os objectos materiaes, que por natureza são moveis (cit. art. § un.).

E todas as vezes que nos actos e contractos se usar da expressão — *moveis de tal casa ou predio* — comprehender-se-ha nella só o que se chama mobilia, utensilios ou alfaías, salvo se outra fôr conhecida-mente a intenção das partes (art. 378.º)

94 Importancia da classificação.

Esta distincção das cousas em *moveis e immoveis*, que no direito romano teve pequenissimos effeitos, adquiriu uma enorme importancia mais tarde, mormente no direito costumeiro dos povos de raça germanica, onde teve fecundas consequencias; o que facilmente se comprehende não só porque no antigo direito germanico era o proprie-

¹ GIANTURCO, *Obr. cit.*, t. 123.

tario territorial o unico homem verdadeiramente livre, senhor dos mais extensos direitos politicos, tomando parte no governo, votando nas assembleias publicas e exercendo jurisdicção privativa nas suas terras, mas ainda porque a riqueza mobiliaria, proveniente do commercio e da industria, era pouco consideravel na epocha em que o mesmo direito se formou ¹.

Na sua maior parte os objectos moveis eram considerados accessorios do solo, e sujeitos, como taes, ás mesmas regras.

Mas os progressos da industria e do commercio transformaram por completo a situação, e nos tempos modernos a riqueza mobiliaria, olhada primitivamente com tanto desprezo, *illis mobilium possessio*, adquiriu tal desenvolvimento, que não é possível, apesar do desenvolvimento paralelo, embora mais moroso, da propriedade immovel, negar-lhe hoje valor egual, senão superior ao da terra nas relações economicas.

Esta revolução economica não conseguiu, porém, apagar o abismo juridico estabelecido nas leis de todas as nações entre moveis e immoveis; e conquanto se reconheça modernamente uma grande tendencia no sentido de apagar muitas das differenças que injustificadamente os separam, o certo é que tal distincção domina ainda por completo nos codigos modernos, cuja reforma é neste ponto insistentemente reclamada em todos os países ², embora a differente natureza das duas especies de cousas seja um embaraço insuperavel á sua perfeita identificação juridica.

¹ ARNTZ *Droit Civil Français*, I, 847.

² Conf. GIMBALI, *Nueva Fase del Derecho Civlie*, n.º 439.

No cod. civ. portuguez a separação das duas especies de bens revela-se em todos os seus capitulos; limitar-nos-hemos, porém, a apontar algumas das principaes differenças:

a) — As associações ou corporações perpétuas não podem adquirir por titulo oneroso *bens immobiliarios*, excepto sendo fundos consolidados; e devem converter em bens d'esta especie todos os immoveis que adquirirem por titulo gratuito (art. 35.º);

b) — Os curadores definitivos do ausente só em caso de urgente necessidade podem alienar os bens *immobiliarios*, sendo-lhes porém licito alienar os moveis (art. 76.º);

c) — Os bens *immobiliarios* dos menores só podem ser vendidos em hasta publica, ao passo que os moveis de pequeno valor o podem ser particularmente (artt. 267.º e 268.º);

d) — Só os *moveis* podem ser objecto de occupação, como a seu tempo veremos;

e) — O prazo e os requisitos da posse para a prescripção dos *immoveis* não são os mesmos que foram estabelecidos para a dos moveis (artt. 517.º a 519.º e 524.º a 532.º);

f) — Só os *immobiliarios* podem ser dados em hypotheca (artt. 888.º 889.º);

g) — O marido tem direitos muito mais latitudinarios sobre os *moveis* do que sobre os *immoveis* do casal (artt. 1118.º, 1119.º, 1148.º, 1149.º, etc.);

h) — Algumas propriedades imperfeitas só podem recahir sobre *immoveis*, v. gr., as servidões (art. 2267.º);

e certos contractos só podem ter por objecto os moveis, e outros só os immoveis, v. gr., a usura (*moveis*), o arrendamento (*immoveis*), etc.

1) A alienação dos bens immobiliarios exige formalidades externas muito mais complicadas do que a dos moveis: está sujeita, em regra, ao pagamento de contribuição de registo, e só produz, geralmente, effeitos em relação a terceiros quando tenha sido devidamente registada, etc.

Nas leis penaes e administrativas, bem como nas leis de processo, encontram-se ainda muitas differenças, que julgamos inutil apontar, pois o que fica exposto é mais do que sufficiente para convencer da necessidade que temos de fixar com precisão as características differencias entre as duas especies de cousas, tão profundamente separadas nos preceitos do cod. civ.

95 Confronto do nosso codigo civil com o francês. O nosso codigo classifica em grupos todas as cousas *legalmente* consideradas immoveis, seguindo assim o exemplo das principaes legislações; mas affastou-se do cod. civ. francês, sua fonte proxima nesta materia, ao determinar os mesmos grupos, procurando decerto corrigir os defeitos apontados pelos escriptores na obra do legislador francês.

Com effeito o codigo de Napoleão admite expressamente tres classes de *immoveis*: a) por *natureza*; b) por *destino*; c) e *pelo objecto a que se applicam* (art. 517.º), fazendo entrar na primeira, alem do solo, os edificios, (art. 518.º), os moinhos de agua ou de vento assentes sobre pilares, ou fazendo parte do edificio (art. 519.º), os productos do solo emquanto a elle ligados pelos ramos ou pelas raizes (art. 520.º), e, na opinião d'alguns, os tubos

ou aqueductos que servem para conduzir aguas para uma casa, ou para qualquer outro predio (art. 523.º).

Por *destino* considera o codigo francês como immoveis: 1) os objectos que o *proprietario* collocou num predio para a sua *exploração* ou *serviço*, v. gr., os animaes destinados à cultura, os utensilios aratorios, as sementes fornecidas aos arrendatarios ou parceiros, as pombas dos pombaes, os coelhos das coelheiras, os peixes dos viveiros, os cortiços de abelhas; etc.; 2) e todos os effeitos mobiliarios que o *proprietario* ligou ao predio para ali permanecerem perpetuamente.

E finalmente declara *immoveis pelo objecto a que se applicam* todos os direitos, que teem por objecto um immovel, v. gr., o usufructo de bens immobiliarios, as servidões reaes, e as acções tendentes a reivindicar um immovel (art. 526.º).

Quanto aos *moveis* o cod. civ. francês admite sómente duas classes: a) *moveis por sua natureza*, comprehendendo os objectos que pôdem transportar-se d'um para outro lugar, quer por si mesmos (*semoventes*), como os animaes, quer por effeito d'uma força extranha, como as cousas inanimadas (artt. 527.º e 528.º); b) e *moveis por disposição da lei*, comprehendendo os direitos que teem por objecto os moveis v. gr., as obrigações e acções, que teem por objecto sommas exigiveis ou effeitos mobiliarios, as rendas, quer perpétuas quer temporarias, do Estado ou dos particulares, etc. (artt. 527.º e 529.º).

Esta doutrina do cod. francês foi vivamente criticada pelos escriptores, que o commentáram, encontrando-se nalgumas d'essas criticas a razão dos artt. 373.º a 375.º do nosso cod. civ.

α) Em primeiro lugar censurava-se ao legislador francês ter usado de fórmulas differentes para exprimir ideias

identicas, pois designando os direitos, que teem por objecto cousas immoveis, sob a rúbrica de *immoveis pelo objecto a que se applicam*, chamou aos direitos, que teem por objecto cousas moveis, simplesmente *moveis por disposição da lei*.

Qual a razão d'esta diversidade de linguagem?

Ninguem conseguin encontra-la satisfactoria; e foi, decerto, por isso que o nosso cod. civ. nos falla *tanto de immoveis, como de moveis, por disposição da lei*, alargando, todavia, o significado d'esta expressão relativamente aos *immoveis* (art. 376.º).

β) Era tambem censurado o legislador francês por ter agrupado sob a rúbrica de *immoveis por natureza* cousas que não mereciam realmente esta qualificação (v. gr., os *edifícios*) por isso mesmo que *por natureza* sómente poderia considerar-se immovel o solo.

Reconhecendo a procedencia desta critica o nosso cod. civ. com ella se conformou no art. 374.º, creando uma nova classe — *immoveis mediante a acção do homem* — para incluir os edificios, e remettendo as demais cousas para a classe dos immoveis por disposição da lei.

γ) Quanto aos *immoveis por destino*, apontavam alguns auctores a sua falta de base scientifica; e MARCADÉ ¹ referindo-se especialmente aos objectos ligados perpetuamente ao predio, de que se falla na ultima parte do art. 524.º do código francês, insurgia-se contra o facto de taes cousas sómente se considerarem immoveis quando a sua ligação ao immovel era levada a effeito pelo *dono do predio*, dizendo que tal doutrina era absurda e injustificavel.

Procurando evitar os seus inconvenientes a jurisprudencia francesa modificava a regra d'aquelle artigo com o preceito dos artt. 518. e 525., de modo a estabelecer a seguinte doutrina:

1.º) Todos os objectos moveis, de qualquer natureza que elles sejam, que, estando immediata ou mediatamente adherentes ao solo por ligações physicas ou materiaes, não podem ser d'elle separados sem deterioração dos mesmos objectos ou da parte do edificio a que estão ligados, e formando, portanto, parte integrante do mesmo edificio, são *immoveis por natureza*, quer tenham sido construidos ou ligados *pelo proprietario* do solo a que adherem, *quer por terceiro*;

2.º) Só devem considerar-se *immoveis por destino* as cousas que, tendo apenas uma *ligação moral* com o predio, e podendo, consequentemente, ser distrahidas sem deterioração nem fractura, foram alli collocadas pelo respectivo proprietario para o serviço ou exploração do mesmo predio ¹.

O nosso cod. civ., regentando a classe dos *immoveis por destino*, parece ter accedido a primeira conclusão d'estes escriptores, declarando immoveis, não por natureza, mas *por disposição da lei*, as partes integrantes dos predios rusticos e urbanos que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio (art. 375.º, n.º 1.º).

¹ MARCADÉ, *Explication theorique et pratique du Code de Napoléon*, II, 348 e seg.

¹ MOURLOX, *Répétitions écrites sur le code Napoléon*, I, 1352.

Δ) Considerava-se, finalmente, uma imperfeição do cod. civ. francês o não comprehender na sua classificação todos os immoveis *possíveis*, havendo necessidade de crear uma nova classe — *immoveis por disposição da lei* — para abranger os objectos que foram por lei immobilizados posteriormente á promulgação d'aquelle código, v. gr. as accões do Banco de França, que pelo art. 7.º do decreto de 16 de janeiro de 1803 podiam ser *immobilizadas* pelos seus proprietarios mediante uma simples declaração da sua parte.

Corrigindo este defeito o nosso cod. civ. determina no § un. do art. 375. que o disposto no mesmo artigo não exclue as immobilizações decretadas por lei especial para certos e determinados fins — quer essa immobilização seja anterior, quer posterior ao mesmo código.

Eis, nas suas linhas geraes, o confronto do código portuguez com a sua fonte proxima, resultando do exposto, que o nosso legislador se empenhou em evitar os principaes defeitos do código francês: podendo affirmar-se sem hesitação, que em grande parte conseguiu o seu fim, estabelecendo na lei um systema muito mais perfeito, simples, e claro, como teremos occasião de ver.

96 O systema do nosso código civil.

Tomando a palavra IMMOVEL no seu significado rigoroso, abrangendo sómente aquellas cousas que não podem ser deslocadas no espaço, é bem de ver que só poderiam considerar-se immoveis os predios rusticos e porventura os urbanos: os primeiros porque a propria natureza tornou impossivel a sua deslocação; os segundos porque, ligados intimamente ao solo, e adquirindo pela accção do homem sobre os materiaes que os compõem uma natureza completamente distincta da que estes anterior-

mente tinham, não podem geralmente ser deslocados sem alteração do seu proprio ser.

Mas a noção *jurídica* da immobildade é completamente differente, pois correspondo, não á ideia de movimento da propria cousa, mas ás garantias jurídicas que formam o regimen das duas especies de propriedade.

Succede, com effeito, que muitas cousas realmente *moveis*, porque podem ser transportadas de um para outro lugar, são, em face das leis, consideradas *immoveis*, o que apenas significa terem sido pelo legislador subordinadas ao regimen juridico das cousas *physicamente* immoveis; mas em nenhum país se declararam juridicamente moveis cousas que por sua natureza são immoveis.

Estes factos encontram a sua explicação historica na superior importancia que o solo, o, consequentemente, os predios urbanos, tiveram relativamente á riqueza mobiliaria, a qual era quasi por completo destituida de garantias: *res mobilis res vilis*, e nas conquistas feitas posteriormente por esta riqueza no campo economico, impondo-se á consideração dos legisladores, que, não podendo fechar os olhos á evidencia, mas sem coragem para romper abertamente com a tradição, adoptaram como meio de transacção entre as duas tendencias oppostas a *immobilização legal* de certas cousas, que seria iniquo deixar sujeitas ás normas juridicas da propriedade movel.

Do exposto flue como logica consequencia que, legalmente, as cousas *immoveis* devem figurar em duas classes:

a) *immoveis propriamente dictos*; e

b) *immoveis por disposição da lei*.

Ao passo que não podendo os immoveis ser juridicamente *mobilisados*, só dovêra existir uma classe de moveis: *as que o são por natureza, e não foram por lei immobilisados*.

Como, porém, algumas cousas ha, que fazendo parte do nosso patrimonio, todavia, por sua propria natureza, escapam por completo a esta classificação, que realmente só pôde referir-se ás *cousas corporeas*, os legisladores, por ficção, fizeram-nas tambem entrar na classe dos immoveis ou dos moveis, conforme andam inherentes aos objectos da primeira ou segunda categoria. Referimo-nos aos *direitos*, ou *cousas incorporeas*, que não occupando logar no espaço — *nullo circumscribuntur loco* — são inteiramente extranhos á ideia de qualquer deslocação.

Por isso o nosso cod. civ., incluindo nos immoveis por disposição da lei *os direitos inherentes aos predios rusticos ou urbanos* (art. 375.º n.º 2.º), creou uma classe á parte para abranger todos os outros direitos, sob a rubrica de *moveis por disposição da lei* (art. 376.º).

Nos *immoveis propriamente dictos* comprehendem-se, portanto, os predios *rusticos* e *urbanos*: os primeiros são, em todos os casos, *immoveis por sua propria natureza*; mas com relação aos segundos não succede já o mesmo, porquanto se *em regra* os predios urbanos não podem ser deslocados no espaço sem perderem a sua individualidade propria, alguns casos ha em que a deslocação pôde ter logar, v. gr., quando são construidos de ferro e madeira, ou só de madeira, embora solidamente affixados ao solo. Nestes casos não podem claramente os edificios dizer-se immoveis no sentido rigoroso do termo, comquanto juridicamente sejam, e devam ser, como taes declarados; o que mostra que os predios urbanos ora revestem o character de immoveis por natureza, ora o de immoveis por dispo-

sição da lei, não tendo consequentemente logar apropriado em nenhuma d'aquellas categorias.

Foi, talvez, por este motivo que o cod. civ., approximando-os embora dos immoveis por natureza, creou uma classe á parte para os predios urbanos, declarando-os *immoveis mediante a acção do homem* (374.º). E com toda a razão assim os denominou porque é o homem o auctor da sua incorporação no solo, donde provêm, em todos os casos, a sua immobilisação.

Chegamos assim a determinar a sequencia lógica das ideias que conduziram o legislador á classificação das cousas em:

1) IMMOVEIS

- a) *por natureza*;
- b) *pela acção do homem*; e
- c) *por disposição da lei*.

2) MOVEIS

- a) *por natureza*; e
- b) *por disposição da lei*.

Este systema do nosso codigo, que é simples e claro, pôde, todavia, dar logar a reparos por não indicar as causas que determinaram a classificação das cousas comprehendidas nas ultimas categorias indicadas, quer na classe dos *immoveis* quer na dos *moveis*.

Com effeito, fallando-se de immoveis por *disposição da lei* apenas se affirma o principio de que os objectos alli comprehendidos só ficticiamente entraram naquella categoria, sendo, portanto, ou cousas incorporeas, ou objectos physicamente moveis; e similhantemente para os *moveis por disposição da lei*. Mas o que não se pôde por maneira alguma deduzir da classificação é o motivo que levou o

legislador a collocar na classe dos *immoveis por disposição da lei* os moveis que alli figuram, podendo dar origem á suspeita de que o legislador procedeu arbitrariamente.

Esta censura, porém, comquanto tenha uma grande fundo de verdade, não é para attender, pela impossibilidade em que o legislador se encontrava de remediar o inconveniente apontado:

α) em primeiro logar porque figurando nos immoveis por disposição da lei cousas de diversa natureza, cuja immobilisação é, consequentemente, determinada por motivos diversos, haveria necessidade de supprimir a propria classe, substituindo-a por tantas outras quantas são aquellas ordens de motivos, o que seria muitas vezes impossivel, e sempre inconveniente;

β) e em segundo logar porque a doutrina facilmente supprirá o silencio do legislador, que vai quasi sempre buscar á obra dos juriscultos a razão dos preceitos que nas leis consigna.

Mas reconhecendo a necessidade de manter sempre a classe dos *immoveis por disposição da lei*, com caracteres indefinidos para comprehender tanto as immobilisações decretadas anteriormente ao codigo por lei especial, como as que o forem posteriormente, entendemos que a classificação dos artt. 374.º e 375.º poderia ser melhorada, obtemperando em parte á objecção exposta, pela diminuição das cousas declaradas immoveis por disposição da lei, e pela indicação expressa das causas da immobilisação de algumas d'ellas.

Nesta ordem de ideias poderíamos classificar as cousas immoveis em tres grupos:

α) *por natureza*: o solo ou terreno;

β) *por incorporação no solo (real ou ficticia)*: predios urbanos, productos dos predios rusticos e partes integrantes dos predios rusticos e urbanos;

γ) *por disposição da lei*: os fundos immobilisados e quaesquer outras cousas que por lei forem declaradas immoveis.

É bem certo que as cousas da segunda classe, que não são immoveis por natureza, podiam ser incluídas na terceira, visto que a sua immobilisação resulta da lei: o que equivale a estabelecer uma subdivisão dos *immoveis por disposição da lei*, os quaes ficariam assim, com os immoveis por natureza, a formar duas únicas classes.

Entre os immoveis por natureza e todos os outros ha, porém, uma differença capital, que os torna inconfundiveis: os primeiros são *perpetuamente immoveis*; ao passo que sendo meramente artificial a immobilisação dos segundos pôde cessar ou pela vontade do homem, v. gr., quando se corta uma arvore, ou mesmo independentemente d'essa vontade, como succede, por exemplo, quando uma casa é demolida pelos agentes naturaes.

A regra é que, desaparecendo a causa da immobilisação, a cousa volta á categoria do movel.

97 Determinação legal das cousas moveis.

O nosso codigo civil não especifica nem define os moveis, limitando-se a declarar, no art. 376.º, que devem considerar-se taes os objectos não comprehendidos nas tres classes de immoveis que estabelece nos artt. 374.º e 375.º

Nesta parte seguiu o legislador portuguez a doutrina

do *Proj. Hesp.* de 1851, enjo art. 381.º se achava redigido nos seguintes termos: *Todos os bens não comprehendidos no artigo anterior são moveis, ou taes se consideram por lei.*

A razão d'este preceito apresenta-a, em concisos termos, GOYENA¹: «Uma vez determinadas no artigo anterior todas as especies de bens immoveis, pareceram mais breve, simples, e claro redigir o artigo *a contrario sensu* nos termos em que se encontra. Seguindo o art. 376.º todos os bens são moveis ou immoveis: o art. 380.º enumera e fixa os immoveis: logo todos os demais são moveis; o art. 381.º é uma simples consequencia natural e necessaria, que se teria subentendido quando não viesse expressa».

Na maior parte dos codigos modernos outro foi, porém, o caminho seguido²; e até no codigo hespanhol em vigor (art. 335)³, sendo todavia, preferivel o systema do nosso codigo, que, além de ser d'uma perfeita exactidão, evita dúvidas que naturalmente ocorreriam no confronto entre a enumeração e definição dos moveis e dos immoveis, por mais cuidado que os legisladores pozessem na sua redação.

¹ *Concordancia, noticias y comentarios del Código Civil Español*, I, 144.

² O cod. civ. francez admite duas classes de *moveis*; por sua natureza, e por disposição da lei (art. 527.º), definindo os primeiros, e enumerando diversas cousas que devem considerar-se comprehendidas nas duas classes apontadas (art. 528.º a 532.º); o mesmo systema é tambem seguido pelo Cod. Civ. italiano (art. 496.º); mexicano (art. 784.º); argentino (art. 2318.º e seg.) etc.

Justificando o cod. civ. francez opina MOUTON (Obr. Cit., I, 384) que a especificação dos moveis era necessaria, não só para fixar alguns pontos que a simples enumeração dos immoveis deixasse obscuros, mas ainda para prevenir as dúvidas que a tradição historica podesse originar; mas taes razões não colhem contra o allegado no texto.

³ O cod. civ. hespanhol (art. 335.º) depois de estabelecer o principio de que são moveis todos os objectos susceptíveis de appropriação que não foram declarados immoveis no artigo anterior, acrescenta: *Y en general todos los que pueden transportarse ó ser transportados de un punto á outro sin quebrantar para ello su unión con una cosa inmueble.* E no artigo 336.º menciona alguns moveis incorporeos: as rendas ou pensões vitalicias ou hereditarias, etc.

Comparando a classificação dos *immoveis* com a dos *moveis* nota-se que falta nesta o termo correspondente aos immoveis *mediante a acção do homem*, sendo, além d'isso, muito mais restricta a classe dos moveis por disposição da lei que só comprehende cousas incorporeas.

A razão d'este facto ficou já superiormente apontada⁴.

98 Causas mobiliarias e immobiliarias.

Sendo inteiramente artificial a immobilisação e a mobilisação que se operam *por disposição da lei*, e não se encontrando na linguagem juridica tradicional palavras que exprimissem com precisão as ideias que o legislador consignou nos artt. 375.º e 376.º *in fine* do cod. civ., o sabio auctor do *Proj. Prim.* importou do direito francez as expressões *immobiliario* e *mobiliario* para abranger tanto as cousas que entre nós se designavam pelos termos *immozel* e *mozel*, como as cousas por lei declaradas taes.

Das *Actas da Commissão Revisora*⁵ consta o facto com perfeita nitidez:

«... propôs o sr. presidente: se conviria adoptar as expressões *mobiliaria* e *immobiliaria* que se leem nesse (art. 26.º do *Proj.*) e noutros artigos, em vez dos termos *mozel* e *immozel* consagrados no direito e jurisprudencia. O sr. SEABRA deu as razões que o levaram a adoptar aquella terminologia, declarando que lhe repugnava chamar *immozel* aos *direitos* equiparados aos immoveis, e que por isso não duvidára appropriar as palavras francezas *mobilier* e *immobilier* como termos genericos que comprehendem tanto os immoveis propriamente ditos, como os

⁴ *Conf.* SUPRA, 95 e 96.

⁵ Sessão de 29 de março de 1860 (*Act. cit.*, 14).

valores ou *direitos* equiparados a elles. Neste sentido resolveu a comissão ».

Temos assim fixada a tecnologia jurídica para designar:

- 1) ou só os prédios rústicos e urbanos (*immovéis*);
- 2) ou estes e *conjunctamente* os imóveis por disposição da lei (*immobiliários*).

Não indica, porém, o código neste lugar expressão alguma para designar *separadamente* as cousas comprehendidas na classe dos *immovéis por disposição da lei*, havendo necessidade de os especificar quando só a elles nos pretendámos referir ¹.

E o mesmo diremos com relação aos moveis.

Mas apesar do cuidado com que o legislador formulou as regras do art. 377.º, muitas vezes elle próprio se esqueceu de as respeitar, nomeadamente nos artt. 1461.º, 551.º n.º 3.º (*comp. com o art. 1119.º*), 745.º (*comp. com o art. 1571.º*), etc.; não devendo, portanto, considerar-se este preceito como *preceptivo*, mas sómente como *interpretativo*, e *meramente subsidiário* para o caso em que a vontade das partes ou do legislador não possa reconhecer-se por quaesquer outros elementos de interpretação.

É o que resulta, com effeito, não só dos artigos citados, em que o pensamento do legislador precisa do ser determinado por elementos extranhos e até contradictorios

com as definições do art. 377.º, mas ainda das palavras «*sem outra qualificação*» no mesmo artigo empregadas, e que significam manifestamente que as regras alli formuladas são apenas para os casos em que não concorram no acto ou contracto, ou na lei civil, circunstancias que possam levar à conclusão de que taes palavras foram empregadas pelo legislador ou pelas partes em sentido diverso.

A intenção ou vontade da pessoa que de taes palavras usou, quando possa ser por qualquer modo conhecida, prevalece sobre o significado legal das mesmas palavras.

Em muitos lugares faz o nosso cod. civ. applicação d'este principio, e nomeadamente nos artt. 1761.º, 1837.º, 684.º, etc.

O legislador português limitou-se, por consequencia, a estabelecer no art. 377.º a presumpção legal de que as partes empregaram nos seus actos e contractos as referidas expressões com o sentido que no mesmo artigo lhes é attribuido, presumpção que póde ser invalidada por prova em contrario, nos termos geraes de direito.

E porque na lei civil nenhuma disposição restrictiva se encontra é licito aos interessados recorrer a qualquer meio de prova para demonstrar que outra foi a intenção das partes, podendo exhibir documentos, offerecer testemunhas, e invocar mesmo outras presumpções de facto (art. 2519.º) derivadas do uso commun e geral do lugar a que pertencem os pactuantes ou disponentes, e onde as palavras de que falla o citado art. 377.º tenham significação differente da legal.

Este predominio dos diversos meios de investigação era tauto mais necessario quanto é certo que nos documentos em que por lei é dispensada a intervenção do official público muitas vezes succede usar-se da linguagem vulgar no lugar onde são feitos, ou a que as partes pertencem,

¹ O art. 517 e seg.º do cod. civ. estão subordinados á epigraph: *da prescripção das cousas immovéis e dos direitos immobiliários*; e no art. 890.º declara que podem ser hypothecados: *os bens immovéis, e os immobilizados de que se faz menção nos numeros 1.º e 2.º do art. 375.º* Segundo esta ultima designação, os imóveis por disposição da lei poderiam chamar-se bens *immobilizados*; segundo o art. 517.º incluíam-se-lham nos imóveis os immobilizados do n.º 1 do art. 375.º, e consideram-se-lham os do n.º 2.º como *direitos immobiliários*.

já por seus auctores desconhecerem a technologia juridica, já por uma multiplicidade de circumstancias impossiveis de prever antecipadamente, havendo assim impreterivel necessidade de pôr de parte as definições legaes para respeitar a vontade dos contrahentes.

99 Critica das definições do artigo 377.º

Negando ao art. 377.º caracter *absoluto e imperativo*, e reduzidas as suas regras a simples disposições *subsidiarias*, é bem de ver que poucas vezes surgirá a necessidade de o applicar nas controversias judiciaes. No entretanto é forçoso reconhecer que, apesar d'isso, um tal preceito offerece a grande e indiscutivel utilidade pratica de limitar o arbitrio do juiz na interpretação d'aquellas expressões, quando os actos e contractos não forneçam elementos para a determinação da vontade dos outorgantes.

Mas se isto é uma vantagem indiscutivel d'aquellas regras, não pode igualmente dizer-se que ellas deem sempre a mais justa solução ás difficuldades que se apresentam; pois é bem certo que em assumptos d'esta natureza impossivel se torna ao legislador fixar com antecipação, em regras geraes e precisas, o sentido das expressões que hão de ser usadas pelas partes nos seus actos ou contractos, visto depender o emprego das palavras da sua acceitação commum em cada lugar, do grau de intelligencia e cultura litteraria dos que as empregam, da connexão d'aquellas palavras com outras do mesmo acto ou contracto, e de muitas outras circumstancias que variam de caso para caso.

Fundados nestas razões sustentam alguns auctores que taes definições devem ser expungidas dos codigos, os quaes não são, nem podem ser, vocabularios; mas exageram muito os inconvenientes apontados, que, apesar de grandes,

ainda deixam uma larga margem de utilidades áquellas regras, enudadosamente fixadas em todos os codigos.

É certo que o legislador não pode fixar *a priori* uma definição que seja applicavel em todos os logares e em todos os casos; mas é legitimo e justo suppôr que as partes usaram d'aquellas palavras no sentido indicado na lei, cuja ignorancia se não presume, quando por qualquer fôrma se não possa reconhecer que outro foi o seu pensamento.

Entre nós está claramente patenteada a necessidade das regras formuladas no art. 377.º do cod. civ. nas divergencias que separavam os praxistas sobre a interpretação das palavras *móveis* e *imoveis*, lançando uma tal confusão na jurisprudencia dos tribunaes, que ainda hoje não está o ponto sufficientemente fixado¹; conquanto possa dizer-se,

¹ Um dos vultos mais luminosos do fôro português, dando noticia d'estas divergencias, escrevia as seguintes palavras:

«Ha grande discrepância sobre a intelligencia da palavra *móvel*, querendo uns que se entenda no sentido amplissimo, isto é, por tudo aquillo que não é imovel; querendo outros que seja *móvel* tudo aquillo que não for imovel nem *direitos* e *acções*; e querendo outros que se entendam só os objectos que costumam exprimir-se pela palavra *mobília*; e outros ainda só os que servem para ornato da casa, exclaindo-se, portanto, os objectos de ouro, os fructos colhidos, os dinheiros, os títulos de divida, os semoventes, etc.» (MERQUILHÃO, *Rec. de Leg. e de Jur.*, I, 620).

Com effeito MELLO FREIRE, (*Inst. Jur. Civ. Lusit.*, L. III, Tit. VII, § 8), fazia distincção entre o significado *legal* e o significado *vulgar* da palavra *móveis*: na linguagem juridica a palavra *móvel* comprehendia *dinheiro, títulos e semoventes*; mas outro era o sentido vulgar segundo o qual, no legado de *móveis* apenas deviam comprehender-se os *ornatos da casa*, como cadeiras, secretárias, espelhos, tapetes, quadros, e o que se chama móvel e alfaia da casa.

Com elle concorda, explanando a sua doutrina, LAZ TEIXEIRA, (*Curso de Direito Civil Port.*, II, 43); e GOMES DA ROCHA tambem affirma que «a simples expressão de *móvel*, *bens móveis*, *effeitos móveis*, não se comprehende o dinheiro de contado, nem os créditos ou acções, nem as joias, livros e equipagens, nem os semoventes, nem os vestidos, nem os fructos e generos arrecadados ou de commercio». (*Obr. cit.*, I, § 73, not.). Conf. ainda, neste sentido, GOURRIA TELLES, (*Dig.*, III, art. 1722.º).

Não pensava da mesma fôrma ALMEIDA E SOUSA, o qual, na falta de indicações que levassem á determinação da vontade do testador, entendia dever recorrer-se ao direito romano, considerando-se *móveis* todos os fructos colhidos e separados do solo, o dinheiro em moeda, e os animaes (*Casas*, § 360 e seg.). No

com um illustre jurista, que o nosso legislador «foi pouco feliz algumas d'aquellas definições, porque nem sempre foi harmonico consigo mesmo, nem com o uso commun; e porque, pondo para os actos e contractos acima do sentido legal o intencional das partes, vem a ser de pouco ou nenhum proveito para a resolução das dúvidas que nascem de ser pouco preciso o sentido usual de algumas d'aquellas expressões¹».

Apesar disso o art. 377.º é algumas vezes invocado pela jurisprudencia na solução de várias questões: e baseado nelle affirma o sr. DIAS FERREIRA, que, «o legado dos moveis comprehende, além da *mobilia* propriamente dicta, o dinheiro de contado, joias, livros, numa palavra: todos os objectos materiaes susceptíveis de se transportarem de um para outro lugar, ou por si ou por força extranha²». Para que a sua doutrina fosse inteiramente verdadeira faltou-lhe apenas acrescentar: *e que não sejam por lei declarados immoveis*³.

mesmo sentido PEREIRA E SOUSA, (*Prim. Linh.*, vol. 790) e MEYRELLES, *Repert. Jurid.*, n.º 1640).

Todos elles são, porém, concordes em ensinar que deve por todos os meios procurarse a intenção das partes, recorrendo mesmo a indícios; e só quando não seja possível fixala deverão applicar-se aquellas regras. É assim que o proprio GOMES DA ROCHA ensina que «se o testador lega a um a seu *moel* e a outro o seu *immoel* pôde concluir-se que na primeira expressão quíz comprehender todos os bens que não fossem os immoveis».

Perfiliando esta doutrina opinou a *Rev. de Leg. e de Jur.* (xix, 131) que na disposição testamentária: «*Declaramos que do moel que existir á hora do ultimo fallecido será tirada a quantia de 800\$000 réis para o nosso filho Antonio pagar — e no caso de não haver moel que chegue sairá dos dois nomeados o resto que faltar*» — a palavra *moel* é empregada para abraugar tudo o que não for *immoel*, e portanto o dinheiro, teias de linho, roupas, objectos de ouro de uso pessoal, animaes, instrumentos aratorios, fructos arrecadados, etc.; e isto não só por ser a palavra *moel* empregada em contraposição a bens de raiz (que anteriormente tinham sido legados), mas ainda por o testador mandar recorrer aos mesmos bens de raiz no caso em não haja *moel*.

¹ *Rev. dos Trib.*, vi, 120.

² DIAS FERREIRA, *Obr. cit.* (2.ª ed.) I, 268.

³ Algumas applicações d'esta doutrina:

a) A expressão *bens mobiliarios*, empregada num testamento, comprehende,

100 Moveis de tal casa ou predio.

Tendo definido a palavra *moveis*, quando apparece na lei ou nos actos e contractos desacompanhada de quaesquer circumstancias, que convençam de que outro é o seu significado naquelle lugar, fixa o codigo noutros artigos o sentido em que a mesma palavra deve ser tomada quando acompanhada de outras que restrinjam ou ampliem a sua natural comprehensão.

E assim no art. 378.º determinou o legislador o significado da phrase — *moveis de tal casa ou predio* —, quando seja empregada nos *actos* e *contractos*; e não falla da *lei* porque, tendo esta sempre um caracter de generalidade, não se compadece com a limitação resultante da palavra *tal*, que veio substituir o adjectivo *certa* empregado no *Proj. Prim.*, e que bem claramente demonstra que a referida expressão ha de sempre referir-se a uma casa ou predio *certos e determinados*, v. gr., os moveis da minha casa de Cabanas, os moveis do predio que possui em Montarroi, etc.

A palavra *moveis* nestas expressões comprehende, não todos os objectos materiaes que não são immoveis, mas sómente o que se chama *mobilia*, *utensilios* ou *alfaias* (art. 378.º).

Não diz, porém, a lei o que por estas expressões deva entender-se, deixando assim á jurisprudencia a difficil missão de fixar o seu alcance.

por força do § un. do art. 377.º, o *dinheiro*, as *ações de bancos e companhias* e as *inscrições não immobilizadas* pertencentes ao testador, salvo se de outras se conhecer que outra fôr a intenção d'este (*Rev. de Leg. e de Jur.*, xii, 131);

b) Quando um individuo deixa a certa pessoa *todos os seus moveis*, nesta disposição comprehendem-se os *coupons e dividendos activos* (*cit. Rev.*, xxvi, 386);

c) Deixando-se num testamento, em legado *moveis, semoventes e generos*, não se comprehende na palavra *moel* o direito a receber determinada quantia em divida ao testador, porque na designação de *moveis* não se comprehendem os *direitos e ações* (*Direito*, xiii, 221).

COELHO DA ROCHA empregava as expressões *mobilia*, *trastes* e *alfaias de casa* como synonymas, dizendo que, na falta de declaração, só comprehendiam os moveis *destinados ao uso e ornato das casas*, como cadeiras, leitos, mesas, espelhos, relógios, e outros objectos d'esta natureza, bem como as estatuas, quadros e porcellanas, se ali estivessem para decoração, não assim se para outro fim, como para ajuntar em collecção. E acrescentava que nestes termos se entendia a venda ou legado de *uma casa mobitada ou com todos os moveis* ¹.

O nosso cod. civ. parece ter bebido aqui o preceito do art. 378.; visto como no *Proj. Prim.* se não fallava de *utensilios ou alfaias*, mas só de *mobilia ou trastes*; razão que deveria, talvez, levar-nos a considerar aquellas expressões do art. 378.º como synonymas, conforme parece resultar tambem da propria redacção do artigo. Mas como o codigo, em vez de estabelecer o alcance d'aquelles termos remette para o *uso vulgar*, como se vê da expressão *a que se chama*, e não sendo uniforme em todo o país o significado das mesmas palavras, segue-se que o juiz terá de recorrer ao *uso e linguagem commun do lugar* para determinar em cada caso particular o alcance da expressão *moveis de tal casa ou predio*.

Na linguagem usual são mesmo estabelecidas importantes differenças entre *mobilia*, *utensilios* e *alfaias*, comquanto todas ellas se refiram a objectos destinados ao uso ou ornato das casas.

Assim: consideram-se geralmente como *mobilia* os moveis que servem para adorno e guarnecimento das casas, independentemente das pessoas que as habitam, isto é, todos os objectos que são necessarios para que a casa

preste ao homem as utilidades que é destinada a produzir.

Constituem, pois, a *mobilia* de uma casa os leitos, mesas, cadeiras, sophas, commodas, tapessarias, espelhos, etc.; não podendo, todavia, segundo julgou a *Relação do Porto*, ultrapassar os objectos que geralmente se costumam considerar necessarios para o uso ordinario em uma casa de moradia ¹.

A palavra *utensilios* tem geralmente um significado mais restricto, comprehendendo sómente os instrumentos que servem para fabricar alguma coisa necessaria ao homem, v. gr., o trem de cozinha, e o de adega, etc. ².

Por *alfaias* entendem-se, em regra, os objectos de uso pessoal, sendo até neste sentido empregada a palavra pelo legislador no art. 882.º, n.º 2.º do cod. civ.; mas nalguns logares esta palavra é empregada para designar os instrumentos agricolas e neste sentido se diz: *alfaias agricola*, etc. ³. BRUSCHY considera arbitrariamente como *alfaias* os objectos de luxo, mas que ainda não se comprehendem nas joias.

Quaesquer que sejam, porém, as differenças estabelecidas na linguagem vulgar entre as referidas expressões, em face do art. 378.º do cod. civ. devemos julgar comprehendidos nos *moveis de tal casa ou predio* todos os objectos moveis destinados ao uso e ornamento do *mesmo predio*.

¹ Acc. de 28 de outubro de 1881. (*Direito*, XIV, 157-158).

² *Utensilia domum dicuntur esculenta, et poculenta, quae scilicet ad esum, potumque pertinent; verum etiam instrumenta ipsa, seu vasa quibus epulae parantur, potusque servantur. appellatione UTENSILIORUM communiter intelligimus de istis UTENSILIIS pro usu quotidiano domus, ut sunt VASA COCINARIA, cinaria, et reliqua ejusdem generis.* (LOBÃO, *Casas*, § 365).

³ *Conf.* LOBÃO, *Casas*, § 369.

¹ COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, I, 78, nol.

Não é, todavia, essencial que esses objectos nelle se encontrem ao tempo em que foi celebrado o acto ou contracto, ou ao tempo em que os seus effeitos começam, podendo estar accidentalmente noutro lugar; por exemplo, a mobilia da sala em casa do estofador, etc., sem que deixem de seguir o destino que naquelles actos lhes foi determinado.

Nem devem, tambem, considerar-se como fazendo parte da mobilia da casa todos os objectos que nella se encontram, embora sejam da natureza que acima indicámos, sendo para isso indispensavel que esses objectos sejam *destinados*, como dissemos, *ao uso ou ornato da mesma casa*.

Assim, por exemplo, não podem comprehender-se na mobilia d'um predio as cadeiras, sophás, mêsas, etc., que seu dono ali tenha para negócio, ou em depósito temporario, pois nenhuma ligação existe entre estes moveis e a propria casa. E' o *destino perpetuo* das cousas para uso e ornato da casa que cria a situação juridica especial reconhecida no art. 378.º e não o facto de alli se encontrarem num dado momento, com caracter accidental, ou para uso pessoal e privativo de certas pessoas, tendo consequentemente de acompanhar estas pessoas em qualquer deslocação.

Para que uma cousa possa considerar-se comprehendida na mobilia d'um predio é indispensavel que ella preste serviço ao mesmo predio, isto é, que o homem receba *directamente* do predio as utilidades que a cousa pode prestar.

Não se comprehendem, consequentemente, na expressão *moveis de tal casa ou predio*, quando outra não seja reconhecidamente a intenção das partes, o dinheiro, os créditos, as joias, livros, equipagens, objectos para colleções,

fructos arrecadados, provisões e fazendas de commercio, louças, medalhas, instrumentos de artes ou officios, animaes, armas, estatuas, roupas, etc.¹

Quando se usar, porém, da expressão *casa com tudo quanto se achar dentro d'ella* em qualquer testamento, devem julgar-se nella comprehendidos todos os objectos moveis que na mesma casa forem encontrados ao tempo em que se abrir a successão, exceptuando as dividas activas, ainda que alli se encontrem os respectivos titulos (cod. civ., art. 1832.º); mas divergem as opiniões quanto á interpretação d'aquellas palavras, quando usadas em acto *inter vivos*, dizendo o sr. DIAS FERREIRA que comprehendem tambem aquellas dividas, em vista de ser especial a regra do art. 1832.º do cod. civ., pronunciando-se porém outros em sentido contrario com o fundamento de que o referido artigo corresponde ao significado usual das palavras e por isso deve respeitar-se em todos os casos²; além de que, sendo as dividas cousas *incorporeas*, de modo nenhum podem considerar-se existentes no lugar onde estão os *titulos*, que nada mais são do que meios de prova da existencia do credito³.

Esta nos parece a doutrina verdadeira.

Nas *dividas activas* de que falla o art. 1832.º devem comprehender-se tambem as *inscripções* e quaesquer outros titulos da divida publica, ainda que immobilizados, porque a todos cabem as expressões da lei, e identica é a sua natureza, variando apenas o devedor, conforme foi já decidido pela *Relação de Lisboa*⁴; ainda que o sr. DIAS

¹ DIAS FERREIRA, I, 269; DELPHIN MALA, *Rep. dos Trib.*, VI, 129.

² *Rep. dos Trib.*, loc. cit.

³ BRUSCHY, *Obr. cit.*, II, 30.

⁴ Acc. 27, IV, 88; Conf. *Rep. do Trib. For.*, III, 124; *Rep. dos Trib.*, VII, 69; *Direito*, XXI, 93.

FERREIRA, sem adduzir razões, se pronuncia em sentido contrário ¹.

Nas palavras — *salvo se outra fôr conhecida a intenção das partes* — encontra-se bem claramente expresso o caracter do art. 378.º do cod. civ., perfeitamente identico ao do art. 377.º: o legislador não pretendem estabelecer um preceito *absoluto e imperativo*, que obrigasse as partes e os juizes, mas apenas firmar uma regra subsidiaria para o caso em que não possa por outra fôrma descobrir-se qual o pensamento dos outorgantes.

E', pois, uma simples presumpção, que pôde ser impugnada por qualquer meio de prova; mas prevalece até que essa prova se produza.

Tudo o que dissemos ácerca da importancia e utilidade do art. 377.º tem aqui egual applicação sendo apenas para notar que apparecendo frequentes vezes nos actos e contractos a expressão de que tracta o art. 378.º tem a regra deste artigo applicação muito mais frequente do que a daquello ².

§ 34.º - Immoveis por natureza e mediante a acção do homem. — *São immoveis, ou naturalmente, ou mediante a acção do homem, os predios rusticos e urbanos.*

Por predio rustico entende-se o sítio ou terreno; e por predio urbano qualquer edificio incorporado no solo (art. 374.º e § un.).

¹ DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 269.

² Conf. Supra, 98.

101 Significados da palavra predio.

A palavra *predio* tem nas leis portuguezas mais do que uma significação: mas no sentido proprio serve esta palavra para designar uma fracção limitada do solo ou terreno, *faca ou não parte de qualquer edificio*.

O solo, tomado na sua totalidade, escapa pela sua propria extensão á appropriação individual, e não é, por isso, nem foi nunca, considerado um predio; como não é tambem um predio o proprio territorio duma nação. Aquella palavra, que nos veio já do direito romano, tem um significado mais restricto, envolvendo a ideia duma coisa limitada, na posse ou no dominio do homem.

As cousas que estão *tira do commercio* nao se applica, na linguagem usual, a palavra *predio*; uma estrada, pôde ser uma coisa pública ou commun, mas não se diz que é um *predio*, enquanto não entra na classe dos bens patrimoniacs: falla-se de *terrenos incultos* e de *baldios*, mas não se lhes chama *predios* (artt. 472.º e 473.º do cod. civ.).

A linguagem juridica segue de perto a usual, e porisso em nossas leis aquella expressão é geralmente referida ás cousas que estão no patrimonio d'alguem, e portanto devidamente limitadas ¹.

¹ No direito romano encontravamos para designar fracções diversas do solo as palavras *fundus*, *locus* e *praedium*. A mais extensa de todas: era a primeira, que abrangia não só o proprio terreno, mas tudo o que nelle se achava incorporado: *Fundus est omne quicquid solo tractatur* (L. 115. n. De verb. signif. c.). *Fundi appellatio omne edificium et omnis acer constituitur*. *Idemque acer cum edificio fundus dicitur*. (L. 241. *Edic.*) Mas alem d'este significado generico, era a palavra *fundus* tambem empregada por vezes para designar os predios rusticos: *Siquis partem aedium tradat, vel partem fundi*. (L. 6. § 1. n. *Communia praediorum*).

Locus exprimia uma ideia mais restricta do que *fundus*: *locus est non fundus, sed portio aliqua fundi* (L. 60. n. De verb. signif. c.) sendo applicavel tanto aos predios rusticos, como os urbanos: *loci appellatio non solum ad rustica verum ad urbana quoque praedia pertinet*. *Locus scribitur* (L. 60. § 1. n. *eadem*).

A palavra *praedium* tinha um significado quasi egual a *fundus*, differindo entre si apenas em que a segunda comprehendia tambem os *bosques e lugares*

Não quer, porém, isto dizer que os limites ou extremas do predio devam ser bem patentes e conhecidos, pois, muitas vezes succede terem desaparecido os signaes de demarcação, como se vê dos artt. 2340.º e seg. do cod. civ., onde se resolve a hypothese de não existirem signaes de demarcação entre dois ou mais predios; mas é, em todo o caso, essencial que a demarcação, se porventura não está feita, possa vir a fazer-se nos termos da lei, como resulta do cit. art. 2340.º, que dá a todos os proprietarios direito de fazerem declarar judicialmente as extremas dos seus predios, embora contra vontade dos vizinhos.

O facto de serem, portanto, desconhecidos, num dado momento, os limites de qualquer predio não significa que possa haver predios illimitados.

A REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA não o entende, porém, assim, conquanto affirme que para os effeitos civis a palavra predio tem a significação usual, vulgarmente conhecida, independentemente da ligação em que as differentes parcellas do terreno, ás vezes distantes, estão umas com as outras pelos laços da pensão que todas pagam ao senhorio; por modo que, « as differentes glebas de um prazo constituem outros tantos predios distinctos (para os effeitos do art. 450.º do cod. civ.) se essas glebas, embora continuas, estiverem divididas e separadas com sebes, muros, ou outros quaesquer signaes de demarcação, sendo

deshabitados, as florestas, etc., ao passo que só eram considerados predios os terrenos destinados ao uso do homem: « .Ager est (si) species fundi ad usum hominis comparatur. . . Quidquid adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietatis loci est. Praedium utriusque superscriptae generale nomen est: nam et ager et possessio hujus appellationis species sunt (L. 115, v. De verb. sign.).

Em todo o caso a ideia dos limites, embora num dado momento desconhecidos, era tambem já do direito romano: *sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest quatenus determinatur, et definitur*, (L. 60, v. eodem).

cada uma designada por uma denominação propria e differente das outras, e seja qual for a cultura ou culturas que nellas se faça. Essas glebas, embora possuidas pelo mesmo dono, *desde que satisfaçam áquellas condições*, são consideradas por todos como outros tantos *predios*, e é nesta acceção usual e vulgar que o legislador tomou a palavra predio no art. 450.º e outros do cod. civ. ¹ ».

Foi, porém, a REVISTA demasiado exigente, não só porque a propria lei reconhece a existencia de predios que *não se acham divididos e separados d'outros por quaesquer signaes de demarcação*, como acima mostrámos, mas ainda porque tanto na lei como na linguagem vulgar se não exige para a individualisação dum predio, que elle tenha *uma denominação propria, differente da de todos os outros*, pois quando um predio é dividido por differentes pessoas, cada uma das fracções fica constituindo *um predio distincto*, e todavia o seu nome, em regra, não muda (Conf. artt. 2311.º § un., 2274.º, etc.).

Por isso julgámos poder affirmar, de harmonia com o cod. civ., que se deve entender por *predio qualquer fracção limitada de terreno, fórme ou não parte dum edificio*.

A ideia de *solo* anda sempre implicita na de *predio*, não se comprehendendo a existencia d'este independentemente d'aquelle. E assim é que nos *predios urbanos* o terreno serve de apoio aos materiaes, immobilizando-os pelo seu poder de attracção, não podendo considerar-se como predios distinctos as diversas partes do edificio quando a divisão não seja feita no sentido vertical, isto é, quando o solo não faça parte d'ellas. Quem possui um

¹ Rev. xiv, 327.

andar d'uma casa, ainda que separado e distincto do resto, não diz que tem um *predio urbano*; só pôde affirmá-lo quem possuir uma parte de qualquer casa dividida perpendicularmente, e distincta de todas as outras.

Todavia, para certos effeitos, tem por vezes a palavra *predio* outros significados nas leis portuguezas, nomeadamente no *Regulamento do registo predial* de 28 de abril de 1870, onde se encontra a seguinte disposição: «As diferentes partes ou glebas componentes da emphyteuse, subemphyteuse e censo, sujeitas a uma só pensão, *consideram-se um só predio*» (§ un. do art. 106.º). E' isto uma verdadeira ficção legal, que de modo nenhum invalida a doutrina que defendemos.

102 Definição de predio rustico.

Fixada a noção de *predio* facil é apprehender o alcance da definição legal de *predio rustico*: a nossa lei considera tal qualquer fracção ou parcella limitada do solo, e que não faça parte de qualquer edificio.

Nesta designação comprehendem-se, portanto, não só os elementos componentes da propria terra, em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei relativamente a *minas*, que opportunamente estudaremos, mas tambem o espaço aereo correspondente ao mesmo solo, na altura susceptivel de appropriação (art. 2288.º); pois não se concebe a existencia dum predio separado daquelles dois elementos.

No direito previgente a noção de *predio rustico* era, por um lado, mais extensa, pois comprehendia tambem, na doutrina dos escriptores, alguns *edificios* incorporados no solo, quando eram situados no campo e destinados a fins diversos da habitação do homem, etc.; e era, por outro lado, mais restricta porque se consideravam *predios*

urbanos os jardins, e em geral qualquer predio destinado a simples gozo e recreio d'uma pessoa, os quaes entram hoje na categoria dos predios rusticos.

Em face do cod. civ. uma fracção limitada do solo que não forme parte dum edificio, *é sempre um predio rustico*, qualquer que seja o seu destino, a sua situação, a sua cultura, a sua maior ou menor ligação com qualquer predio urbano.

103 Definição de predio urbano.

Na jurisprudencia patria era materia controversa a determinação das características differenciaes entre os predios rusticos e os urbanos.

Quanto ao solo, ou terreno, era elle geralmente considerado *rustico*, pois sómente se consideravam urbanos os jardins e outros logares consagrados a simples gozo pessoal ou recreio dos seus donos; mas quanto aos edificios variavam muito as opiniões.

Lobão, ostentando largamente a doutrina dos DD., parecia inclinar-se a que não só do seu destino, mas tambem do logar onde eram situados, dependia a natureza urbana ou rustica das edificações. E assim deveriam considerar-se urbanos: *a*) todos os que fossem construidos na cidade ou villa para habitação do homem, ou para armazenar mercadorias, ou recolher animaes destinados a serviço pessoal; *b*) e ainda os que fossem edificados no campo para habitação e recreio dos senhores da quinta; mas não os que tivessem por fim abrigar os colonos e animaes, ou armazenar os fructos ¹.

¹ ALMEIDA E SOUSA, *Tract. das Casas*, §§ 30 e seguintes.

Outro era, porém, o pensar de GOELHO DA ROCHA, que attendia exclusivamente ao *destino* da *cousa*, dizendo: «os bens de raiz propriamente taes chamam-se *predios*: e destes dizem-se *urbanos* os edificios destinados para a habitação, ou ainda para recreio, como os jardins: e *rusticos* todos os outros, ainda mesmo os edificios, se são destinados para a cultura, como os celheiros, os moinhos ¹».

Com elle concordava PEREIRA E SOUSA ².

O nosso cod. civ. veio, pois, muito a proposito, derimir a contenda, declarando predios urbanos *todos os edificios incorporados no solo*. Mas esta fórmula, duma grande simplicidade, não é, todavia, isenta por completo de difficuldades.

Em primeiro logar o que deve entender-se por *edificios*?

Etymologicamente encontra-se no vocabulo *uedes* a origem remota daquella palavra, e por *uedes* entendiam os romanos as casas construidas na cidade: ...*Sed in usu urbana edificium, aedes; rustica, villae dicuntur* ³. Mas a expressão *predia urbana* comprehendia tambem os edificios situados no campo, embora conhecidos pelo nome de *villae* ⁴.

Empregaria o legislador portuguez no art. 374.º do cod. civ. a palavra *edificio* como synonyma de *casa*, respeitando assim a etymologia da palavra, e o seu vulgar significado?

A redação incorrecta d'outros artigos pôde originar duvidas a tal respeito.

Assim é que no art. 2325.º se falla de «...*levantar muro, parede ou outra edificação*...» inculcando-se desta maneira que os *muros* e *paredes* são edificações ou edificios: e assim parece tê-los considerado a *Relação do Porto* no *Acc. de 28 de janeiro de 1870*, onde se falla de *edificação ou tapagem*, como se as duas palavras exprimissem a mesma ideia ¹.

O sr. DIAS FERREIRA, navegando nas mesmas aguas, affirma muito ousadamente que «pela doutrina do codigo até o *muro* assente no solo é *edificio* ²».

Não o entendemos, porém, assim. Para nós a palavra *edificio* usada pelo legislador no art. 374.º é a simples traducção da palavra *bâtiment* empregada no art. 518.º do cod. civ. francês, fonte do nosso; e tem, como esta, o significado de *casa*, que etymologica e vulgarmente lhe é attribuido.

Neste sentido é aquella palavra usada pelo legislador portuguez não só em vários logares do cod. civ., v. gr., no art. 2314.º, e noutros onde se faz completa distincção entre *construções* e *edificações* (art. 2327.º, 2335.º, 2337.º, etc.), mas até em leis d'outra natureza, v. gr., no art. 472.º do cod. pen. e especialmente no art. 473.º, onde se estabelece completa distincção entre *casas ou edificios* (n.º 1.º) e *parede, fosso, valla, ou qualquer cercado* (n.º 2.º).

Entre construções e edificações existe uma relação de genero para especie: ao passo que todos os edificios se podem dizer construções, nem todas as construções são edificios.

Um *muro* não é, nem pôde jámais ser, um predio

¹ GOELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, I, § 79, not.

² PEREIRA E SOUSA, *Prim. Linh. sobre Proc. Civ.*, III, § 410 not. 830 *in fine*.

³ L. 221, D. *De verb. sign.*

⁴ L. 197, D. *Eodem*.

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, III, 277.

² *Bolet. das Trib.*, XI, 41.

urbano, ainda que esteja incorporado no solo, porque é uma simples *construção*, e não um *edifício*, e só estes podem ser como taes considerados (§ m. do art. 374.º); mas se um muro faz parte do proprio edificio, perde a sua individualidade propria, desaparecendo como entidade autonoma, para dar logar ao *predio urbano*, quando a *casa* esteja completa, pois que só então pôde dizer-se um *edifício*.

O momento em que se opéra esta transição da simples *construção* para o *edifício* offerece algumas difficuldades, por não estarem sufficientemente definidas as respectivas características differenciaes; nem será facil defini-las em face da multiplicidade quasi indefinida dos fins a que uma casa ou edificio pôde ser destinado, dos materiaes e fórma da sua construção, usos e costumes sociaes, etc.

Pôde mesmo affirmar-se que essas características vão successivamente variando com os progressos da civilisação, que exarecebando as necessidades ou facilitando os meios de as satisfazer, tornam cada dia necessarias novas modificações nos edificios.

Devemos, porém, notar desde já que declarando a lei predios urbanos *todos os edificios* incorporados no solo, qualquer que seja o seu destino, os materiaes da sua construção, a sua fórma, a sua duração, etc., podemos e devemos considerar como taes mesmo aquellas construcções que não estando ainda aptas para o fim a que são destinadas reúnem já os caracteres essenciaes para se considerarem *edificios*.

Assim por exemplo, se eu pretendo construir uma casa para minha habitação, o *edifício* não apparece sómente quando a obra estiver concluida: assentes os pavimentos, portas, janellas e tectos, lançada a cal, feitas as pinturas, etc.; se eu interromper estes trabalhos muito antes de rematada a obra nem por isso poderá negar-se-lhe a qualidade de predio urbano.

Quaes são, pois, esses *caracteres differenciaes* dos edificios?

Só podemos determiná-los averiguando, atravez a multiplicidade enorme de edificios, o que a todos é *commum*. Ora devendo reputar-se, no consenso unanime dos escriptores, como *edificios* as proprias barracas de feira, e até mesmo as *guaritas* das sentinellas, lagalmente consideradas *predios urbanos* quando incorporadas no solo, somos levados a crer que devem considerar-se como *edificios* as *construcções* em que o solo se acha limitado por todos os lados, inclusive no espaço aereo correspondente, por meio de telhado ou qualquer outra cobertura.

E é tão essencial a existencia de telhado ou cobertura nos edificios, que os claustros duma casa, os pateos, etc. embora se considerem seus accessorios, são, em face da lei, verdadeiros *predios rusticos* ¹.

Observam-se estes caracteres na mais simples e rudimentar de todas as *casas*, e sem elles não se comprehende a existencia dos palacios mais sumptuosos. É, pois, de razão que os fixemos para estabelecer a transição das simples *construcções*, que só por *disposição da lei* podem considerar-se immoveis (art. 375.º n.º 1.º), para os *edificios* que tem na lei uma situação especial.

Devemos, porém, advertir que sendo aquelles elementos bastantes por si sós para *crear* o edificio, não se segue dahi que este não possa ser tambem composto de mais alguns. E assim, succede, com effeito, que não podem deixar de considerar-se como *partes componentes* do predio urbano todas aquellas cousas que, directamente incorporadas no edificio, o tornam idoneo para o fim a que é

¹ Conf. Cod. Civ., art 456."

destinado, v. gr., os madeiramentos, os soalhos, as portas, as janellas, as vidraças, as escadas, as chaminés, etc., em casas destinadas á habitação do homem.

Partes componentes são, pois, dum modo geral, todos os objectos que se acham por tal modo inherentes á propria construcção que não poderiam separar-se della sem a desnaturar ou a destruir¹; e differem profundamente das *partes integrantes*, que postas no predio para a sua melhor exploração, não formam, todavia, parte do edificio, podendo ser retiradas sem que este perca conso alguma da sua perfeição, v. gr., os pára-raios, as goteiras, os quadros fixados nas paredes, etc.

Estas cousas, que conservam a sua individualidade propria, distincta da do predio a que estão ligadas, só por *disposição da lei* se consideram immoveis (art. 375.º n.º 1.º); ao passo que a immobildade das *partes componentes* provém da *acção do homem* (art. 374.º pr.).

104

Incorporação no solo; suas especies.

O cod. civ. não considera *causas immoveis* todos os edificios, mas sómente, como fica dicto, os que estiverem *incorporados no solo*.

É, na verdade, da sua adherencia ao solo, da sua incorporação no terreno, que resulta a immobilisação d'esta especie de cousas. Sendo moveis por natureza os seus elementos constitutivos, os materiaes de que é formado o *edificio*, não podia este ter uma natureza differente da d'esses materiaes emquanto o solo, pelo seu poder de attração, por assim dizer os não absorveu na sua propria individualidade, immobilisando-os.

A *incorporação no solo* é, pois, a causa unica e sufficiente da immobilisação; de maneira que a forma do edificio, os materiaes de que é formado, a sua maior ou menor duração, etc. são circumstancias completamente indifferentes para o caso.

Uma barraca de madeira solidamente affixada ao solo, formando com elle um todo unico, é um *predio urbano* em face do cod. civ. portuguez; como o são tambem, quando se verifique aquella condição, os edificios construidos para servirem nas exposições e destinados a desaparecer com estas, mas se o edificio *não estiver incorporado no solo*, embora seja destinado a permanecer *perpetuamente* no mesmo lugar, nem por isso deixa de ser moveel.

De accordo com estes principios decidiram já os tribunaes portuguezes que devem considerar-se *immoveis* os edificios de estufa ou granel, e bem assim os moinhos de agua e de vento e suas pertencas, *quando estão incorporados ou fixados no solo*, porque a lei (art. 374.º) não distingue entre edificio para habitação, e edificio para qualquer outro fim¹; e só erraram quando lhes chamaram *immoveis por natureza*, visto que nos termos do art. 374.º do cod. civ. elles são *immoveis mediante a acção do homem*.

A *incorporação artificial*, de que no artigo se tracta, é de duas especies: *mediata* ou *immediata*.

A primeira realisa-se quando o edificio está ligado ao solo por meio de estacas, pilares, columnas, etc., solidamente unidos e fixados no terreno; chama-se tambem *indirecta*. A incorporação *immediata* ou *directa* dá-se

¹ DELSOL, *Explication Élémentaire du Cod. Napol.*, I, 390.

¹ Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de agosto de 1891; e da Relação do Porto de 25 de julho de 1882 (*Boll. dos Trib.*, VII, 49; *Direito*, XVII, 15).

quando o edificio está ligado e unido ao solo pelos seus proprios fundamentos.

E', porém, indifferente, sob o ponto de vista da immobillidade do edificio, que a incorporação se opere por facto do dono do predio, ou do dono do edificio, ou mesmo dum terceiro, porque o codigo não faz a este respeito distincção alguma, antes mostra acceitar este principio nos artt. 2289.º e outros, especialmente no artigo 2304.º e seguintes.

Verificado o facto da incorporação, qualquer que tenha sido a sua causa, o edificio é para todos os effeitos um *predio urbano*; donde resulta tambem, como immediata consequencia, que *cessando por qualquer motivo a incorporação* volta o edificio novamente á categoria de *cousa móvel*, que por natureza lhe pertencia.

E assim é que, demolida uma casa, os materiaes que a formavam, embora destinados á sua reedificação, devem ser considerados moveis desde que foram separados do predio.

E o mesmo diremos quando, em vez de ser total a demolição fôr apenas parcial, v. gr., se o proprietario, no intuito de abrir janellas ou portas numa casa, desaggrega desta momentaneamente, algumas pedras que de novo terão de voltar ao seu lugar depois de collocadas as hombreiras ou pilares; porque, como bem ensina LAURENT, desde que os materiaes só eram immoveis pelo facto de estarem incorporados no solo, cessando a causa, deve, consequentemente, cessar o effeito ¹.

Nem se diga, como alguns pretendem ², que os materiaes continuam fazendo *juridicamente* parte do edificio,

¹ LAURENT, *Obr. cit.*, IV, 422

² BIANCHI, *Obr. cit.*, I, 114 e 115.

por só terem sido d'elle provisoria e momentaneamente separados; porquanto nada ha na lei que auctorise esta pretendida distincção entre *incorporação de facto*, e *incorporação de direito* relativamente aos materiaes dos predios urbanos.

Para que esta *ficção legal* fosse admittida seria necessario que o legislador expressamente a estabelecesse, como fez noutros logares (art. 375.º 1.º *fine*), o que em verdade aqui se não dá.

E bem audou em o não fazer, por ser absolutamente impossivel na maior parte dos casos, e sempre muito difficil, determinar se a desaggregação dos materiaes era feita com caracter provisorio e momentaneo, ou, pelo contrario, com caracter definitivo.

Bastaria a simples declaração do proprietario?

Seria necessario que elle principiasse de novo a obra?

Qual o praso em que n'este ultimo caso deveria fazê-lo?

Os principios geraes de direito não fornecem solução para taes dúvidas; tudo o que a este respeito se ensine na doutrina, ou nas leis se estabeleça, é, pois, inteiramente arbitrário.

§ 35.º—Immoveis por disposição da lei. *São immoveis por disposição da lei:*

1.º) *Os productos e partes integrantes dos predios rusticos, e as partes integrantes dos predios urbanos, que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço útil que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio;*

2.º) *Os direitos inherentes aos predios rusticos e urbanos;*

3.º) *Os fundos consolidados, que se acharem immobilizados perpetua ou temporariamente;*

Estas disposições geraes não excluem porem as immobilisações decretadas por lei especial para certos e determinados fins (art. 375.º e § un.).

105 Character geral e commun d'estes immoveis. Sob a designação de *imoveis por disposição da lei* comprehende o nosso cod. civ., aquellas cousas que sendo *incorporeas* e, como taes, alhoias á ideia de mobilidade ou immobildade, ou *moveis* por sua propria natureza, mereceram, pela sua estreita ligação com os immoveis propriamente dictos, estar sujeitas ao regimen juridico d'estes.

Não se encontra, por isso, nos diversos numeros do art. 375.º lugar para os immoveis *por natureza*, ou *mediante a acção do homem*, porque sendo membros de uma mesma classificação reciprocamente se excluem. Desde que uma cousa era já immovel por qualquer dos dois primeiros motivos (art. 374.º) seria absurdo ir tambem inclui-la na classe das que só por disposição legal como taes se consideram. A propria lei o declara, chamando-lhes *bens immobilizados*, (art. 890.º n.º 1.º), em contraposição aos *bens immoveis*.

Por isso nunca deve considerar-se como *parte integrante* d'um predio rustico qualquer edificio n'este incorporado; nem, tão pouco, como *parte integrante* d'um predio urbano qualquer fracção de terreno a elle adjacente -- por mais intimas que sejam as suas relações materiaes ou juridicas.

Uma casa levantada no meio duma quinta não forma com esta, rigorosamente, *um predio só*, comquanto na linguagem usual se exprima, por vezes, o contrario; uma

casa com jardim ou pateo adjacentes não pôde dizer-se *um predio urbano*.

Tanto num como no outro caso ha *dois* predios distinctos: o rustico, e o urbano.

No art. 456.º do cod. civ. temos uma bem clara e terminante applicação deste principio, considerando-se *predios rusticos* «*as quintas muradas ou quintaes, jardins, hortas, ou pateos adjacentes a predios urbanos*».

Certo é, todavia, que o legislador se deixou algumas vezes influenciar pelo incorrecto modo *usual* de fallar, parecendo esquecido da doutrina estabelecida ¹, no que, um pouco levianamente, tem sido imitado pela jurisprudencia ². Mas em face da lei e dos principios podemos

¹ No art. 2247.º do cod. civ. falla-se de «*propriedade rustica de que faça parte o edificio destruido...*» significando por este modo que um edificio pôde fazer parte d'um predio rustico; e o sr. DIAS FERREIRA (*Cod. Civ. Anotado*, v. 39) chega mesmo a affirmar que «se houver alguma parte rustica, ainda que seja de pequeno valor, tem lugar o disposto no mesmo artigo».

Aquelle artigo, porem, que a meu ver não foi bem interpretado pelo sr. DIAS FERREIRA, limita-se a firmar uma regra meramente interpretativa da vontade das partes, e por isso não admira que adoptasse a linguagem vulgar; mas d'elle não pôde por modo algum tirar-se uma regra geral em contrario da que no texto se acha formulada.

Nas palavras — *de que faça parte* — o legislador quiz apenas exprimir a ideia de que o edificio era *accessorio* do predio rustico, caso em que vulgarmente se diz que faz parte d'elle.

Incorrecta é, tambem, sob este ponto de vista, a redacção do art. 2337.º do mesmo cod., onde se faz completa distincção entre *predios rusticos*, e *pateos ou quintaes de predios urbanos*; mas se desla viciosa redacção fosse licio concluir que aquellos *pateos* e *quintaes* não são predios rusticos, licita era tambem a conclusão de que não eram predios urbanos, havendo assim necessidade de incluir estas fracções do solo na classe dos *imoveis por disposição da lei*, creando um perfeito antagonismo entre a propria cousa, que é *realmente* immovel, e o seu nome que indicaria o contrario.

² Na *Sentença de 1.ª instancia* de 1 de julho de 1878, publicada na *Rev. dos Trib.*, (v. 140), e proferida por um juiz muito illustrado, toma-se indevidamente a palavra *pertenças* como synonyma de *partes integrantes*, considerando-se comprehendida no art. 375.º n.º 1.º do cod. civ. «qualquer limitada área de terreno adjunta a *um predio urbano*, servindo-lhe de pateo, logradouro, ou cousa semelhante» — ou seja um predio rustico considerado parte integrante d'um predio urbano, e como tal immovel por disposição da lei! E mais ousada foi ainda a

affoutamente dizer que nos immoveis por disposição da lei, *além das direitos inherentes aos immoveis propriamente dictos, sómente se comprehendem cousas que são por sua natureza moveis.*

Tal é o caracter geral e commum de todas as cousas comprehendidas no art. 375.º do cod. civ.

106 Productos e fructos.

A palavra *productos* pôde ser tomada em dois sentidos differentes: α) no *sentido lato* designa todas as utilidades que a coisa pôde prestar, qualquer que seja a sua natureza; β) no *sentido tecnico* ou *proprio* consideram-se *productos* sómente as utilidades que a coisa não é por sua natureza destinada a produzir regularmente, em periodos mais ou menos largos de tempo, e que, portanto, só accidental e extraordinariamente d'ella se colhem.

No primeiro sentido indicado aquella palavra comprehende não só os *productos propriamente dictos*, mas tambem os *fructos*, que são as utilidades que a coisa produz em periodos mais ou menos regulares, sem alteração da sua substancia: *quidquid ex renasci et renasci solet* ¹.

Uma vez separados os primeiros, a terra não mais os reproduz; os *fructos*, pelo contrario, são substituidos por outros da mesma natureza, pela propria força creadora da terra.

O nosso cod. civ. admitte tres especies de fructos:

- 1) *naturaes*, ou produzidos espontaneamente pela coisa;
- 2) *industriaes*, que a coisa só produz mediante a industria

Rev. de Leg. e de Jur., que chegou mesmo a considerar as *casas* como *partes componentes* do predio onde estão!

A confusão resulta, muitas vezes, da expressão *partes integrantes* ter significados differentes na linguagem vulgar, e até mesmo na lei.

¹ L. 121, v. *De verb. sign.*; LL. 16 e 28, v. *De usur.*, (xxii, 1).

do homem; 3) e *civis*, que são as rendas ou interesses provenientes da mesma coisa (art. 495.º § 3.º); mas estes, sendo *cousas incorporeas*, não estão comprehendidos no art. 375.º n.º 1.º do cod. civ., que só abrange, além dos *productos propriamente dictos*, os *fructos naturaes e industriaes* dos predios rusticos.

São *productos* do solo os metaes, a hulha, e outras substancias fosseis ou mineraes que possam ser extrahidas da terra; o ar, as arvores e arbustos, fructiferos ou não; e em geral todas as substancias nelle contidas e que não devam considerar-se como suas *partes componentes* ¹.

Os pomos das arvores, os ramos e folhas, os cereaes, as uvas, etc., são, pelo contrario, *fructos*.

No entretanto cousas ha que para certos fins podem revestir ora a natureza de *fructos*, ora a de *productos* do solo: dá-se isto sempre que os *productos* perdem o seu caracter de *utilidades extraordinarias*, tornando-se objecto de percepção ordinaria e periodica, como succede, por exemplo, com as *arvores* dos bosques e mattas destinadas a talhadias ordinarias ², e com os *mineraes* quando o respectivo jazigo seja devidamente lavrado, pois que então a propria mina constitue uma propriedade autonoma, juridicamente distincta do predio onde se encontra, que pode ser alienada, *usufruida*, e até hypothecada independentemente da superficie do solo, em que o minerio extrahido se considera como *fructo* da mesma mina ³.

A *cortiça* dos sobreiros, ainda que por alguns menos acertadamente considerada *parte integrante* do predio,

¹ Conf. SUPRA, 103.

² Conf. os art. 2211.º e 2212.º comp. com 2202.º e 2210.º do cod. civ.

³ MAZZONI, *Inst.*, III, 115; LACANTINIERE, *Précis de Droit Civil*, I, 764-5.

deve, a meu juízo, ser incluída na classe dos *fructos* do mesmo predio, como os ramos, e as folhas das arvores, ainda que já foi considerada como *producto* pelo *Supremo Tribunal de Justiça*, em *Acc. de 26 de fevereiro de 1889*¹.

Mas para a questão que ora nos occupa é indifferente a distincção entre *productos* e *fructos*, que aliás pouca importancia tem geralmente no direito patrio, por isso que o cod. civ., como dissemos, emprega aquella palavra, no art. 375.º, n.º 1.º, no seu mais lato significado. « E diz *productos* e não *fructos*, escreve o DIREITO, para comprehender os diferentes generos de producção, arvores de fructo, plantas, mattos, arvores de talhadia, etc. »².

107 *Productos moveis e immoveis.*
A immobilisação dos *productos* dos predios rusticos resulta manifestamente da sua *incorporação* no solo, que por assim dizer faz d'elles uma parte do mesmo solo: *fructus pendentes pars fundi esse videntur*.

Com inteira razão se affirma que a terra immobilisa tudo aquillo a que dá vida, as arvores, os fructos, as colheitas de toda a especie que ella produz. A unica differença que, sob este ponto de vista, se nota entre os *productos* do solo e os *predios urbanos* nelle incorporados está simplesmente na origem da incorporação, que sendo devida á acção do homem em relação aos segundos, resulta, emquanto aos productos, da simples acção da natureza. *Incorporação natural* num dos casos; *incorporação artificial* no outro: eis tudo.

Donde resulta que, cessando aquella incorporação, cessa consequentemente a immobildade dos productos, que entram desde logo na categoria das cousas moveis. O nosso cod. civ. não o diz expressamente, nem precisava de o dizer, porque é isso de primeira intuição; pois seria rematado absurdo, como diz um escriptor, considerar immoveis por disposição da lei todos os productos dos predios rusticos, ainda depois de separados delles¹. « Só depois de despegados da terra ou da arvore, ainda que alli fiquem no chão, e não sejam transportados para outro lugar é que são *moveis* os fructos, e nomeadamente com relação ao rendeiro, que não é senhor do predio, e com relação aos credores que sobre elles tinham privilegio »².

Só enquando a coisa está ligada ao solo pode dizer-se *producto do predio*, pois logo que é separada adquire uma individualidade propria, sem referencia alguma á terra que a produziu.

No art. 394.º do *Proj. Prim.*, vinha aquella ideia expressamente consignada, talvez por influencia do cod. civ. francês (art. 520.º), onde, aliás, um tal preceito foi declarado inutil pelos commentadores; e nas diferentes *propostas* tendentes a modificar aquelle artigo toi sempre mantido o mesmo principio³, que ainda hoje apparece implicito nos artt. 495.º e § 2.º, 830.º e muitos outros do cod. civ.

Não ha, pois, duvida alguma de que os productos dos predios rusticos *sómente decem considerar-se immoveis*

¹ *Direito*, iv, 450.

² DIAS FERREIRA, *Obr. cit.* I, 263.

³ O n.º 2.º do art. 394.º deste *Projeto* declarava immoveis « as plantas, arvores, e quaesquer productos do solo, *enquanto estiverem unidos ao mesmo solo* », e com esta mesma redacção apparecia na *proposta* de José JULIO, MARRECA pretendia substituir aquella redacção pela seguinte: « quaesquer productos do solo *enquanto estiverem unidos ao mesmo solo* », doutrina que tambem se encontra na *proposta* de SILVA FERRÃO (n.ºs 1 e 2) *Conf. Act. da Comp. Rev.*, 68 a 70).

¹ *Boll. dos Trib.*, iv, 509. *Conf. Direito*, viii, 482; xii, 484: « A cortiça, emquanto unida ás arvores, é coisa immovel, por força do n.º 1.º do art. 375.º (*productos*) e como tal póde ser hypothecada (art. 890.º n.º 1.º); mas logo que é cortada torna-se moveis ».

² *Direito*, iv, 450.

emquando estiverem ligados ou incorporados no sólo, principio do qual derivam as seguintes consequências:

1) As *plantas collocadas em vasos ou caixotes*, qualquer que seja a materia de que estes são formados, não podem considerar-se *immoveis*, porque as suas raizes não vão buscar ao terreno os elementos necessarios para a vida.

Não existe aqui a incorporação no sólo, e não podem consequentemente considerar-se seus *productos*, visto que delle se não alimentam.

Neste ponto ha completa concordancia de opiniões entre os escriptores.

2) As *plantas dos viveiros*, desde que foram arrancadas do lugar onde nasceram até que foram collocadas noutro onde lançaram raizes, devem, tambem, pelas mesmas razões, considerar-se *moveis*.

Esta doutrina, porém, é combatida por alguns escriptores, para os quaes as plantas dos viveiros são *immoveis* emquanto estão plantadas no terreno que as produziu, ou depois de o terem sido no lugar onde devem ficar perpetuamente; devendo, porém, considerar-se *moveis* no tempo que decorre entre estes dois momentos, embora sejam *provisoriamente* collocadas noutro lugar ou terreno para ali se nutrirem e fortificarem até que chegue o tempo de serem vendidas ou replantadas definitivamente.

Tal a opinião de POTHIER¹, que MAZZONI² recentemente defendeu, mas DURANTON³ triumphantemente refutou.

E' certo que as plantas, desde que foram separadas do solo onde nasceram, assumiram a natureza de *moveis*,

¹ POTHIER, *Traité de la communauté*, 34.

² MAZZONI, *Traitato di Diritto Civile*, 27.

³ DURANTON, *Cours de Droit Français*, IV, 44.

por ter cessado a causa accidental da sua immobildade; e sem dúvida não perdem aquella qualidade pelo simples facto de serem depostas noutro lugar, *em simples deposito*, não para que lancem ali raizes, se nutram e fortifiquem, mas sómente para se *conservarem* até que chegue o tempo de serem vendidas ou replantadas.

Succede isto frequentemente com as vides ou bacellos destinados a plantações, que é de uso conservar mettidas na terra para que não sequem.

Mas quando as plantas lançam raizes neste novo lugar, adherindo ao solo aonde ficam por esse facto *incorporadas*, não podem deixar de considerar-se *immoveis*, porque a simples *intenção* do proprietario de as mudar de lugar não é sufficiente para destruir a união material das duas cousas, que faz por assim dizer, das plantas, e do solo onde estão, uma cousa só.

Seria arbitrio injustificavel o considerar uma cousa movel ou immovel conforme a intenção, sempre difficil de precisar, do respectivo dono relativamente ao seu destino.

3) Aquelles objectos, que embora enterrados no solo, não teem com este ligação alguma material, conservando a sua individualidade propria e autonoma, não podem considerar-se *immoveis*, porque não se acham devidamente incorporados no terreno.

Assim, por exemplo, os fructos dum predio, que o homem nelle enterrou para melhor os conservar, como nalgumas regiões se faz a certas fructas, são cousas moveis para todos os effeitos.

Da mesma fôrma, deve ser considerado como movel o *thesouro*, não só pela razão apresentada, mas ainda porque não pôde em verdade considerar-se como *producto* do solo. O nosso cod. civ. faz applicação desta doutrina no art. 2216.º

4) A *immobilisação dura enquanto não cessa a incorporação no solo*; no entretanto este principio tem nas leis algumas excepções; o legislador permite por vezes, para fins especiaes, a *separação juridica* dos productos *materialmente* ligados ao solo, dando-lhe effeitos analogos aos da separação material. Assim é, por exemplo, que no parecer da REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA ¹ os *fructos pendentes* devem considerar-se moveis para o effeito da penhora, quando esta não é feita conjunctamente nos fructos e no casco ou raiz ².

Alem disso podem os productos do solo, emquanto nelle incorporados, assumir character mobiliario em certa ordem de contractos, de que os mesmos são objecto.

Assim, por exemplo, se eu vendo os fructos do meu pomar, a cortiça das minhas sobreiras, etc., estes contractos, embora recaiam sobre cousas immoveis por disposição da lei no momento em que são effectuados, devem, todavia, considerar-se de natureza mobiliaria, não por que a vontade das partes possa alterar a natureza juridica das cousas, transformando os moveis em immoveis ou vice-versa (pois é completamente indifferente que um individuo declare movel um predio rustico para como tal o vender, e seria por igual pueril a declaração contrária quando se tractasse dum movel), mas simplesmente porque os productos do predio são olhados, *não no seu estado presente, mas num estado futuro, depois de materialmente separados do solo que os produziu*.

O que geralmente succede é ficar reservado ao adquirente o direito e a obrigação de fazer a separação.

Quando vendo o matto do meu pinhal, que é uma

cousa immovel no momento da venda (art. 375.º, n.º 1.º), é tal contracto, apesar disso, mobiliario porque vae nelle implicito o direito, ou antes a *obrigação* de cortar o matto em praso determinado, que pôde ser convencionado, ou resultar do uso e costume local; sendo a esse momento que, fundamentalmente, a venda se refere.

Como ensina um escriptor, a mobilisação, neste caso, é o effeito da separação ficticia, que pela divisão das propriedades se operou.

Já o illustre CORREIO DA ROCHA dizia, seguindo LORÃO, que os fructos *pendentes* das cousas immoveis se reputavam tambem immoveis para os effeitos juridicos, *excepto quando se dispunha d'elles para serem separados* ³.

A questão foi, no entanto, por muito tempo debatida entre nós, especialmente em relação á cortiça, dividindo-se as opiniões; mas vae prevalecendo hoje a doutrina que deixamos exposta ².

Por cautella convém, todavia, que as partes declarem expressamente nos seus contractos que vendem os fructos ou productos *depois de separados*, embora concedam ao comprador o direito para os colher ³.

108 Partes integrantes e partes componentes.

Na expressão *partes integrantes*, comprehendem-se todas aquellas cousas, que sendo moveis por sua natureza, e não fazendo parte do predio, são industrialmente unidas a elle para *augmentarem as suas utilidades*. Expressamente o declara a lei quando dispõe que as *partes*

¹ Rev. de Leg. e de Jur., XIV, 390; e XIX, 212.

² Cod. do Proc., art. 615.º § 1.º; *Tabela dos Emolumentos* de 1877, art. 34.º n.º 19.º; Conf. *Tabela* de 13 de maio de 1896, art. 41.º n.º 23.º.

¹ CORREIO DA ROCHA, Obr. cit., I, § 33, fine.

² Conf. *Direito*, VIII, 482; XII, 484; *Rev. de Leg. e de Jur.*, VI, 322; XI, 153; XII, 562.

³ Conf. *Acc. do Sup. Trib. de Just.*, de 25 de janeiro de 1892 (*Boll.* VII, 245).

integrantes « não podem ser separadas sem prejuízo do serviço útil que devem prestar » (art. 375.º).

Distinguem-se essencialmente dos *elementos*, ou *partes componentes*, porque sendo estas absorvidas no proprio predio, que nada mais é do que a sua reunião ou somma, as *partes integrantes*, pelo contrario, conservam sempre distincta a sua individualidade, embora sigam, na qualidade de *accessorios*, os destinos do predio a que estão ligadas.

Assim é que a argilla, a cal, a silica, etc., são *partes componentes* do solo ou terreno, como o são dos predios urbanos as pedras, cal, madeiras, ferragens, tintas, etc., que entram na sua construcção; mas devem considerar-se *partes integrantes* dos predios rusticos: os muros de vedação, os tanques, aqueductos, e aparelhos uteis á agricultura ou á industria, as turbinas e bombas de tirar água dos pozos, etc.; e dos predios urbanos: os tubos ou caleiras destinados a recolher a agua dos beiracs, os pára-raios, as estantes montadas nas paredes ou madeiramentos, os machinismos das fabricas, etc.²

¹ Já noutro logar explicámos que as cousas não podem prestar serviços a outras cousas, mas só ao homem, e o sentido em que esta expressão deve ser tomada. (Conf. as vinhas *Sorvidões*, l. 24).

² Conf. *Direito*, iv, 450; *Rec. de Leg. e de Jur.*, xv, 70; xix, 3; *Acc. da Rel. de Lisboa*, de 9 de janeiro de 1890 (*Gaz. da Rel.*, iv, 594 e *Direito* xxiv, 45). Este *Acórdão* considera, porém, incorrectamente como *partes integrantes* d'uma fabrica, não só as *machinas, utensilias e mais objectos necessarios á sua laboração*, mas tambem o *proprio edificio onde está installada e a parte rural necessaria á laboração*.

Não se sabe, porém, de que são *partes integrantes* estes predios, a não ser que se tome a expressão em sentido differente do que lhe é attribuido no art. 375.º n.º 1.º do cod. civ. e como synonyma de *partes componentes*, em que algumas vezes é usada na linguagem vulgar, e até na lei. Empregada n'este sentido pôde, com effeito, comprehender-se nas *partes integrantes* da fabrica tudo aquillo que é necessario para o conveniente exercicio da sua função: edificios, parte rural accessoria, machinismos, etc. Mas a palavra *fabrica* não significa o mesmo que *predio rustico* ou *urbano*, tendo um significado muito mais extenso, e alheio aquella classificação, pois nelle podem comprehender-se: predios urbanos, predios

É, porém, em todo o caso indispensavel que a coisa esteja unida ou affixada ao predio para dever considerar-se como immovel, e que lhe preste algum serviço util, como expressamente se dispõe no art. 375.º, n.º 1.º do cod. civ. *zb.* « que não podem ser *separadas*. . . »

Esta união ou affixação da coisa ao predio pôde ser feita tanto pelo proprio dono deste, como pelo dono da coisa, como por um terceiro, visto que a lei não distingue. A immobilidade resulta sómente da encorporação da coisa no immovel, que, tornando impossivel a sua deslocação no espaço enquanto estiver exercendo a função que lhe foi destinada, aniquilla por completo a sua natureza mobiliaria.

A última parte do n.º 1.º do art. 375.º não deixaria a este respeito a menor dúvida, se dúvida a tal respeito podesse haver, pois declára que as *partes integrantes*, por lei immobilisadas, se tornam *moveis* quando *distrahidas* ou separadas por seu dono, o que bem mostra:

- 1.º) que só de cousas por sua natureza moveis alli se tracta, visto que os predios rusticos e urbanos nunca poderiam tornar-se moveis;
- 2.º) e que aquelles moveis devem estar unidos ao predio, por que só pôde separar-se ou distrahir-se o que está *ligado* ou *unido*.

rusticos, partes integrantes duns e de outros, e até moveis (utensilios avulsos empregados na laboração).

O proprio cod. civ. emprega nalguns logares a expressão *partes integrantes* em sentido differente do que lhe é attribuido no art. 375.º n.º 1.º, v. gr., no § 3.º do art. 381.º onde se diz que « o leito ou alveo da torrente ou corrente de uso commun, que atravessa um predio particular, ou nelle se ajunta ou nasce, forma *parte integrante* do dicto predios ». E' claro que o alveo da corrente que atravessa um predio é uma simples fracção do mesmo predio, e, portanto, o legislador apenas quíz significar naquelle modo de dizer que o referido alveo não formava um predio distincto, mas continuava a ser parte componente do predio serviente.

No *Proj. Prim.*, apparecia esta ideia ainda mais explicita, pois declarava immovel «*tudo o que fosse affixado ou unido em permanencia ao predio rustico ou urbano*»; e dos trabalhos da *Comm. Revisora* depreheende-se que, se a redacção variou, o pensamento do legislador permaneceu o mesmo.

Daquí deriva, como logica consequencia, que feita a separação entre as duas cousas, os moveis deixarão de ser *partes integrantes* do predio, readquirindo a sua natureza mobiliaria, por ter desaparecido a causa efficiente da *immobilisação*, como vimos succeder com os predios urbanos ¹.

Não acontece, porém, assim, porque o codigo estabelece nas ultimas palavras do citado n.º 1.º do art. 375.º a *ficção legal* de que as referidas cousas *só perdem a sua qualidade de immoveis quando sejam distrahidas pelo dono do predio*; de fórma que, sendo *separadas* por um terceiro, as antigas relações entre as duas cousas, embora tenha desaparecido a sua união material, subsistem *juridicamente* para todos os effeitos.

A immobilisação das partes integrantes pôde ser determinada pela acção de qualquer pessoa, mas só o *dono do predio* pode destruir os effeitos d'esse facto, distrahindo a coisa da funcção que desempenhava.

A razão desta differença é facil de apprehender: sendo a immobilisação das *partes integrantes* o effeito necessario e *real* da sua incorporação ou affixação no predio, claro é, que não podia deixar de operar-se independentemente da qualidade da pessoa que a determinou: a lei nada mais faz do que reconhecer um facto realisado, salvos,

¹ Conf. SUPRA, 104.

em todo o caso, os direitos que aos respectivos proprietarios assistem, os quaes vão determinados nos logares devidos (artt. 2289.º, 2306.º, 2307.º, etc.); não quiz, porém, o legislador tirar a conclusão necessaria d'este principio no caso de separação, para evitar que fosse destruida pela arbitraria, e por veses criminosa intervenção d'um extranho a situação privilegiada das *partes integrantes*, que ao legislador mereceram uma justificada protecção.

E não podia ir mais longe mantendo a sua immobillidade mesmo contra a acção do dono do predio, porque tendo este a faculdade de dispôr livremente do mesmo predio, no todo ou em parte, até á destruição da sua propria substancia, aquella restricção involveria a negação do direito de propriedade.

A incorporação das *partes integrantes* nos predios rusticos ou urbanos pôde ser, portanto, *material* ou simplesmente *juridica*; mas para que a segunda tenha logar é em todo caso essencial que *a coisa movel tenha estado algum tempo materialmente ligada ou affixada ao predio*.

109 Immoveis por destino.

Do exposto resulta que não devem considerar-se *partes integrantes* dos predios rusticos ou urbanos aquellas cousas, que, por sua propria natureza, não podem ser materialmente unidas ou affixadas a elles; neste caso estão, por exemplo, as pombas, os coelhos, e em geral todos os animaes, que não são partes integrantes dos pombaes, coelheiras, ou quaesquer outros alojamentos. Nem o podem ser tão pouco aquellas cousas que, embora susceptiveis de ligação ao predio, todavia a não tiveram nunca.

Por esta forma devem considerar-se moveis: *os instrumentos aratorios, as sementes que ficam de uns para*

outros caseiros, as palhas e os utensilios de lavoura, destinados pelos proprietarios ao serviço dos predios onde se encontram, os animaes domesticos que o predio cria, ou são destinados á sua cultura, etc. que pelo cod. civ. francês são *immeveis por destino*, embora tenham apparecido em contrario mal fundamentadas opiniões.

O proprio cod. civ., permittindo no art. 89.º n.º 1.º a hypotheca dos *moveis immobilisados* comprehendidos no n.º 1.º do art. 375.º mostra claramente que nas *partes integrantes* dos predios rusticos ou urbanos não se acham comprehendidos os objectos que ficam mencionados, nem outros similhantes, porque taes cousas, não podendo ser descriptas no registo, estão evidentemente fóra daquelle preceito, como opina o sr. DIAS FERREIRA ¹.

E' certo que na *Comm. Rev.* foi defendida a ideia de serem tambem immobilisadas por lei as cousas d'aquella especie, que já não figuravam como taes no *Proj. Prim.*, sendo bem expressas a esse respeito as *propostas* de SILVA FERRÃO e MARRECA, apresentadas em sessão de 28 de novembro de 1860, e mandadas lithographar para entrarem em discussão conjuntamente com a doutrina do *Projecto*.

D'essa discussão, porém, se porventura a houve, nada foi ás respectivas *Actas*, das quaes sómente consta que em sessão de 7 de dezembro, presentes os referidos juriscultos, foi approvada a redacção que hoje tem o art. 375.º,

¹ O sr. DIAS FERREIRA, segundo crêmos, refere-se á hypotheca das *partes integrantes* do predio *separadamente* deste, que alguns dizem não ser permittida. Comquanto não seja aqui lugar opportuno para dar noticia da discussão, devemos todavia, notar que o *Supremo Tribunal de Justiça*, em *Acc.* de 26 de fevereiro de 1889 (*Boll. das Trib.*, IV, 508) se pronunciou pela *affirmativa*, reconhecendo a validade d'uma hypotheca constituída sobre a cortiça de certas arvores que sendo um *produto* do predio é juridicamente equiparada, sob este ponto de vista, ás *partes integrantes* (*Conf. Rev. de Leg. e de Jur.*, XIX, 4; TAVARES CRESPO, *Comment. á leg. do reg. pred.*, 31).

« votando o sr. MARRECA contra na parte em que considera immoveis todos os direitos inherentes á propriedade, e declarando que na sua opinião só considerava taes os direitos de cuja realisação resultasse acquisição de bens immoveis ».

Significará, este silencio do sr. MARRECA relativamente aos objectos de que tractámos, que elle os julgon comprehendidos no n.º 1.º do art. 375.º, e só por isso deixou de protestar contra a sua exclusão?

Ha quem o tenha sustentado; e o proprio sr. DIAS FERREIRA, apesar de emittir opinião contrária, mostra-se abalado com o argumento, que elle proprio formula, o qual, todavia, nenhuma força tem, não só porque aquelle silencio pôde significar que os auctores das *propostas* foram convencidos dos graves inconvenientes que resultariam da doutrina que perfilhavam, mas ainda porque em muitos outros assumptos não prevaleceram as suas opiniões, sem que por isso fizessem declarações na acta.

O que não pôde por modo algum acceitar-se, é que na expressão *partes integrantes dos predios rusticos* julgasse aquellas cousas comprehendidas quem entre umas e outras fazia perfeita separação, como o sr. MARRECA, que tractava em numeros separados de *tudo o que fôr annexado ou incorporado permanentemente no predio rustico, na mina, e no predio urbano*, como parte integrante, *bemfeitoria ou embellezamento* (n.º 3.º), e dos *animaes, instrumentos aratorios, utensilios, sementes, etc.* (n.º 4.º). O n.º 1.º do artigo 375.º do cod. civ. corresponde, pois, sómente ao n.º 3.º da *Proposta*.

Considerar como *partes* d'um predio cousas que a elle se não acham unidas, ou affixadas, e que só accidentalmente se encontram a elle ligadas pelo seu destino, é dar áquella

palavra uma extensão que a sua etymologia não comporta, nem a lei, por modo algum, auctorisa.

Além de que, não fazendo o cod. civ. distincção alguma a este respeito, a opinião que combatemos levava naturalmente ao absurdo de se considerarem como *partes integrantes* dos predios rusticos aquelles mesmos objectos, quando postos ao serviço do predio por outrem que não fosse seu dono, o que ninguem admite, nem mesmo na jurisprudencia francêsa, onde se exige sempre como essencial requisito dos *immobiles por destino* que este lhes seja dado pelo respectivo *proprietary*.

Por isso com razão affirma o *Direito* que « todos os objectos destinados ao serviço dos predios, mas que lhes não estão permanentemente unidos, como os instrumentos de lavoura, os animaes destinados á agricultura, as sementes, etc. e todos os utensilios de lavoura, destinados pelos proprietarios ao serviço dos predios, a que o cod. civ. francês chama *immobiles por destino*, não podem ser considerados *immobiles por disposição da lei* segundo o pensamento e a lettra do nosso codigo »¹.

110 Caracteres essenciaes das partes integrantes. De tudo o que fica exposto se infere que uma cousa só pôde, *em regra*, considerar-se *parte integrante* de qualquer predio rustico ou urbano quando satisfaça cumulativamente aos seguintes requisitos:

- 1.º — Ser por sua natureza movel;
- 2.º — Estar unida ou affixada ao predio;

3.º — Manter a sua individualidade propria, e distincta do mesmo predio;

4.º — Prestar ao predio algum serviço util.

Quando uma cousa, satisfazendo num dado momento a todos estes requisitos, é *distrahida* da sua funcção propria, e separada do predio por quem não é dono do mesmo predio — embora o seja da propria cousa — esta continua por *ficção legal* a manter juridicamente a sua qualidade de immovel, como se nella se verificassem os caracteres apontados, dos quaes só o primeiro e o terceiro são, por consequencia, *essenciaes*, sendo os restantes dispensados por lei quando se verifiquem as circumstancias que ficam apontadas.

Mas repetimos, não podem considerar-se partes integrantes de qualquer predio aquellas cousas que, ao tempo em que delle foram separadas, não satisfaziam aos indicados requisitos.

111 Desincorporação das partes integrantes. No que deixamos dicto claramente se vê que, a nosso juizo, as palavras do citado n.º 1.º do art. 375.º do cod. civ. : — « *que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio* » tanto se referem ás partes integrantes dos predios *rusticos*, como ás dos *urbanos*. Mas em contrário se pronunciam alguns auctores, entre os quaes é bem explicito o sr. DIAS FERREIRA, quando escreve que as palavras do n.º 1.º do art. 375.º, tanto as da oração incidente como as da excepção, *só respeitam aos predios urbanos, e não aos predios rusticos* »¹.

¹ *Direito*, IV, 450.

¹ DIAS FERREIRA, *Obr. Cív.*, I, 265.

E' porém, incompatível com similhante parecer a propria construcção grammatical da lei; e não se descobre fundamento para justificar a doutrina do cod. relativamente aos predios urbanos que não tenha igual applicação aos predios rusticos.

A virgula que se encontra entre aquellas palavras e a expressão *predios urbanos*, mostra evidentemente que o pensamento do legislador era bem differente do que lhe é attribuido pelo sr. DIAS FERREIRA. Elle mesmo o confessa implicitamente quando, pouco depois de escrever o que deixamos transcripto, afirma não podorem os gados, instrumentos aratorios, etc. considerar-se *partes integrantes* dos predios *rusticos*, entre outras razões, porque *podem prestar o mesmo serviço noutro terreno*, reconhecendo assim que as palavras «*sem prejuizo do serviço util que devem prestar*», as quaes fazem parte da referida oração incidente, — embora mal interpretadas pelo sr. DIAS FERREIRA, — são applicaveis tambem aos *predios rusticos*. E desde que reconhece esta doutrina em relação á oração incidente, não pôde negá-la enquanto ás ultimas palavras do artigo, que são apenas uma excepção da regra alli formulada, e tem, por consequente, o mesmo objecto.

No *Proj. prim.* este pensamento vinha expresso, pois considerava immoveis, além dos *productos* do solo, «*tudo o que fôr affirado ou unido em permanencia ao predio rustico ou urbano*» (art. 394.º, n.ºs 2.º e 3.º), palavras que correspondem ás *partes integrantes* de que falla o codigo, exigindo-se em todo o caso, para serem havidas por immoveis, a sua união permanente ao predio, quer este fosse rustico, quer urbano.

Não é, pois, licito interpretar por fôrma differente o n.º 1.º do art. 375.º do cod. civ. ¹.

¹ Conf. neste sentido o *Direito*, IV, 360.

112 Direitos mobiliarios e immobiliarios.

O legislador portuguez fez entrar na classificação das cousas moveis e immoveis tambem os *direitos* patrimoniaes, ou cousas incorporeas, embora por sua propria natureza elles sejam em rigor extranhos á ideia de mobilidade ou deslocação no espaço, pela necessidade de os sujeitar ao regimen juridico d'umas ou d'outras cousas, conforme a sua maior ou menor ligação com ellas.

Deste modo, devem legalmente considerar-se cousas *immoveis* os direitos inherentes aos predios rusticos o urbanos; e cousas *moveis*, todos os restantes direitos patrimoniaes ¹ (art. 375.º, n.º 2.º, e 376.º, *fine*).

D'aqui resulta que os *direitos reaes* ² podem ser *immobiliarios* ou *mobiliarios* segundo tem ou não por objecto cousas immoveis; havendo alguns que são sempre immoveis, outros que só podem ser moveis, e finalmente outros que podem ser ora moveis, ora immoveis. *Direitos reaes sempre immobiliarios* são, por exemplo, as servidões, e a *emphyteuse*, que só pôdem recair sobre predios rusticos ou urbanos (artt. 2267.º e 1653.º); dos direitos reaes *sempre mobiliarios* temos para exemplo o penhor (artt. 855.º e 860.º); e dos que podem ser ora *mobiliarios* ora *immobiliarios*, o usufructo (art. 2197.º).

Com os *direitos pessoais* ² succede quasi o mesmo: α) quando o direito se resolve na *prestação d'uma coisa*, ora reveste natureza mobiliaria ora a immobiliaria, segundo é ou não immovel a coisa que deve ser prestada. O *credito*

¹ Esta redacção do nosso codigo é preferivel á dos codigos francez e italiano que declaram *moveis* os que *tem* os *moveis* por objecto. Veremos relativamente aos direitos pessoais que na prestação de facto o objecto do direito não é movei nem immovel.

² Conf. *Supra*, § 7.º

de certa quantia em dinheiro, e o de certa quantidade de generos, são moveis; á obrigação de entregar um predio rustico ou urbano corresponde um direito immobiliario, segundo a doutrina corrente, que, aliás não merece o nosso applauso ¹; β) mas quando o direito se resolve na *prestação d'um facto*, tem sempre, a juizo meu, natureza *mobiliaria*, sustentando, porem, alguns auctores que pode ser tambem *immoel*, devendo assim considerar-se todas as vezes que se traduzir na prestação d'uma cousa immovel ².

¹ Dissemos noutro logar (§ 7.º, n.º 21) que, em rigor, as cousas materiaes *nunca* são objecto dos direitos pessoaes, cujo objecto é sempre o facto do homem — a *prestação* da cousa ou do facto. Nestas condições, a doutrina mais scientificamente será considerar o *direito de crédito*, quaquer que seja a sua natureza, como *imovel*; mas a opinião geralmente accella é a que consignámos no texto, e por isso julgámos necessario desenvolvê-la.

² POTHIER ensina abertamente esta doutrina, affirmando que o *crédito d'um facto*, ou este consista em fazer ou em não fazer, é *sempre mobiliario*, que o objecto deste crédito não é um immovel, pois consiste apenas no interesse que o credor tem de que o devedor faça aquillo a que se obrigou; e tanto que, se o devedor não cumpre, o credor só pôde exigir d'elle a somma de dinheiro equivalente ás perdas e damnos. D'aqui deduz, como necessaria consequência, que aquelle crédito pertence ao herdeiro dos moveis, e não ao dos immoveis, quando o testador disposer dos seus bens immobiliarios em favor duma pessoa, e dos mobiliarios em favor doutra (*Obr. cit.*, part. II, § 2.º, e *Introd. gener. auct. cont.*, n.º 59).

Esta opinião foi vivamente combatida, antes nos fundamentos adduzidos para sua justificação e nas suas applicações, do que na sua propria essencia. Dizia-se, com effeito, que o credor, no caso de não cumprimento por parte do devedor, se em verdade podia exigir as perdas e damnos (*Conf. cod. civ. port.*, art. 711.º) tinha tambem o direito de reclamar a prestação da *mesma cousa* por um terceiro á custa do devedor quando isso fosse possivel, (*Conf. cod. civ. port.*, art. 712.º), sendo, portanto, aquelle direito apenas *subsidiario* deste, que por ser principal devia caracterisar a obrigação. POTHIER, em vez de attender á obrigação primitiva argumentava, pois, com a que lhe havia succedido. E para demonstrarem que a prestação de factos pôde ter por objecto uma cousa immovel serviam-se os adversarios de POTHIER do exemplo por elle proprio adduzido — a obrigação contrahida por um constructor de fazer uma casa — dizendo que *sendo a casa o objecto do crédito, este devia regular-se immovel, por ter um immovel por objecto* (*Conf. MOURLOS, obr. cit.*, I, 1399, nol. 1).

DEMOLOMBE (*Obr. cit.*, 372 e seg.), reconhecendo embora a improcedencia dos argumentos de POTHIER, perfilhou todavia a mesma doutrina, fazendo largamente a sua demonstração, que modernamente foi ainda por outros reforçada.

Em verdade, dizer que o *edifício*, no exemplo citado, constitue o *objecto* do crédito, é confundir o *fin* do contracto com o seu *objecto*. O credor só tem direito

Mas, segundo esta orientação, entre os direitos reaes, e os direitos pessoaes ha, sob este ponto de vista, uma differença importante, pois sendo em todo o caso *determinada e conhecida* a cousa sobre que os primeiros recaem, a natureza mobiliaria ou immobiliaria dos mesmos direitos fica logo determinada, o que não succede com os direitos pessoaes, cujo objecto pôde não ser determinado, havendo, por consequencia, necessidade de esperar que o seja para conhecer se o direito é movel ou immovel.

Succede isto, por exemplo, nas obrigações *alternativas*, em que o devedor pôde desonerar-se entregando uma cousa immovel ou um objecto movel, v. gr., certa casa ou certa quantia (cod. civ., art. 733.º): a natureza do direito fica em suspensão até que, pelo pagamento, se verifique ou determine o objecto sobre que recae.

Além d'isso pôde um direito, ao qual pelos principios expostos coubesse a qualificação de movel, transformar-se,

a exigir do constructor o *seu trabalho*, e porventura a *prestação dos materiaes necessarios* para a construção da obra, a qual será, portanto, o *resultado do cumprimento da obrigação*, mas nunca o objecto d'esta.

Como poderia tal direito considerar-se, na phrase do nosso codigo, *inherente ao edificio*, se este ainda não existe, e só apparecerá quando aquelle direito, pelo cumprimento da correlativa obrigação, tiver desaparecido?

Evidentemente não pode ser.

Quando tal doutrina prevalecesse seria necessario ir até ao absurdo de se considerar, tambem, como *immoel* a obrigação contrahida pelo lavrador de lavar o meu campo, e a contrahida pelo artista que se incumbiu de pintar a minha casa, etc. (*DEMOLOMBE, obr. cit.*, 374).

Mas a natureza *mobiliaria* dos créditos que se resolvem na prestação de factos não obsta a que na hypothese do credor deixar os seus immobiliarios a uma pessoa, e os mobiliarios a outra, o direito que elle tinha relativamente á construção da casa acompanhe os *immoveis*, quando em contrario nada se disponha no testamento, porque valendo mais a vontade do testador do que o signficado litteral ou legal das palavras, é de presumir que fosse sua intenção deixar aquelle direito a quem fica sendo proprietario do solo onde a casa deve ser construída, visto que só este pôde exercê-lo, por não poder outra pessoa, sem o seu consentimento, edificar em terreno alheio (*Conf. BIANCHI, obr. cit.*, IX, 41 e 50).

Em nosso entender, o direito de credito é sempre mobiliario, quer se traduza na prestação duma cousa, ou na prestação dum facto, como dizemos no texto.

por virtude de contracto, num direito immobiliario, v. gr., quando, para assegurar o cumprimento d'uma obrigação mobiliaria, se estipulou, como clausula penal, para o caso do seu não cumprimento, a prestação d'uma coisa immovel; mas se aquella clausula foi estabelecida tão sómente para quando haja móra na prestação, o direito conserva a sua qualidade mobiliaria, embora o credor fique tambem com um direito immobiliario desde que o devedor não pague no praso estabelecido (cod. civ., art. 676.º).

Esta, repetimos, é a doutrina mais geralmente aceita; mas em nossa opinião o *direito de credito é sempre mobiliario*, ainda mesmo quando se traduza na prestação d'um immovel, não só porque, em rigor, o objecto do direito é o facto da prestação e não a coisa prestada, mas ainda, e particularmente sob o ponto de vista legal, só forçando o significado das palavras se pode considerar o direito de credito *inherente a um predio rustico ou urbano* (375.º, n.º 2.º).

Entre os direitos immobiliarios devem egualmente comprehender-se os que recaem sobre os *productos e partes integrantes* dos predios rusticos e urbanos, porque tambem estes lhes são *inherentes*. Tal é, por exemplo, o direito de usufructo de arvores collocadas em terreno alheio, ou mesmo em terreno proprio, etc.

113 Natureza da hypotheca.

Entre os *direitos immobiliarios* mencionam alguns escriptores a *hypotheca*, a que outros attribuem natureza mobiliaria; e foi, talvez, por isso que o sr. DIAS FERREIRA veio expressamente declarar que «o n.º 2.º do art. 375.º abrange sem excepção todos os direitos prediaes, *mas não os créditos hypothecarios, que comquanto onerem os immoveis, não são a elles inherentes*»¹.

Julgamos inaceitavel uma tal opinião, que manifestamente confunde duas cousas perfeitamente distinctas: o *credito hypothecario*, e a *hypotheca* ou *direito hypothecario*. O primeiro, traduzindo-se na prestação de certa quantia, ou coisa movel, tem indiscutivelmente natureza *mobiliaria*, mesmo para aquelles que não aceitem a nossa opinião; mas não pôde affirmar-se o mesmo da *hypotheca*, perfeitamente distincta d'aquelle, com indole e caracteres diversos, produzindo effectos particulares em relação ao credor que pode impedir o devedor de exercer o seu direito de propriedade por modo que diminuam as garantias do seu credito, etc. — tão distinctas, enfim, que bem pode uma d'ellas existir sem a outra, não se annullando o credito quando a hypotheca é nulla.

Ora o que apenas se discute é se a *hypotheca*, ou seja, na phrase do nosso codigo, o *direito concedido a uma pessoa de ser paga pelo valor de certos bens immobiliarios do devedor com preferencia a outros credores* (art. 888.º) é ou não inherente aos predios rusticos ou urbanos?

Como a hypotheca pode recahir sobre bens *immoveis*, ou sobre os *immobilisados* (artt. 889.º e 890.º n.º 1.º), temos necessidade de considerar a hypothese sob estes dois aspectos.

α) Quanto aos bens *immoveis* propriamente dictos, o cod. civ. não permite duvidas em relação á immobilidade da hypotheca, quando dispõe que «a *hypotheca opera os bens sobre que recae* sujeitando-os directa e immediatamente ao pagamento do credito assegurado, *quaesquer que sejam os possuidores dos mesmos bens*» (art. 892.º).

E', pois, indiscutivel a sua *inherencia* ao immovel, que acompanha sempre, como os direitos reaes, para a mão de qualquer pessoa, podendo ser consequentemente opposta a toda a gente. Decerto por causa d'esta completa similhaça entre a hypotheca e os direitos reaes é que esta se

¹ DIAS FERREIRA, *Obp. cit.*, I, 293.

encontra mencionada nalguns codigos modernos como *propriedade imperfeita*.

Nem obsta ao exposto o facto de ser a *hypotheca accessorio* do crédito, porque não ha preceito de lei, nem principio de sciencia, que obrigue o *accessorio* a seguir a natureza do principal; e tanto que os *accessorios* materiaes dos predios rusticos e urbanos só podem dizer-se immobilisados quando satisfaçam ás condições do art. 375.º n.º 1.º.

São *accessorios* duma fabrica, no sentido usual da expressão, todos os objectos, que não sendo *partes integrantes* do edificio, servem para a sua laboração regular; mas apesar d'isso não deixam de ser *moveis* por ser *immoel* o edificio.¹

Que repugnancia pôde então haver em considerar como *immoel* a *hypotheca*, apesar della ser *accessorio* d'um direito mobiliario?

Desde que o direito *hypothecario* é *inherente* a um predio rustico ou urbano, e a lei não faz a seu respeito excepção alguma, não pode deixar de ser considerado como *immoel por disposição da lei* (art. 375.º n.º 2.º).

β Quando a *hypotheca* recae, não directamente sobre o predio, mas sobre os *moveis immobilisados* referidos nos tres numeros do art. 890.º do cod. civ. poderia então levantar-se dúbida ácerca da sua immobilidade, em face da lettra expressa do n.º 2.º do citado art. 375.º No entretanto, pronunciamo-nos tambem pela sua immobilidade, visto que sendo aquelles *moveis* — objecto da *hypotheca* — por sua vez *inherentes ao predio*, a *hypotheca* que sobre elles recae, e delles é inseparavel, não pode deixar de conside-

rar-se tambem como *inherente ao mesmo predio*, ficando assim comprehendida no preceito litteral da lei, como o está indubitavelmente no seu espirito, visto não haver razão para considerar *immoel* a *hypotheca* na primeira *hypothese* apresentada, que não tenha applicação neste ultimo caso.

De tudo o que fica exposto devemos, pois, concluir que a *hypotheca* é sempre um direito *immobiliario* ¹.

114 Fundos públicos immobilisados.

A *divida pública* dos Estados pode ser de várias especies, sendo principaes a *divida consolidada* e a *divida fluctuante*. A primeira, tambem chamada entre nós *fundada*, não é, como o seu nome parece indicar e pôde inferir-se da definição que della nos apresenta o auctor do Compendio de Finanças ², *uma divida que deca durar sempre*, pois é licito ao Estado pagá-la em qualquer tempo, comquanto não possa ser compellido ao seu pagamento em periodos certos, ou á vontade do credor.

Nesta especie de divida o Estado apenas se obriga a pagar em periodos certos os juros convencionados, reservando-se a liberdade de pagar o capital por meio de amortisações successivas, em pequenas fracções, sorteando os titulos (*divida amortisavel*), ou por qualquer outra forma que mais lhe convenha; ficando em todo o caso os credores sem direito a reclamar o pagamento do capital em qualquer tempo, o que permite ao Estado perpetuar a divida.

¹ Conf. BIANCHI, *Obr. cit.*, IX, 285; LAURENT, V, 486; AUBRY ET RAU, *Obr. cit.*, II, § 167, n.º 4; LACANTINIERE, *Obr. cit.*, III, 66. O *Direito* (V, 254) pronuncia-se no mesmo sentido, opinando, todavia, que apesar de *immoel*, não é devida contribuição de registo pela cedência do crédito *hypothecario*, no que plenamente concordámos.

² DR. PEREIRA JARDIM, *Princípios de Finanças*, 325.

¹ Conf. *Supra*, 108.

E' por esta razão que á divida *consolidada* tambem se dá o nome de *perpétua*.

A esta especie de divida faz opposição a *divida fluctuante* que tem prazos certos para o seu pagamento, e que é destinada a solver as urgencias do Estado, cujas despêsas nem sempre crescem parallela e proporcionalmente ás receitas públicas, dando assim logar a que em pequenos periodos de tempo aquella divida ora augmente ora diminua.

D'esta variabilidade é que lhe vem o nome de *fluctuante*.

Tanto uma como a outra especie de dividas póde ser *interna* ou *externa*, conforme é contrahida no reino ou fóra.

Os titulos representativos da divida consolidada interna são de tres especies: *certificados*, *inscrições de assentamento*, e *inscrições de coupons*: a divida *externa* é representada por *bonds* ou *inscrições de coupons*.

D'estes diversos titulos *só as inscrições de assentamento* ou os *certificados*, que lhes são em tudo equiparados, *podem ser immobilisados por meio de averbamento*.

Devemos, pois, entender pela expressão *fundos consolidados*, do art. 375.º n.º 3.º do cod. civ., *as inscrições de assentamento*, como representativas d'um crédito sobre o Estado português.

Mas nem todas estas inscrições se devem considerar *immoveis por disposição da lei*, visto como o proprio codigo exige para isso que *ellas estejam immobilisadas perpetua ou temporariamente* (cit. n.º 3.º do art. 375.º). Esta immobilisação consta do averbamento lançado nos mesmos titulos, por despacho da Junta do Crédito Público, e do qual hade constar, por fórma simples e clara, o nome do possuidor, a verba aonde ficam registadas as competentes declarações, e se o titulo ficou ou não *allodial*.

Esta immobilisação pode ser *perpetua* ou *temporaria*: a primeira é feita em favor de corporações de utilidade pública: misericordias, asylos, cabidos, seminarios, confrarias, parochias, etc.: a segunda respeita quasi sempre a menores, ausentes, interdictos, regimen dotal, usufructo, hypothecas e cauções ¹.

No direito antigo, com fundamento no *Alvará* de 13 de março de 1797, era opinião geral, talvez menos bem fundamentada ², que *todas as inscrições eram bens immoveis*, confundindo-se assim *fundos consolidados* com *fundos*

¹ Conf. *Relatório da Junta do Crédito Público*, de 1896.

² Fazendo a historia resumida da legislação anterior ao codigo sobre este assumpto, a penna brilhante do fallecido Conselheiro MARTENS FERREIRO escreven o seguinte, num *Parecer da Procuradoria Geral da Corôa*: «como vejo no officio da Junta do Crédito Público de 8 de julho de 1809, junto ao processo, seguido ainda na maior generalidade — que as inscrições são consideradas bens de raiz em virtude do *Alvará* de 13 de março de 1797 — julgo dever sobre este assumpto dizer o seguinte:

«A affirmação da Junta não é sustentavel na actualidade com a generalidade que parece attribuir-lhe; não o era mesmo na época anterior ao cod. civ., e ainda á Lei de 30 de junho de 1860.

«Os antigos padrões reaes tiveram a natureza de immoveis, já porque em grande parte tinham assento nos rendimentos de bens immoveis da corôa, já porque era essa a índole da epoca em que aquelles titulos representavam o começo da divida fundada do Estado, já de então tambem sujeita por vezes a differentes reduções como a feita pelo sr. rei D. Sebastião.

«Com a consideração de bens immoveis eram sujeitos ás dízimas e collectas ordinarias e assim continuaram a ser considerados como se vê do *Alvará* de 31 de janeiro de 1775, e outros, e com a que se suppunha garantia imobiliaria chegaram assim a subir a trinta por cento sobre o par.

«Quando mais tarde se criaram as apolices de divida fundada pelo Decreto de 29 de outubro de 1796 depois d'alí se dizer que poderiam correr como letas de cambio pelo seu endosso, estabelecerem-se em seguida pelo *Alvará* de 13 de março de 1797, que gozariam da natureza e direito dos padrões de juros reaes, e que os poderiam adquirir e possuir os corpos de não morta *sem embargo de se reputarem com a natureza de bens immoveis*.

«Esta designação de — *natureza de bens immoveis* — não os assimilhava todavia em tudo aos immoveis; a sua natureza debaixo desta relação era a mesma que o *Alvará* de 21 de junho de 1766 deu ás apolices das companhias geraes do Grão Pará, Alto Douro, etc. — *bens solidos e esturcis, que podem ser rinculados*. A confusão provém da pouca precisão da terminologia juridica na epoca para com exactidão determinar a verdadeira natureza que se queria attribuir áquelles titulos ainda de um uso limitado.

«Eram pois bens equiparados aos immoveis para os effeitos certos e determi-

immobilisados; mas hoje a regra é que as inscrições são para todos os efeitos cousas moveis, se não tiverem sido excepcionalmente immobilisadas.

Isso resulta, sem sombra de dúvida, do confronto do art. 376.º, com o n.º 3.º do art. 375.º do cod. civ., e vem expresso, entre outros diplomas, no *Regulamento sobre contribuições de registo* de 31 de março de 1897, art. 4.º n.º 2.º: «os actos que importem transmissão de propriedade *movel* ou *semovente*, de qualquer especie ou natureza... *comprehendendo* dinheiro, *titulos da divida pública*, acções e obrigações de bancos, companhias, ou sociedades anony-mas . etc. ».

Devemos, ainda, observar, com o sr. DIAS FERREIRA ¹, que no preceito do n.º 3.º do cit. art. 375.º não se comprehendem senão os titulos da divida pública acima indicados, e não as acções de bancos, companhias, e de quaesquer outras associações, como se deprehe de da

nados que se encontram nas diversas leis, e não bens em tudo sujeitos ao direito dos immoveis.

«Hoje principalmente não pode attribuir-se áquelle Alvará de 13 de março de 1797 sobre este assumpto a generalidade que lhe dá o officio da Junta, e que levaria a bem extraordinarias conclusões em materia de impostos, pois deveria subleitar os titulos ás disposições do art. 6.º da citada Lei de 30 de junho de 1869!»

«O que é certo é que esta Lei no n.º 2.º do art. 2.º classificou e bem, os titulos de divida pública como propriedade *movel*, sem distincção de serem ou não de assentamento; embora a lei permita a immobilisação delles em diferentes hypotheses e para diferentes effeitos.

«Segundo o cod. civ. os fundos públicos consolidados só são considerados como immoveis, quando a lei assim o estabelecer, aliás são moveis—São *immoveis* por «disposição da lei... 2.º os fundos consolidados, que se acharem immobilisados *perpétua* ou *temporariamente*» (Cod. Civ. art. 375.º).

«O Código, a meu juízo, neste ponto não criou direito novo, reproduziu em termos claros o direito anterior, conforme arabo de o entender.

«Direito similhante se acha estabelecido nas outras nações da Europa, excepto a Inglaterra, onde os fundos públicos são sem excepção considerados como *bens pessoais*, o que corresponde a bens moveis para todos os effeitos» (Direito, III, 588).

Conf. *Resolução do Ministerio da Fazenda* de 12 de setembro de 1871 (*Direito*, 652, III).

¹ DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 260, 267.

propria palavra *fundos*, que veio substituir a palavra *capitales*, que alli se encontrava antes dos trabalhos da última revisão; o que, todavia, não obsta a que estas acções possam ser tambem immobilisadas, nos termos do § unico do mesmo artigo.

A inserção do n.º 3.º do art. 375.º do cod., devida á iniciativa do malogrado jurisconsulto JOSÉ JULIO, teve por unico fim, conforme foi declarado no seio da *Commissão Revisora*, evitar dúvidas, pois era inteiramente inutil em face do § unico do mesmo artigo que, na sua amplissima regra, comprehende tambem a hypothese da immobilisação d'aquelles titulos, os quaes em todos os demais casos são, como dissémos, reputados *cousas moveis*.

Dos quaes princípios a nossa jurisprudencia deduziu já as seguintes consequencias :

2) Num casamento feito segundo o *costume do reino* póde o marido alienar sem outhorga da mulher as inseri-ções averbadas em seu nome, em vista dos artt. 1189.º e 1191.º do cod. civ. que lhe permitem alienar livremente os bens mobiliarios do casal ¹.

3) As inscrições averbadas com a clausula de *dotaes*, não podem, na constancia do matrimonio da dotada, ser penhoradas, ainda que sejam nomeadas á penhora pelos executados, pois se acham immobilisadas temporariamente emquanto subsistir o casamento, sendo assim consideradas bens immobiliarios por disposição da lei, e como dotaes inalienaveis, excepto nos casos e pela fórma que a lei determina (cod. civ. artt. 375.º n.º 3.º e 1149.º e cod. do proc. civ. art. 815.º n.º 10.º) ².

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, XVII, 277.

² *Despacho de 1.ª instancia*, de 2 de março de 1887, na *Rev. dos Trib.*, v, 349.

7) A contribuição de registo por titulo gratuito respeitante a um legado de *fundos consolidados* deve ser paga em conformidade do estatuido no § 2.º do art. 72.º do *Regulamento* de 31 de março de 1897, pois os titulos da divida pública fundada são bens *moveis*, e só podem ser considerados immoveis, quando tiverem sido immobilisados perpétua ou temporariamente ¹.

115 **Immobilisações por lei especial.** Além das cousas immoveis por disposição da lei a que temos feito referencia, e que devem como taes considerar-se para todos os effeitos legaes, o cod. civ. prevê no § un. do cit. art. 375.º o caso do legislador decretar *para certos e determinados fins* a immobilisação de algumas cousas moveis.

Para que uma coisa de sua natureza movel, não comprehendida expressamente no art. 375.º, possa considerar-se *immoel* é, pois, indispensavel que uma lei especial a declare tal.

Este preceito, assim considerado, era desnecessario; pois nunca poderia duvidar-se da natureza immobiliaria das cousas, que uma lei especial declára immoveis, sem negar força obrigatoria a essa mesma lei, o que é inadmissivel.

§ 36.º — **Cousas moveis; suas especies.** *Todas as cousas não comprehendidas nas categorias de immoveis anteriormente indicadas, devem considerar-se moveis, por sua natureza ou disposição da lei.*

São moveis por natureza todo os objectos mate-

riaes por lei não immobilisados; e moveis por disposição da lei todos os direitos não inherentes aos predios rusticos ou urbanos (art. 376.º), e que por lei não foram declarados immoveis.

116 **Definição de cousas moveis.**

Moveis são, no significado etymologico da palavra, as cousas que podem mudar de logar no espaço sem alteração da sua substancia; mas juridicamente aquella expressão tem um sentido differente, comprehendendo, além de certos direitos, só *parte* dos objectos susceptiveis de serem deslocados, porque alguns d'elles foram por ficção elevados á categoria de *immoveis*.

Tal é, porventura, a razão porque o nosso cod. civ., afastando-se de muitos outros, deixou de formular a definição de cousas *immoveis* e *moveis*, limitando-se acertadamente a determinar as primeiras, e a declarar moveis todas as restantes.

Já expozemos e criticámos anteriormente o systema do codigo a este respeito; o que então dissemos dispensamos de entrar aqui em maiores desenvolvimentos ¹.

Paraphraseando a letra do codigo, que declara moveis por sua natureza *todos os objectos materides não comprehendidos nos artt. 374.º e 375.º* empregámos no texto a palavra *objectos* num sentido mais restricto do que o legislador, para abranger sómente as cousas susceptiveis de deslocação no espaço, ou moveis propriamente taes. Ficam, portanto, excluidos da definição, pelo simples emprego d'aquella palavra no seu significado usual, os *predios rusticos* e os *urbanos* que são immoveis por sua natureza, ou mediante a acção do homem (art. 374.º); e dos restantes objectos

¹ *Direito*, XIX, 333.

¹ Conf. *Supra*, 97.

materiaes susceptíveis de appropriação só não devem considerar-se *moveis* aquelles que por lei expressa tiverem sido immobilizados (art. 375.º n.º 1.º e § un.).

Quanto aos *direitos*, o nosso cod. declara *moveis* por disposição da lei todos os não comprehendidos em o n.º 2.º do citado art. 375.; isto é, todos os que não forem inherentes aos predios rusticos ou urbanos. Mas este preceito é incompleto, porque alguns direitos pôde haver, e realmente ha, que apesar de não serem comprehendidos no citado n.º 2.º do art. 375.º nem por isso são *moveis*. Sem fallar d'aquelles que, integrando-se na personalidade humana, são extranhos á noção technica de *cousas* e não pôdem, consequentemente, dizer-se *moveis* ou *immoveis*, temos no proprio cod. civ. uma classe de *direitos immobilizados*, além dos inherentes aos immoveis propriamente dictos: são os *fundos consolidados* a que se refere o n.º 3.º do mesmo artigo, e que, representando um credito sobre o Estado, são *direitos pessoais*, e portanto *causas incorporeas*, como qualquer outro crédito, os quaes não tem nenhuma ligação com os predios rusticos ou urbanos. E além d'estes *direitos immoveis* podem existir ainda outros por força do preceituado no § un. do cit. art. 375.º do cod. civ.

Por isso antes devêra o codigo declarar *moveis* por disposição da lei todos os *direitos não immobilizados*, ou servir-se d'outra expressão equivalente, como fizemos no texto.

§ 37.º — *Cousas publicas, communs e particulares*. As *cousas*, em relação ás *pessoas a quem a sua propriedade pertence*, ou que d'ellas se podem livremente aproveitar, dizem-se publicas, communs e particulares (art. 379.º).

117 Direito comparado.

Não vinha no *Proj. Prim.* a doutrina dos artigos 379.º a 382.º do cod. civ., que só foi estabelecida quando, a proposito da occupação das aguas, surgiu a necessidade de definir *uso publico* e *uso commun*¹; mas na maioria dos codigos modernos, embora seguindo criterios diferentes, encontram-se disposições tendentes a delimitar a *propriedade privada*, objecto do direito civil e commercial, dos bens de natureza diversa, que por isso entram directamente na esphera doutros ramos do direito.

O cod. civ. francês dividiu as *cousas*, *relativamente* *ds pessoas que as possuem*, em duas grandes classes: 2) bens pertencentes aos particulares; 3) e bens que lhes não pertencem.

Nesta ultima categoria comprehendem-se: 1) os bens da nação; 2) os das communas; 3) os departamentaes, 4) e, finalmente, os das corporações publicas; mas o referido codigo limita-se a especificar alguns *bens nacionaes*, e a definir os *bens communaes*.

Quanto aos *bens nacionaes* os escriptores dividem-nos geralmente em bens do *dominio publico*, e bens do *dominio do Estado* conforme são ou não susceptíveis, *pelo seu destino*, de entrarem no patrimonio individual; mas alguns sustentam ter o cod. civ. empregado as duas expressões como synonimas².

Os *bens communaes* podem ser, por sua vez, do *dominio publico* ou do *dominio privado communal*.

São *publicas* os destinados a um serviço publico, ao

¹ *Actes*, p. 140 e 446.

² BARGHAUSEN, *Revue critique de legisl. et jurispr.*, xiii, 30.

uso de todos os habitantes, como os caminhos vicinaes, as praças e ruas, etc. Os bens do dominio privado podem ser: *patrimoniaes* ou *communes propriamente dictos*: os primeiros são administrados e explorados pela *communa*, que recebe os rendimentos no seu cofre; os segundos são aquelles de que os habitantes teem o gozo directo, como as florestas, as mattas, etc.

O cod. civ. francês define, no art. 542.º, os bens do dominio privado communal, nos termos seguintes: «*bens communes* são aquelles a cuja propriedade ou a cujo producto adquiriram direitos os habitantes d'uma ou de varios *communes*.»

O cod. civ. italiano diz que os bens são: do Estado, das provincias, das *communes*, dos institutos públicos ou d'outros corpos moraes, e dos particulares; e divide, depois, os do Estado, em bens do *dominio publico* e *bens patrimoniaes*; e os das provincias e *communes*, em bens de *uso publico* e *bens patrimoniaes*; não declarando, todavia, em parte alguma, que os bens *patrimoniaes* d'aquellas pessoas moraes devam reger-se pelas regras applicaveis aos bens dos particulares (*conf.* artigos 426.º a 432.º).

O cod. civ. hespanhol, approximando-se do italiano, divide as cousas, relativamente às pessoas a quem pertencem, em bens do *dominio publico* e de *propriedade privada* (art. 388.º), incluindo na primeira categoria os destinados ao *uso geral* ou *publico*, como os caminhos, rios, torrentes, etc. e os que pertencendo privativamente ao Estado, e não sendo de uso commun, estão consagrados a algum serviço publico ou ao fomento da riqueza nacional, como as muralhas, fortalezas e as minas emquanto não é feita a sua concessão; considerando-se como *propriedade privada* todos os outros bens pertencentes ao Estado (artt. 339.º e 340.º). Quanto aos bens das provincias e municipios, divide-os

igualmente em duas classes: de *uso publico* e *patrimoniaes*, conforme são ou não de *uso geral* (artt. 343.º e 344.º).

Outros codigos seguem doutrina mais ou menos original, que é inutil reproduzir, sendo certo, como affirma um escriptor, que «tão grande é a variedade de criterios com que as leis modernas teem resolvido as questões relativas á natureza dos bens publicos, ás especies de dominio que sobre elles pode exercer-se, e ao regimen d'estes bens, que bem pôde dizer-se não existirem dois codigos completamente de accordo sobre estas importantissimas questões¹.

Mas em todos elles uma ideia persiste sempre, pois corresponde a uma verdade que não pode ser desconhecida: é que o Estado, o municipio, e, em geral, todos os corpos moraes, podem ter duas especies de bens: a *propriedade privada*, mais ou menos subordinada ás regras do direito civil, e uma outra classe de cousas, de *natureza differente*, destinadas ao uso e serviço publicos.

O nosso cod. civ. põe a questão em termos bem nitidos, quando declara que o Estado, os municipios e as parochias, consideradas como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular (art. 382.º § un.), equiparando-os assim aos particulares, embora esta propriedade esteja sujeita a regras especiaes quanto á sua administração e alienação.

E já não é nova esta ideia, no direito portuguez. COELHO DA ROCHA, com effeito, classificava os bens enquanto aos possuidores, em *nacionais*, *municipaes*, *dos estabelecimentos publicos*, e *particulares*, delimitando assim as duas primeiras classes:

¹ MOD. FALCON, *Obr. cit.*, II, 22.

«*Nacionais* são os que pertencem ao Estado ou nação. São de duas espécies: 1.ª d'aquelles, que de tal maneira estão na propriedade publica, que não podem deixar de lhe pertencer, sem mudar de natureza, e por isso, na phrase do direito romano, se diziam estar fóra do commercio: taes são os tributos, as estradas, os rios navegaveis, as praças, portos, ancoradouros, e caes, etc.; 2.ª d'aquelles, que não obstante pertencerem ao Estado, pôdem contudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou ainda prescripção: taes são os *proprios* do Estado, os bens vacantes, as ilhas e mouchões que se formam nos rios navegaveis, os palacios e quintas destinados á familia real, e estabelecimentos do Estado.

«*Municipaes* dizem-se aquelles bens, cuja propriedade pertence aos povos de um concelho ou municipio. Estes tambem se pôdem reduzir a duas espécies: 1.ª d'aquelles cujo uso está patente a todos, como as ruas, os baldios e maninhos; 2.ª d'aquelles cujo uso e rendimento é especialmente applicado para as despesas do municipio. O mesmo é applicavel aos bens das *parochias* ¹»

118 Bases da classificação.

Esta dualidade juridica das pessoas moraes relativamente aos bens na sua posse deu origem a uma confusão, que se nota geralmente nas leis modernas, talvez pela força quasi invencível da tradição romana, onde o erro primeiro appareceu.

Referimo-nos ao facto de se apresentar ostensivamente como base das classificações apontadas, a *qualidade das pessoas a quem as cousas pertencem*, quando é certo, como da exposição que deixamos feita resulta, que tal

circunstancia por modo nenhum influe sobre a *natureza juridica* das mesmas cousas, dando-lhes os caracteres particulares que as sujeitam a normas juridicas especiaes. BORSARI, deixando-se arrastar pelas apparencias, tambem ensina que *i beni riceverono qualità dalle persone a cui appartengono* ¹.

Se a *qualidade* d'aquellas pessoas transformasse a *natureza* das cousas, não se concebia a existencia de propriedade privada nas suas mãos, e todavia, ella existe, e foi reconhecida expressamente pelo nosso cod. civ., e por muitos outros.

E' que a natureza d'estas cousas mantem-se sempre a mesma, quer ellas estejam no patrimonio das pessoas moraes, quer no d'um simples particular.

E se é certo que esses bens estão sujeitos a regras especiaes quanto á sua administração e alienação, não basta este facto para se fazer inteira separação entre elles e a propriedade particular dos cidadãos, porquanto aquellas regras não derivam da natureza especial das mesmas cousas, nem a ellas se referem, consideradas em si mesmas, traduzindo apenas *certa incapacidade* das pessoas moraes que as possuem.

Nem é este o unico ponto em que as leis estabelecem distincção entre a *capacidade* das pessoas moraes e das pessoas physicas.

Dá-se com taes pessoas, o mesmo que se dá com os menores, interdictos, casados segundo o regimen dotal, etc. que tambem só podem alienar certos bens observando formalidades especiaes, não porque esses bens tenham uma natureza juridica particular, mas porque a *capacidade civil* d'aquellas pessoas soffre por lei algumas limitações.

¹ GOELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, I, §§ 86 e 87.

¹ BORSARI *Comm.*, II, 829.

As cousas não mudam, portanto, de natureza segundo as *personas a quem pertencem*; e por isso mal avisado andou o legislador português ao apresentar este facto como base da classificação das cousas em *publicas, communis e particulares* (art. 379.º), visto que uma coisa não é publica, ou commun *pelo simples facto de pertencer ao Estado ou ás corporações publicas*, como o proprio código implicitamente reconhece quando colloca entre as cousas *publicas* algumas *appropriadas pelas corporações publicas*, que deveriam ser *communis* se a *qualidade* das *personas a quem pertencem* fosse, como se inculca, a base verdadeira da classificação.

Ha mesmo necessidade de inverter, em certo modo, a regra, dizendo que uma coisa é possuida, ou administrada, pelo Estado ou pelas corporações publicas, sómente por ser *de sua natureza publica* ou *commun*. E é de sua natureza publica ou commun, já porque não pode ser, *por impossibilidade physica*, individualmente appropriada, já porque o seu *particular destino* é com essa ideia incompativel, visto que, sendo consagrada ao uso de todos, não pode entrar no patrimonio de qualquer particular enquanto não cessar a sua função actual.

A situação privilegiada que taes cousas gosam no campo do direito, saindo dos dominios do cod. civ., não deriva, repetimos, da *qualidade* das *personas a quem pertencem*, mas da função propria das mesmas cousas, do seu destino particular, que lhes imprime uma natureza juridica muito especial e caracteristica, separando-as profundamente da propriedade privada.

Tal é, portanto, scientificamente, a verdadeira base da classificação estabelecida no art. 379.º do cod. civ. português.

119 Propriedade das cousas publicas e communis.
Devemos ainda notar que as expressões — *em relação ás pessoas a quem a sua propriedade pertence* — e

que d'ellas se podem licremente aproveitar — do mesmo art. 379.º, são evidentemente synonymas, não só porque aquelle artigo se encontra subordinado á rubrica do TIT. II, onde a base d'esta classificação é designada sómente pelas palavras «*ou das pessoas a quem pertencem*», mas ainda porque attribuir-lhes significados differentes seria estabelecer duas bases diversas para a mesma classificação, o que é absurdo.

Demais, a ideia de propriedade, expressa na primeira phrase, corresponde juridicamente á ideia contida na segunda, visto que só póde, em regra, aproveitar-se livremente d'uma coisa o seu legitimo proprietario (cod. civ., artigos 2167.º, 2338.º, etc.).

Parece-nos, assim, indubitavel que em face do nosso cod. civ., a *propriedade das cousas publicas e communis reside nas pessoas que d'ellas podem respectivamente aproveitar-se*, e não nas entidades a cuja administração se acham subordinadas, visto que não podendo estas pessoas Moraes utilizar-se das mesmas cousas, o attribuir-lhes a sua propriedade — embora esta palavra não possa ter aqui o significado que lhe é attribuido no art. 2167.º — seria destruir a synonymia indiscutivel das citadas expressões do artigo 379.º do cod. civ.

No entretanto auctorizados juristas consultos tem emitido voto contrario, e a jurisprudencia dos tribunaes apresenta-se a este respeito indecisa.

Assim, a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA, fazendo distincção entre *cousas publicas* e *cousas communis*, sob este ponto de vista, diz, com relação ás primeiras, que «*pertencendo nestas cousas ao Estado ou ás corporações publicas o direito de exclusão e defesa, o direito de restituição e de indemnisação, e a faculdade de dispôr d'ellas como bens proprios logo que percam a qualidade de publicas,*

podemos dizer que aquellas entidades teem direitos de *propriedade* sobre os objectos d'esta natureza. E como o direito de dispôr é o que mais caracteriza o dominio, e este direito pertence ao Estado, ou corporações publicas sobre aquella especie de bens, e *tanto que o podem exercer assim que estes bens não sirvam para o uso de todos*, enten- demos que *o dominio d'elles é do Estado, ou districto, ou municipio, ou parochia, e o direito de os fruir ou utilizar é de todos os homens sejam elles quaes forem*¹ ».

Vogando nas mesmas aguas, o sr. DIAS FERREIRA vai ainda mais longe, affirmando que « os bens públicos de- scriptos no art. 380.º pertencem em *plena propriedade* á Nação, por direito de soberania, e no uso a todo o mundo, formam parte do territorio nacional, e não podem ser alienados, nem adquiridos por prescrição »².

Fracas são, porém, as razões adduzidas, para que deva considerar-se invalido o preceito claro e terminante do art. 379.º do cod. civ.³, que faz coincidir o uso com a propriedade das cousas publicas e communis. O sr. DIAS FERREIRA esquece que ha *cousas publicas* construidas e administradas pelas corporações administrativas, as quaes não podem, consequentemente attribuir-se ao Estado por direito de soberania, v. gr., as estradas municipaes (art. 380.º, n.º 1.º), o que seria bastante para refutar a sua

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, xiii, 146.

² DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 269.

³ O legislador nem sempre manteve igual precisão e clareza, parecendo ter ideias pouco precisas sobre esta materia. Com effeito no art. 380.º parece dar a entender que a *propriedade* das cousas publicas pertence ao Estado ou corporações publicas, *vb. appropriadas ou produzidas* — que já não apparecem no art. 381.º, relativamente ás cousas communis. Mas não tarda a reconhecer implicitamente a falsidade de tal doutrina quando tracta de algumas destas cousas no capitulo da *occupação*, que só pôde recahir sobre *cousas nullius*, ou não *appropriadas*, o que importa a confissão de que *ninguém* sobre ellas tem *dominio*, no sentido rigoroso da expressão.

E' por isso que, usando da palavra *dominio* nesta materia restringimos no texto o seu alcance, tomando-a num sentido muito particular.

doutrina, ainda que outras razões mais poderosas não houvesse; e a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA, para dar ao seu parecer apparencias de verdade, precisou de recorrer a uma subtileza, partindo dos direitos que o Estado e as pessoas moraes teem sobre as cousas *que já foram publicas*, para determinar a natureza das faculdades que lhes assistem sobre as cousas *que ainda o são*, o que é inadmissivel.

Não se contesta que as indicadas pessoas moraes tenham direitos de *propriedade* sobre as cousas, que deixando de ser publicas por terem mudado de função ou destino, entraram na classe dos seus *bens patrimoniaes*: mas o que se discute é se o *uso público* duma coisa é compativel com o *dominio* por parte daquellas entidades. Ora se, como a REVISTA affirma, o *direito de dispôr é o que mais caracteriza o dominio*, e se é doutrina indiscutivel que as cousas publicas não podem ser alienadas, os principios em que o acreditado jornal se baseia levam necessariamente a uma conclusão opposta á sua: *á negação do dominio sobre aquellas cousas*.

O dominio, na doutrina dos escriptores, e nos preceitos de todos os codigos, é sempre *absoluto, exclusivo e perpetuo*: não se comprehende a propriedade duma coisa sem que seu dono possa usar della com exclusão de qualquer outra pessoa, manter-se nesse gozo enquanto quizer, e aliená-la livremente. Ora a natureza particular das cousas publicas consiste precisamente na negação d'aquelles requisitos, em não poder tolher-se a qualquer pessoa o seu uso, em todos terem sobre ellas direitos eguaes. E como nestes direitos se esgota a função propria da coisa, que não pôde ser alienada por virtude da sua natureza jurídica, da sua função actual, segue-se que é naquelles que podem servir-se della, no publico em geral, que reside o seu dominio—se *dominio* pôde chamar-se ao complexo daquelles

direitos. Ao Estado e corporações publicas apenas incumbe a policia e fiscalização d'esse uso, para que todos os usuarios se mantenham na esphera legitima do seu direito não usando das cousas por modo que vá prejudicar ou limitar o exercicio dos direitos eguaes de todos os outros.

Esta é, tambem, a natureza que ás funcções do Estado é attribuida na doutrina dominante, tanto na Italia, como na França.

Emquanto ao *dominio das cousas communes* mostra-se a REVISTA hesitante, affirmando que o cod. civ., não diz a quem a sua propriedade pertence; acrescentando que «nem o podia dizer, já porque não está ainda bem assente este ponto de direito, já porque, ainda que o estivesse, seria mister estabelecer tantos principios juridicos quantas as especies de bens comprehendidos na denominação de *cousas communes* » ¹.

Longe estão, porém, estas razões de justificar o pretendido silencio do legislador portuguez, que aliás foi bem expresso no art. 379.º, como mostrámos: não a primeira, porque apesar de ser ainda objecto de discussão a propriedade das cousas publicas, o cod. não hesitou em definir este ponto, como o mesmo periodico confessa; e não a segunda, porque se a lei declara tomar para base da classificação *as pessoas a quem a propriedade das cousas pertence* (art. 379.º), é inadmissivel que se pretenda a este respeito fazer distincções entre as cousas publicas e as communes.

Se, com effeito, existem sob a rubrica de *cousas communes* algumas cuja propriedade não pertença aos habitantes da respectiva circunscripção administrativa ou

que façam parte de certa corporação pública, devem ser d'alli eliminadas para não haver contradicção na lei.

A demonstração indirecta do que affirmámos fornece a a REVISTA nas difficuldades em que se encontra, quando, desenvolvendo o seu plano, procura determinar as pessoas a quem legalmente pertence o dominio das cousas communes especificadas no art. 381.º do cod. civ., tendo, por vezes, de recorrer a sophismas que desvirtuam a verdadeira doutrina. Acompanhá-la-hemos, com ligeiras annotações, na exposição do seu parecer:

α) *O dominio das correntes não-navegaveis nem fluctuaveis pertence aos proprietarios marginaes*, diz a REVISTA.

Os direitos que a lei concede aos proprietarios marginaes não auctorisam a conclusão da REVISTA. Sem chamarmos para o debate os decretos de 1892, ainda não publicados ao tempo em que o acreditado jornal emittiu a sua opinião, e reportando-nos apenas á doutrina do cod. civ., bastará citar o art. 440.º para mostrar que muito outra é a natureza do direito dos proprietarios marginaes sobre as aguas que atravessam ou banham os seus predios.

Com effeito aquelle artigo, dizendo que os referidos proprietarios não poderão impedir os seus visinhos de aproveitar a agua necessaria para os seus gastos domesticos, impõe-lhes conjunctamente a obrigação de lhes darem *passagem* pelos seus predios, *sendo indemnizados dos prejuizos que padecerem com o transitio por elles*. Ora se os proprietarios marginaes tivessem dominio sobre as aguas, como tem sobre o predio, o legislador não deixaria de conceder-lhes *tambem* indemnisação pelos prejuizos que soffressem com a falta da agua.

Fallando sómente dos prejuizos do *predio* mostrou

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, xiii, 161.

claramente que é diferente a natureza dos direitos que o proprietario tem sobre este, e sobre aquellas aguas; e como o primeiro é de *propriedade*, certamente o segundo o não é.

O art. 437.^o e outros, veem confirmar esta doutrina, que os diplomas de 1892 tornam ainda mais clara ¹.

(2) *O dominio dos baldios municipaes e parochiaes pertence respectivamente ao municipio e á parochia.*

Funda-se a REVISTA, ao emittir este voto, nas leis de 26 de julho de 1850, artt. 1.^o e 2.^o, de 28 d'agosto de 1869, e no regulamento de 25 de novembro do mesmo anno, que dão áquellas corporações, não só os direitos de exclusão, defêsa, restituição, e indemnisação, mas o de receberem nos seus respectivos cofres o preço da venda ou aforamento dos baldios.

Ora, quanto aos direitos primeiramente enunciados, comprehendem-se elles perfeitamente na função de policia e fiscalização que ás corporações publicas pertencem sobre os bens confiados á sua administração: competindo-lhes assegurar o gozo e fruição d'esses baldios ás pessoas que a elles tem direito, só podem desempenhar-se d'uma tal função pelos meios acima indicados, os quaes serão indifferentemente usados, quer se attribua o seu dominio áquellas corporações, quer se lhes reconheça simples poder de policiar e regular o seu uso.

¹ Não devemos esquecer que *as aguas*, consideradas em separado dos predios onde accidentalmente se encontrem, são *cousas nullius*, sujeitas á occupação nos termos e condições prescriptas na lei. Por isso, quando se trata de correntes, o nosso legislador distingue entre o *leito* e a *corrente* propriamente dicta, attribuindo a *propriedade* d'aquelle, nas correntes communs, aos proprietarios marginaes (*Infra*, § 39), e fixando a respeito das *aguas* somente as condições da sua occupação, mostrando por esta forma que a ninguém pertence a *propriedade* d'ellas, no sentido rigoroso da palavra.

Nem d'outra fôrma se comprehenderiam as suas funções administrativas em relação ás referidas cousas.

Quanto ao preço da venda, nada temos que accrescentar ao que dissemos relativamente ás *cousas publicas* ¹.

As considerações que ficam expostas são por igual applicaveis ás *fontes communs*, cujo dominio o indicado jornal attribue, tambem, ás corporações administrativas, por conta das quaes correm as despêsas da sua construção, e conservação.

Podemos, por conseguinte, affirmar em face do cod. civ. portuguez, que o *dominio das consets communs, pertence aos que d'ellas podem utilisar-se, em harmonia com a seu destino*. A unica differença que as separa das cousas publicas é o numero mais restricto de pessoas que d'ellas tiram proveito, podendo, mesmo, dizer-se que são cousas do *dominio publico local*, pois, tanto na linguagem usual, como na de muitas leis portuguezas, o seu uso é *publico* num e noutro caso ¹.

Não devemos, porém, esquecer que a expressão *dominio publico* é empregada em sentido pouco rigoroso, pois scientificamente as duas palavras — *dominio* — e — *publico* — exprimem ideias antagonicas. Sendo as cousas *publicas* destinadas ao uso de *toda a gente*, e, consequentemente, inalienaveis e imprescriptiveis, não póde attri-

¹ O Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 17 de novembro de 1880 (*Direito*, XII, 129), pronunciou-se no sentido de que o *dominio* dos baldios é dos moradores vizinhos, afastando-se da opinião da *Rev. de Leg. e Jur.*, que aliás tem sido perfilhada por outros tribunaes.

² Neste sentido encontramos a palavra *pública*, por exemplo, nas leis de expropriação por motivo de *utilidade pública*; della usaremos tambem algumas vezes, quando não possa offerecer duvidas o seu emprego. *Conf.* tambem o cod. adm. de 1896, artt. 31.^o, n.º 5.^o; 37.^o; 46.^o; 49.^o, § 4.^o; 50.^o, n.ºs 5.^o, 9.^o, 16.^o e 23.^o; 52.^o, n.ºs 7.^o e 9.^o; etc.

buir-se o seu *domínio* a uma ou a outra entidade, desde que por domínio se entenda o complexo dos direitos que formam a propriedade plena, conforme é definida no art. 2167.º do nosso cod. civ.

Rigorosamente, portanto, podemos e devemos dizer que sobre as *cousas publicas* ninguém tem domínio, sendo lícito a toda a gente utilizar-se d'ellas, e competindo á Administração sómente a policia e fiscalização d'esse uso; doutrina que é também applicavel ás *cousas communes*, ou de *uso publico local*, com respeito ás pessoas comprehendidas na respectiva circumscripção administrativa.

O proprio código civil, ao tratar de algumas cousas públicas e communes no capitulo da occupação, dá uma clara indicação neste sentido, pois nos falla de *objectos e productos naturaes communes ou não appropriados*; e no art. 473.º, a proposito dos pastos, lenhas, mattos e outras substancias vegetaes produzidas nos *balldios* ou terrenos municipaes ou parochiaes, declara expressamente que elles *pertencem exclusivamente aos vizinhos do respectivo concelho ou parochia*, regulando depois a forma da sua occupação.

§ 38 — Cousas públicas: noção e especies.

São PÚBLICAS as *cousas naturaes ou artificiaes, appropriadas ou produzidas pelo Estado e corporações públicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é lícito a todos, individual ou collectivamente utilizar-se com as restricções impostas pela lei, ou pelos regulamentos administrativos* (art. 380.º *pr.*).

Pertencem a esta categoria:

1.º *As estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas públicas, municipaes, ou parochiaes* (art. 380.º n.º 1.º);

2.º *As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias,*

portos artificiaes, docas, *fozes, rias e esteiros* e seus respectivos leitos, caes, e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar de aguas vivas ¹ (Cod. Civ., art. 380.º, n.º 2.º e decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.º n.º 1.º).

3.º *Os lagos e lagoas, e os canaes, vallas e correntes de agua doce, navegaveis ou fluctuaveis, com os seus respectivos leitos ou álveos e margens, e as fontes publicas* (cod. civ., art. 380.º, n.º 3.º; decreto cit. art. 1.º n.º 2.º).

Entende-se por corrente navegavel a que é ou vier a ser accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção ou dimensões; e por corrente fluctuavel aquella por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou a que de futuro fór declarada tal pela auctoridade competente (cit. decr., art. 1.º § 1.º).

Quando o rio não fór todo navegavel ou fluctuavel, mas só parte d'elle, a esta parte unicamente pertencerá a correspondente qualificação (cod. civ., art. 380.º, § 2.º; decreto cit., art. 1.º § 2.º). A corrente navegavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á navegação passará á categoria de corrente fluctuavel; e a corrente fluctuavel que durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação, ficará incluída na categoria das correntes de uso commun.

O mesmo succede com relação aos lagos naturaes de agua doce (cod. civ., art. 381.º §§ 1.º e 2.º, e arg. do n.º 7.º do mesmo art.).

¹ O cod. civ. não indicava os limites interiores das aguas territoriaes, mas a jurisprudencia patria já ensinava a doutrina que agora foi consignada no Decreto de 1892. Este Decreto foi já parcialmente alterado, mas não a respeito da classificação das aguas, pelo decr. de 24 de setembro de 1898. Conf. também o decr. de 31 de agosto de 1896.

Entende-se por leito ou álveo a porção de superfície, que a corrente cobre, sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto (cod. civ., art. 380.º § 3.º; e por margem uma faixa de terreno adjacente, junto á linha de agua, aos lagos, lagôas, rios, vallas, esteiros, e mais correntes, a qual se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hydraulicos, de policia, ou accessorios da navegação e fluctuação. As margens comprehendem os comoros, mottas, vallados e diques, e terão geralmente nas aguas navegaveis e fluctuaveis, de 3 a 30 metros, e excepcionalmente até 50 metros de largura, a contar da linha que limita o leito ou álveo, conforme a importancia da via fluctuavel ou navegavel; e quando não tenham entrado por modo legitimo no dominio publico, serão adquiridas pelo Estado, nos termos das leis da expropriação por utilidade pública (decreto cit., art. 4.º pr. n.º 1.º e § 3.º).

120 Uso público e serviço público.

A definição de *cousas públicas*, formulada no cod. civ., é, com pequena alteração, a que foi apresentada por ALEXANDRE HERCULANO á *Commissão Recisora*, em sessão de 27 de novembro de 1861, a qual estava redigida nos seguintes termos: «São de *uso público* as cousas naturaes ou artificiaes appropriadas ou produzidas pelo Estado e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é lícito a todos, individual ou collectivamente utilizar-se com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos»¹.

Apenas se lhe acrescentou a ideia de que podiam tambem ser de uso público cousas appropriadas ou produ-

zidas pelas corporações públicas, e mantidas debaixo da sua administração; e muito acertadamente, pois ainda mesmo antes da vigencia do cod. civ. já como taes eram consideradas algumas cousas nestas condições, v. gr., as estradas municipaes.

Mas nos termos precisos do cod. civ. ha duas especies de *cousas públicas*; a) as *naturaes*, appropriadas pelo Estado ou corporações públicas, v. gr., as mencionadas em o n.º 2.º do art. 380.º; b) e as *artificiaes*, ou produzidas por aquellas entidades. Mas tanto umas como outras devem satisfazer simultaneamente aos requisitos seguintes:

- α) Estarem sob a administração das referidas pessoas moraes; e
- β) Serem destinadas ao uso de toda a gente.

Não deviam, portanto, comprehender-se nesta categoria as cousas que, sendo por sua natureza physica insusceptíveis de appropriação, podem ser por todos livremente utilizadas, por serem inexhaustiveis, como o ar atmosphérico, as aguas do mar, etc. comquanto alguns auctores as façam tambem entrar no *dominio público*. Mas o nosso cod. civ., quando exemplifica as cousas publicas, menciona, em o n.º 2.º do cit. art. 380.º, algumas que rigorosamente devem ter-se como insusceptiveis de appropriação, pois a agua salgada das costas, bahias, etc. não póde jámais entrar, na sua totalidade, no patrimonio do homem. Taes cousas, porém, acham-se tão estreitamente ligadas com os mais importantes interesses do Estado, que se estabeleceu no direito internacional a ficção de que as fronteiras de qualquer país se estendem mar fóra, até onde alcançam os mais poderosos canhões modernos, variando assim essas fronteiras á medida que os progressos da balística augmentam o alcance d'aquelles poderosos agentes de destruição.

¹ *Actas cit.*, 176.

O Estado assume a administração d'essas cousas para o effeito de regular o uso que d'ellas pôde fazer o homem, de modo a garantir sempre o interesse da collectividade; e não podia prescindir d'esse direito de vigilancia sem comprometter a facilidade das relações commerciaes com os diversos povos, e até a defesa e segurança da propria autonomia politica.

As restantes cousas entram no dominio publico em razão do seu destino; mas só devem como taes considerar-se desde o momento em que foram *de facto* entregues ao uso a que são destinadas, porque só então começa a sua função publica. Não basta, por exemplo, que esteja legalmente approvedo o traçado d'uma estrada, ou legalmente auctorisadas ou feitas e pagas as expropriações necessarias, para que os terrenos a ella destinados sejam publicos, sendo para isso indispensavel que a obra esteja construida e aberta ao publico. Antes disso aquelles terrenos podem constituir propriedade privada das empresas constructoras, ou do Estado, mas não devem por modo algum reputar-se cousas públicas.

E assim como o *uso publico* é indispensavel para que a coisa entre no dominio publico, da mesma fórma, cessando aquelle uso, a coisa volta á sua primitiva natureza de propriedade privada; é o que succede com as estradas abandonadas em consequencia de novas directrizes, que são legalmente consideradas *bens nacionaes*, ou *municipaes* conforme a sua anterior classificação ¹

Não deve, porém, confundir-se *uso publico* com *serviço*

público, comquanto um e outro tenham por fim a utilidade ou proveito dos cidadãos; porquanto, no primeiro, os cidadãos recebem *directamente* as utilidades da coisa gosando-a e usufruindo-a por si mesmos, individual ou collectivamente; ao passo que as cousas destinadas aos *serviços publicos* só indirectamente, e por intermedio dos agentes da administração prestam utilidades aos cidadãos, por serem aquelles serviços de interesse geral.

Estes ultimes bens, na posse e na inteira e immediata dependencia dos poderes sociaes, estão fóra da definição legal, não podendo considerar-se *cousas publicas*, mas bens patrimoniaes do Estado ou das corporações publicas ¹. O sr. DIAS FERREIRA, que na primeira edição da sua obra se pronunciára em sentido contrario, abandonou aquelle parecer na segunda edição, onde, referindo-se ao art. 380.º do cod. civ., escreve as seguintes palavras: «Não se refere o artigo nem aos bens do Estado que constituem propriedade particular, como são os patrimoniaes em que a Fazenda succede na falta de herdeiros legaes do auctor da herança, *nem aos bens da Fazenda destinados a serviços determinados, como as fortalezas de guerra, os edificios para as repartições publicas*, etc., mas simplesmente as cousas de uso geral, de que ninguem pôde ser excluido» ².

As *cousas publicas*, estando *fóra da commércio*, são inalienaveis e imprescriptiveis; as cousas destinadas aos serviços publicos, pelo contrario, podem ser alienadas, embora mediante formalidades especiaes, e podem ser prescriptas nos termos geraes do direito.

121 Regulamentação do uso publico.

O uso das cousas publicas não é inteiramente livre: o nosso cod. civ., afirmando o principio de que a

¹ Conf. *Resolução do Ministerio do Reino*, de 3 de março de 1877, (*Direito*, x, 257); *Portarias* de 27 de junho de 1854 e de 23 de março de 1886; *Leis* de 6 de junho de 1864, art. 14.º e de 21 de julho de 1857, art. 1.º

² *Rev. de Leg. e de Jur.*, xiv, 116.

³ DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, I, 270-271.

todos é lícito utilisar-se d'ellas, resalvou desde logo quaesquer restricções que o interesse colectivo imponha á acção de cada um, para que não succeda, por falta de regulamentação, que as cousas deixem de ser convenientemente aproveitadas, ou que o exercicio arbitrario dos direitos de um vá impedir o exercicio integral do direito egual de todos os outros, ou tornar as cousas improprias para o fim a que são destinadas.

Incumbe ás entidades, sob cuja administração as cousas se encontram, formular os preceitos regulamentares necesarios para a consecução dos fins indicados, deixando, porém, em todo o caso, salvo o principio de que *a toda a gente*, qualquer que seja a sua nacionalidade, ou a provincia onde reside, é lícito aproveitar-se das cousas publicas, guardadas as disposições para tal fim estabelecidas.

Tal é a doutrina que resulta do cit. art. 380.º, que na expressão «*é lícito a todos*» comprehende não só os cidadãos do país, qualquer que seja o lugar a que pertençam, mas tambem os *extrangeiros*, porque, como expressamente se declara em relação ás estradas no *relatorio* da lei de 31 de dezembro de 1864, «o facto de serem situadas num municipio, num districto, num país, em nenhum tempo foi razão justa para prohibir que por ellas livremente transitassem os extranhos a esse municipio, districto, ou nação».

Nem o art. 26.º do cod. civ. deixa a tal respeito a menor duvida.

Assim foi interpretado o preceito identico do art. 468.º do cod. civ., na portaria de 25 de agosto de 1868, em que se recommenda ao governador civil do Porto que, no projecto de regulamento para a occupação das substancias vegetaes creadas nas aguas do dominio publico pertencentes áquelle districto, tenha em vista que «não pode estabelecer-se exclusivo algum para os habitantes de uma ou de outra localidade, e que, determinadas as condições

geraes em que a occupação é permittida, fica lícito a quaesquer individuos, sejam de que parochia ou concelho forem, aproveitar-se das substancias vegetaes, uma vez que observem as prescrições do regulamento».

Aquellas restricções ao livre uso das cousas públicas podem resultar da *lei*, ou de simples *regulamentos administrativos*, devendo quanto a estes observar-se que são nullos todos os que forem estabelecidos por quem não tiver legalmente competencia para os fazer; e quando as leis derem competencia cumulativa para regular o mesmo assumpto a diversas entidades prevalecem sempre os regulamentos feitos pelas que hierarchicamente occupam lugar superior.

122 Enumeração exemplificativa das cousas publicas. O Codigo enumera tres classes de cousas publicas; mas da expressão «*pertencem a esta categoria*» se vê claramente que tal enumeração é exemplificativa.

Com effeito, já anteriormente ao codigo eram consideradas públicas, cousas não especificadas no art. 380.º, v. gr., os *caminhos de ferro*, qualquer que seja o motor empregado na sua exploração, com as suas dependencias, obras e accessorios, e as *linhas telegraphicas* nelles estabelecidas (decreto n.º 2 de 31 de dezembro de 1864, art. 1.º) ¹.

Nesta enumeração o legislador portuguez seguiu de perto a doutrina de COELHO DA ROCHA, e o que já tinha sido preceituado no decreto n.º 3 de 31 de dezembro de 1864, onde se declaravam do *dominio publico e impre-*

¹ As linhas telegraphicas de qualquer systema, e as de signaes maritimos destinadas ao serviço official do governo, e ao dos particulares, são propriedade do Estado, conquanto possa haver tambem telegraphos particulares (decreto da mesma data, art. 1.º § uu.).

scriptiveis não só as estradas de 1.ª, 2.ª e 3.ª ordem, as ruas que fazem parte d'ellas, e as demais ruas no interior das cidades, villas e poroações do reino, mas também os portos de mar e praias, os rios navegaveis e fluctuaveis com as suas margens, os canaes e vallas, portos artificiaes e docas, existentes e que de futuro se construam» (cit. decreto, artt. 1.º e 2.º).

O direito civil não tem por objecto as cousas publicas ou communis, que apenas deviam ser aqui definidas para as separar das *particulares*, unicas que devem ter no cod. civ. a sua regulamentação. No entretanto, decerto para supprir as enormes deficiencias da legislação previgente, e pela sua estreita relação com o direito de propriedade, o nosso legislador occupa-se desenvolvidamente da occupação das aguas, especialmente das de uso commun. Quanto ás restantes cousas publicas e communis, não encontrando nas leis civis regulamentação especial, saem do campo do nosso estudo.

§ 39. — **Cousas communis: noção e especies.**
São communis as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente appropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação pública (cod. civ. art. 381.º pr.).

Pertencem a esta categoria:

1.º Os terrenos baldios municipaes ou parochiaes (art. 381.º n.º 1.º);

2.º Os canaes, vallas, e correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra

corrente de agua pública ou communis (decreto de 1 de dezembro de 1892, art. 2.º).

3.º Os lagos, lagôas ou pantanos, sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, ou circundados por diferentes predios particulares, ou por terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes (decreto e art. cit.):

4.º Os reservatorios, fontes, e poços construidos á custa dos concelhos ou parochias (cod. civ., art. 381.º n.º 2.º; decreto e art. cit.).

O leito ou álveo da corrente de uso communis, que atravessa um predio particular¹, forma parte integrante do dicto predio; e a propriedade do leito ou álveo da corrente de uso communis que passa entre dois ou mais predios, é attribuida aos mesmos predios, com as limitações e servidões expressas na lei pertencendo a cada predio o tracto do leito ou álveo, comprehendido entre a linha marginal, e a linha média do dicto leito ou álveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas, cahindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha media (cod. civ., art. 381.º §§ 3.º, 4.º e 5.º).

Estes tractos de leitões ou álveos attribuidos aos predios marginaes, bem como a respectiva margem, ficam subjeitos a todas as servidões, que os regulamentos de policia geral hajam de impôr-lhes, para a conservação, desobstrução e limpeza dos mesmos leitões ou álveos e para o conveniente aproveitamento das

¹ O cod. civ., falla tambem do caso em que a torrente ou corrente de uso communis se ajunta ou nasce num predio particular. Supprimimos no texto essas palavras porque a noção de *corrente*, hoje reconhecida na lei, só comprehendendo as aguas que saem do predio onde se ajuntam ou nascem. Não pôde, consequentemente, fallar-se de álveo da corrente, relativamente a este predio.

aguas ¹. (cit. art. § 6.º; Decreto cit., art. 4.º § 2.º e Regulamento de 19 de dezembro de 1892, artt. 8.º, 206.º, etc.).

Mas se a corrente mudar de direcção, os donos dos predios invadidos adquirirão direito ao terreno que occupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente (cod. civ. art. 2293.º).

123 Diferenças entre cousas publicas e communs. A definição de *cousas communes* apresentada no art. 381.º do cod. civ. foi o resultado de larga discussão no seio da *Com. Rev.*, não podendo dizer-se, apesar d'isso, que não deixe ainda larga margem para dúvidas.

Em face d'ella só devem considerar-se *communes* aquellas cousas que satisfaçam cumulativamente aos dois requisitos seguintes:

- 1) Não estarem individualmente appropriadas;
- 2) Serem destinadas *sómente* ao uso dos habitantes de certa circumscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica.

O primeiro requisito, que é também *commun* ás cousas *publicas* ², mostra a toda a evidencia que só não podem entrar naquella categoria as cousas que fazem objecto da propriedade privada dos cidadãos, o que aliás não carecia de vir expresso, pois resultava dos artt. 379.º e 382.º.

Mas a essa vasta classe de cousas que estão fóra do

¹ Estes mesmos principios são applicaveis ao leito ou álveo e margem dos lagos de uso *commun* (arg. do § 7.º do cit. art. 381.º).

² «Sobre as cousas publicas ou communes - diz o sr. DIAS FERREIRA - nenhum cidadão tem *individualmente* direito de propriedade; mas todos os cidadãos podem *utilisar-se* das cousas publicas, e todos os habitantes da circumscrição das *cousas communes*» (*Obr. cit.*, I, 270).

patrimonio individual pertencem, além das que por sua natureza *physica* não podem ser appropriadas, outras que formam os bens *proprios* do Estado e das corporações publicas, e, finalmente, as cousas *publicas*; havendo, por consequencia, necessidade de recorrer ao segundo requisito para definir e caracterisar devidamente as *cousas communes*.

Fundamentalmente, portanto, as *cousas communes* differenciam-se das *cousas publicas* pelas pessoas que d'umas e d'outras podem usar: das primeiras só os habitantes da respectiva circumscrição ou os que fazem parte de certa corporação publica podem utilizar-se; das segundas é licito a toda a gente tirar proveito (artt. 380.º pr. e 381.º).

Esta distincção entre umas e outras cousas reflecte-se directamente sobre a sua administração *commettendo-se*, em geral, a administração das *cousas communes* ás corporações publicas, como representantes dos interesses locais, reservando o Estado para si a administração das *cousas publicas*, por serem de interesse geral. O que, todavia, não obsta a que algumas *cousas communes* estejam, para certos fins, sob a immediata administração do Estado, v. gr., as correntes não navegaveis nem fluctuaveis, a cargo do Ministerio das Obras Publicas; havendo, da mesma forma, cousas publicas a cargo da administração local, v. gr., as estradas municipaes.

Além disso, a natureza publica ou *commun* da coisa liga-se intimamente ao facto de ter sido produzida pelo Estado ou pelas corporações publicas, pois, conquanto seja indubitavel que tanto podem ser publicas as cousas produzidas pelas corporações publicas (art. 380.º) como podem ser *communes* as produzidas pelo Estado, visto caberem na phrase *não individualmente appropriadas* do art. 381.º, a regra é que as cousas produzidas pelo Estado são *publicas*, e as produzidas pelas corporações publicas

são *communis*. Mas esta regra como a antecedente, tem excepções, v. gr.: uma estrada construída pelo município que é pública, e não *communis* (lei de 6 de junho de 1864, art. 14.º).

Quanto ás cousas *não individualmente appropriadas* que formam os bens *proprios* das entidades publicas, facil é distingui-las tanto das cousas *communis* como das *publicas*, pois só estas duas ultimas classes são destinadas ao uso *communis* e directo dos cidadãos.

A *caracteristica differencial* das cousas *communis* é, portanto, nos termos do art. 381., o facto de serem destinadas *sómente* para uso dos habitantes da respectiva circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação pública; o que não obsta a que, por vezes, a propria lei, desmentindo este preceito, amplie em certo modo a *toda a gente*, o direito de se utilizar dellas (cod. civ., art. 395.º).

Devemos, todavia, acrescentar que o código, dizendo que das cousas *communis* *só é permittido tirar proveito* ás pessoas que ficam indicadas, não se refere a todas e quaesquer utilidades que a coisa possa produzir, mas sómente aquellas que, *pelo seu particular destino* a coisa deve prestar; principio que é também verdadeiro para as cousas publicas.

D'este modo além do uso geral que os cidadãos d'ellas podem fazer, e que é igual para todos, outros usos ha, meramente particulares, que só aproveitam a determinadas pessoas; não é, porém, a estes que devemos attender para o effeito da sua classificação.

Assim, por exemplo, um candieiro da illuminação publica póde illuminar também o meu escriptorio, o terraço da minha casa, etc. por estar collocado junto da janella, ou

na parede do terraço, mas nem por isso deixa de ser uma coisa de uso publico, porque o seu *destino* é simplesmente illuminar a rua, em proveito de toda a gente. O mesmo succede quando abro uma janella sobre uma rua ou estrada publica, ou quando por esta faço caminho para um predio meu, que com ella confina, pois também neste caso ha o exercicio d'um direito particular, embora não contrário á função propria d'aquellas cousas.

Uma applicação vulgarissima d'esta doutrina respeita ás correntes de agua de uso publico, geral ou local, sobre as quaes os proprietarios marginaes adquirem direitos particulares de uso, que parecem contrariar as definições da lei. Ora a verdade é que estas cousas, além dos usos de interesse geral ou local que as fazem entrar na classe das cousas publicas ou *communis*, v. gr., a navegação e fluctuação, a producção de substancias vegetaes, o abastecimento de povoações, etc., podem ainda prestar valiosissimos serviços á industria e á agricultura, sem prejuizo d'aquelles, que estão sempre em primeiro logar. Mas estes serviços particulares, que não contrariam a função publica ou *communis* d'aquellas cousas, não podem ser levados em conta quando se procura determinar se as referidas cousas são publicas ou *communis*; para isso é preciso attender exclusivamente, repetimos, á função propria, ao destino principal da coisa¹.

O esquecimento dos principios expostos tem conduzido alguns auctores a erros lamentaveis.

Assim é, por exemplo, que um acreditado jornal de jurisprudencia, impressionado pelo facto do nosso cod. civ. permittir o uso das aguas *communis* aos proprietarios mar-

¹ Conf. as minhas *Scritture*, t. 50 e seg.; FRANCESCO BIANCHI, *Obv. cit.*, IX, 64.

ginaes, sejam ou não habitantes da respectiva circumscrição administrativa, para a irrigação dos seus predios, ensina que a expressão *circumscrição administrativa* não deve ser tomada no sentido litteral, porque « os preceitos dos §§ do art. 380.º, e dos artt. 429.º, 434.º, e 440.º do cod. civ. mostram que se attende para o uso das cousas communs, umas vezes á *circumscrição administrativa* e outras vezes á *natural* sómente »¹; mas, ao enunciar uma tal regra, não se reparou em que, tendo aquella *circumscrição natural* de abranger *todos* os que por lei podem usar das *cousas communs*, só teria por limites os do mundo, visto como no art. 395.º se permite a pesca nas aguas communs a toda a gente, sem distincção de pessoas, qualquer que seja o país a que pertençam.

Para, sem levantar contradicções na lei, manter o significado litteral d'aquella expressão, obedecendo assim ao preceito do art. 16.º do cod. civ., basta, porém, interpretar o art. 381.º pelo modo que deixámos indicado.

A enumeração das cousas communs, feita no art. 381.º, é meramente exemplificativa; e pelas razões expostas a proposito das cousas publicas nos abtemos aqui de annotar as suas diversas disposições, reservando o que nos cumpre dizer sobre aquellas que especialmente interessam ao direito civil para os logares onde o codigo se refere particularmente a ellas.

§ 40. — Cousas particulares: sua noção. *São particulares as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguém*

¹ *Rev. de Leg. e de Jur.*, XIII, 162, not. 8.

póde tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento.

O Estado, os municipios e as parochias, considerados como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular (art. 382.º e § un.).

124 Relações entre as cousas particulares, publicas e communs.

Comparando entre si os artt. 380.º, 381.º e 382.º do cod. civ. facilmente reconheceremos que profundas differenças separam as *cousas particulares* das outras duas classes que acabámos de estudar.

Com effeito só as cousas particulares são susceptíveis de *domínio* no sentido rigoroso do termo, só ellas podem ser usufruidas pelo dono com exclusão de qualquer outra pessoa, só ellas podem ser por elle livremente alienadas.

As cousas de uso publico geral ou local não podem ser objecto de propriedade privada, já porque a propria natureza physica as torna insusceptíveis de appropriação individual, já porque, destinadas por lei ao uso directo dos cidadãos, assumem caracteres juridicos especiaes, que as collocam fóra do campo do direito privado.

A propriedade das cousas particulares ora pertence a pessoas singulares, ora a pessoas collectivas, em cujo numero entram, como a lei expressamente determina, o Estado, o municipio, e a parochia, considerados como pessoas moraes.

Quando uma coisa pertence a diversas pessoas simultaneamente, apparece a *propriedade commum*, exercendo cada um dos comproprietarios, conjunctamente com os outros seus consortes, todos os direitos que pertencem ao

proprietario singular, em proporção da parte que teem naquella propriedade, salvo qualquer limitação expressa na lei (artt. 2176.º e 2177.º). Mas a indivisão só é obrigatória quando a coisa fôr de sua natureza não-partível, ou nos casos de casamento e sociedade, conforme se acha preceituado no art. 2180.º do cod. civ. Este, fallando de *personas collectivae* no art. 382.º, refere-se manifestamente ás *personas juridicas*, e não á propriedade commun, a qual, por ser de várias pessoas, não deixa de pertencer a pessoas singulares.

As cousas particulares differem, pois, das cousas publicas e communis, não só emquanto aos actos e contractos de que podem ser objecto, mas tambem relativamente ás pessoas que as podem possuir e administrar, bem como em relação á natureza dos direitos que sobre ellas podem exercer-se.

a) Com effeito, tanto as cousas publicas como as communis estão *fora do commercio*, sendo portanto *imprescriptíveis* (art. 506.º), não podendo ser *legadas* (art. 1811.º, n.º 2.), nem *hypothecadas* (art. 889.º), nem formar objecto de qualquer contracto (art. 671.º, n.º 1.º); o que não succede, em regra, com as cousas particulares, que só muito excepcionalmente, e por motivos de interesse publico, podem encontrar-se em condições analogas.

b) Além d'isso, as cousas de uso publico geral ou local só podem encontrar-se na posse e administração do Estado e corporações publicas, e nunca na dos cidadãos que só teem o seu gozo e fruição na conformidade dos regulamentos administrativos ou da lei; ao passo que as cousas particulares tanto se encontram no poder dos cidadãos, que aliás é o caso mais vulgar, como no d'aquellas entidades (art. 382.º).

c) Finalmente, os direitos que podem recahir sobre as duas classes de cousas são, em geral, de natureza perfeitamente distincta, pois sendo as cousas particulares objecto de *dominio*, as cousas publicas e communis são rigorosamente insusceptíveis d'um tal direito, tanto por parte dos cidadãos, que só podem sobre ellas exercer direitos de fruição e uso, como da parte do Estado e corporações publicas, porque estas, tendo por unica missão regular e fiscalizar o exercicio d'aquellas faculdades, bem pôde dizer-se, com BIANCHI, que antes teem a seu respeito *encargos* do que direitos, pois todas as suas faculdades derivam da obrigação, que sobre as mesmas entidades impende, de manterem as cousas publicas e communis em condições de poderem ser utilizadas directamente pelos cidadãos ¹.

§ 41.º — *Noção de patrimonio.* A *noção de patrimonio* ainda não está definitivamente fixada: pois ao passo que a maioria dos juriconsultos o definem como sendo o complexo das relações juridicas d'uma pessoa, que tiverem valor economico; outros restringem a sua comprehensão aos bens que realmente pertencem a essa pessoa; e alguns finalmente, o consideram apenas como o excesso do activo sobre o passivo ².

A todas estas noções é, porem, commun a ideia de que só podem considerar-se direitos patrimoniaes os que tiverem valor pecuniario; sendo, portanto, excluidos do patrimonio os direitos meramente pessoaes,

¹ BIANCHI, *Obr. cit.*, IX, 450.

² BEVILAQUA, *th. cit.* 215 e seg.; PLANIOL, *obr. cit.* I 681; FADDA e BENSA, *Pandect.* I. 678; ABBRY et RAU, *obr. cit.* IV. § 573; DERNBURG, *Pand.* § 22 e 67; WINDSCHEID, *Pand.* § 42, not. 2. Conf. *Supra*, p. 221, not.

*os quaes se acham tão intimamente ligados á propria pessoa, que esta os não pode alienar, nem transmittir a seus herdeiros, v. gr., os direitos originarios, os direitos de familia e de auctoridade, tues como o patrio poder, a tutela, etc.,*¹.

125 Conteúdo do patrimonio. No direito romano, a ideia de *patrimonio* foi primitivamente traduzida pela palavra *familia*, que mais tarde foi substituida pela palavra *bona*, a qual, no tempo do imperio, deu por sua vez logar á expressão *patrimonium*, com a qual se designavam apenas os *bens da familia*, transmissiveis por successão.

Modernamente ampliou-se o significado da palavra, que, na orientação actualmente dominante, abrange todo o *activo e passivo* das pessoas, ou seja o conjuncto dos seus bens e das suas dividas.

Assim considerado, o patrimonio é, na phrase de RAOUL DE LA GRASSERIE², o *prolongamento da personalidade sobre as cousas*, pois traduz o resultado juridico-economico da actividade individual, ou seja, no dizer de BEVILAQUA³, a *actividade economica de uma pessoa, sob o seu aspecto juridico, ou a projecção economica da personalidade civil*.

Entre a ideia de *patrimonio* e a de *personalidade*

existe uma relação muito intima, pois ao passo que só as pessoas podem ter patrimonio, nenhuma ha que o não tenha. «Uma pessoa pode ter muito pouco de seu; ou não ter direitos nem bens de qualquer especie; ou mesmo, como certos aventureiros, não ter senão dividas: ella tem, no entanto, um patrimonio. *Patrimonio*, não significa *riqueza*; um patrimonio não encerra necessariamente qualquer valor positivo; pode ser como uma bolsa vazia e não conter cousa alguma⁴».

Pode o patrimonio, d'uma pessoa comprehender de facto só bens e direitos que constituem o seu *activo*; pode realmente comprehender só dividas ou encargos, que constituem o seu *passivo*. Mas a ideia juridica de patrimonio abrange simultaneamente um *activo* e um *passivo*, constituidos respectivamente pelos direitos e encargos *apreciaveis em dinheiro*.

O patrimonio é, portanto, constituido apenas pelos *direitos reaes* e pelos *direitos de credito*, que são os unicos com valor pecuniario, quer os consideremos em relação ao seu respectivo titular, quer, com respeito aos segundos, os encaremos em relação ao sujeito passivo, ou devedor.

Estes direitos e obrigações, que são os elementos componentes do patrimonio, podem ser alienados pelo respectivo titular: mas o patrimonio, considerado abstractamente, como uma *universalidade de direito*⁵, está intima-

¹ PLANOL, *Obr. cit.* 681.

² Alguns escriptores combatem este conceito do patrimonio, achando inutil e contraria á realidade esta abstracção, que nos arrasta para o dominio das ficções.

Considerar o patrimonio como *universitas juris*, significa que elle constitue uma unidade abstracta, distincta dos bens e encargos que o compõem, os quaes podem mudar, diminuir, ou inteiramente desaparecer, mas não o patrimonio, que fica sempre o mesmo durante a vida da pessoa (PLANOL, *Obr. cit.*, 214).

Para FADDA e BEXSA (Not. ás *Pandectas* de WINDSCHEI, I. 667-672), por exemplo, aquella *universalidade de direito* só excepionalmente apparece quando

³ O sr. DR. GUILHERME MOREIRA (*Obr. cit.* 340) exclue tambem do *patrimonio* alguns direitos com valor pecuniario, que só pôdem ser exercidos pela propria pessoa, de modo que não se transmittem para os herdeiros nem pôdem ser executados pelos credores, como é o direito de uso e habitação, e o direito de alimentos devidos pela relação de familia; mas para isso restringe o significado d'aquella palavra aos *direitos que o respectivo titular pode transmittir*.

⁴ RAOUL DE LA GRASSERIE, *Classification scientifique du droit*, 27.

⁵ BEVILAQUA, *Th. ger. do dir. civ.* 216.

mente ligado á pessoa, e só por morte d'esta se transmite aos successores. Por *acto entre vivos* ninguém pode alienar o seu patrimonio, porque sendo uma consequencia da personalidade, a esta se liga necessariamente.

Neste sentido se diz que *o patrimonio é inseparavel da pessoa* ¹.

Não podendo qualquer pessoa deixar de ter um patrimonio, e sendo este constituído por todo o seu activo e passivo, é logico tambem, concluir que *não pode uma pessoa ter mais do que um patrimonio*.

Esta é, com effeito, a doutrina geralmente seguida; o que, todavia, não impede que, *excepcionalmente*, as leis estabeleçam para fins especiaes a separação dos bens, que constituem o patrimonio d'uma pessoa, em harmonia com a sua procedencia.

E' o que acontece quando o herdeiro acceta a herança a *beneficio de inventario*; pois neste caso só responde pelas dividas do auctor da herança até onde chegarem os respectivos bens, o que significa que o patrimonio do fallecido se conserva separado dos bens proprios do herdeiro. Com a successão dos bens do ausente, que a lei presume morto, acontece cousa parecida.

No entanto, bem consideradas estas restricções ao principio da *unidade* do patrimonio, vê-se que ellas representam uma situação transitoria, e excepcional, que não invalida o principio estabelecido. São ficções, estabelecidas pelo legislador, em consideração de interesses especiaes, que por esta forma procurou salvaguardar.

a lei unifica os direitos e obrigações da pessoa, como no caso de successão hereditaria ou de fallencia.

No mesmo sentido DR. GUILHERME MOREIRA, o qual segue a opinião de que o patrimonio nem é *unico* nem *inseparavel* da pessoa (*Obr. cit.*, 339).

¹ PLANIOL, *Obr. e log. cit.*

Todavia, os escriptores que não admittem o patrimonio como *universalidade de direito*, longe de considerarem estes casos como excepções ao principio da *unidade* do patrimonio, applicam-lhes a regra geral, visto que, no seu pensar, o patrimonio somente se unifica para um fim determinado, podendo, consequentemente, uma pessoa ter diferentes patrimonios, segundo o exigir essa finalidade.

Neste sentido escreve o sr. DR. GUILHERME MOREIRA: «Pode o patrimonio ter o caracter d'uma universalidade juridica, mas esse caracter provir-lhe-ha dos fins para que esse patrimonio é destinado, pois é em virtude d'esses fins que se imprime unidade ao patrimonio. E' assim que na acceitação d'uma herança a beneficio de inventario, os bens que constituem a herança se consideram como um todo distincto do patrimonio do herdeiro, que é, todavia, o sujeito a quem a herança pertence. D'onde se conclue que, no sentido por nós ligado á palavra patrimonio, uma pessoa pode ter mais do que um ¹ ».

A' qual doutrina se contrapõe esta observação de BEVILAQUA ².

« Os casos apontados como excepcionaes da unidade do patrimonio em direito civil, são os de beneficio de inventario, da separação dos bens concedida aos credores do fallecido, e da successão dos bens do ausente. Nesses casos não ha uma situação definitiva. Enquanto se apura, *deducto aere alieno*, o que deve entrar para o patrimonio do successor, subsiste, não absorvido, o patrimonio do succedendo, ainda que ambos se acham dentro da esphera da actividade juridica de uma pessoa. Interesses valiosos se interpõem, mantendo a distincção dos patrimonios, impedindo-lhes a natural unificação ».

¹ DR. GUILHERME MOREIRA, *Obr. cit.*, 339: «patrimonio é o complexo de relações de caracter pecuniario, em que o individuo é sujeito activo e passivo.»

² BEVILAQUA, *Obr. cit.*, 218.

CAPITULO V

Da codificação

§ 42.^o — Noção e valor da codificação. *No seu actual¹ significado, a palavra código serve para designar a compilação das leis relativas a certa ordem de relações sociais, organizada systematicamente pelo poder legislativo.*

Durante muito tempo foi largamente discutida a utilidade da codificação, tendo, finalmente, triumphado, na realidade da vida juridica, em todos os povos civilisados, a doutrina da codificação, que hoje tem rarissimos impugnadores, discutindo-se apenas a conveniencia ou possibilidade de codificar certos ramos do direito².

¹ A palavra *código* filia-se geralmente na expressão latina *caedere* ou *codex*, que tendo primitivamente designado uma certa especie de madeira, passou depois a significar uma reunião de pequenas tabuas encaixadas (*tabulae*), sobre as quaes se escrevia por meio d'um estylo ou ponteiro (*stylus*). Estas taboinhas eram entre si ligadas de modo a formarem uma especie de caderno.

Os *codices* oppunham-se aos *volumina*, que eram rolos de pergaminho; os nossos livros modernos são derivados dos *codices*, embora se lhes chame *volumes*.

Nos seculos IV e V applicou-se a palavra *código* especialmente para designar as colleções de leis. Os antigos codigos do imperio romano eram apenas colleções de constituições imperiaes, não contendo todo o direito, que se achava mais abundantemente exposto nas obras chamadas *pandectae* ou *digesta*.

Foi só depois do seculo XVI que a palavra *código* começou a ser empregada, em França, para comprehender uma colleção completa de leis (PLANIAL, *Obr. cit.*, 7, not. 2; C. DA MATTA, *Obr. cit.*, 204, not.).

² Conf. DR. GUIMARÃES PEDROSA, *Curs. de cienc. da adm. e dir. admin.*, 204-219; DR. VILLELA, *Dir. Internacion.*

No campo do direito civil, a necessidade da codificação sentiu-se em todos os povos; e as suas principaes vantagens são: a) estabelecer a unidade do direito; b) tornar a lei mais certa, é mais clara e accessivel aos cidadãos; c) e facilitar os progressos do direito, e a harmonia da ordem juridica, pela coordenação scientifica das suas diversas normas.

126 Utilidade da codificação. O problema da codificação do direito foi especialmente debatida na Alemanha, nos principios do seculo XIX, onde o jurisculso THIBAUT, impressionado pela simplicidade e uniformidade da lei francêsa, tinha pedido a redação d'um código analogo.

SAVIGNY, eminente romanista, foi o primeiro e o mais illustre dos impugnadores d'aquella ideia, combatendo a codificação das leis que no seu pensar era um sério obstaculo ao aperfeiçoamento e progresso do direito, condemnado á perpetua immobildade na formula rigida da lei, deformando-se e divorciando-se cada vez mais das variaveis condições da vida social, que é destinado a reger.

Para este jurisculso, toda a codificação é uma obra falsa e arbitraria, porque é feita com ideias systematicas, e porque desconhece o desenvolvimento historico do direito; ella impede a sciencia de marchar com o seculo; immobilisa o espirito do jurisculso, pela fixidez das suas formulas, e priva o direito dos aperfeiçoamentos successivos que lhe traz uma interpretação mais livre ¹.

E procurando nas lições da historia a confirmação da sua doutrina, SAVIGNY affirmava que os códigos não apparecem nos seculos fortes e poderosos, mas somente nas

epochas de enfraquecimento, em que a consciencia se oblitera, servindo elles muitas vezes de instrumentos ao despotismo que se procura firmar.

Nestas criticas do grande jurisculso allemão havia incontestavel exagero, como os proprios factos vieram demonstrar; e as vantagens da codificação de tal modo se impuseram, que o exemplo da França, codificando o seu direito civil, tem sido seguido por quasi todos os povos modernos.

É certo que os códigos, pela extensão das doutrinas que abrangem, pela auctoridade que lhes advem de seus autores, que são geralmente os mais illustres juriscultos do país, pela coordenação e systematisação dos seus preceitos que tornam difficil qualquer modificação parcial, e ainda pelo facto de representarem ordinariamente, no momento da sua elaboração, os progressos realisados pela sciencia, offerecem uma grande resistencia ás reformas posteriores das suas disposições; mas a marcha evolutiva do direito não se detem por esse motivo, e a jurisprudencia, no seu constante e maravilhoso trabalho de adaptação das leis ás novas condições de vida social, encontra na elasticidade natural das formulas geraes, a liberdade necessaria para insuflar novas ideias em fórmulas immutaveis.

De resto, os códigos não se fazem para viver perpetuamente; traduzindo e compendiando nos seus preceitos os ultimos progressos scientificos, e moldando-se pelas necessidades sociais do momento, elles podem e devem ser substituidos ou modificados logo que as circunstancias se modificam. Se os factos mostram, na verdade, que a reforma d'um código civil é sempre obra difficil, isso não significa, como diz o sr. DR. JOSÉ TAVARES, um defeito da codificação, é antes um symptoma da imperfeição e do conservantismo do processo legislativo, e ao mesmo tempo

¹ Apud. PLANIOL, *Obr. cit.*, 8.

um signal de falta de energia scientifica e renovadora nos differentes cultores da sciencia do direito ¹.

«O phenomeno da codificação, escreve BEVILAQUA, é um estadio da evolução do direito, que do periodo de fluidez inicial parte em busca de fórmulas definidas e solidas por onde se traduzam a plenitude da consciencia juridica e a melhor disciplina dos interesses. Não o podemos evitar, nem conviria difficultar o seu apparecimento ²».

E respondendo á observação de SAVIGNY, sobre o momento politico e social em que tem apparecido os codigos, acrescenta o mesmo auctor :

«Se é no seculo VI, quando o imperio romano se dilue, depauperado e corrupto, que se succedem o edicto de Theodorico, o breviario de Alarico, o Papiniano, e as colleções de Justiniano, a historia obriga-nos a reconhecer que essas codificações, essas compillações de regras juridicas, abroilhando nos pantanos apodrecidos da decadencia romana, foram um estorvo, ainda que momentaneo, ao desabar das ruinas, estorvo que salvou, para continuidade da civilisação, os fragmentos da cultura juridica dos romanos, que hoje admiramos tanto mais quanto melhor os conhecemos. Outra, portanto, deve ser a interpretação dos factos. Mais normalmente emergem as codificações nas epochas de maior expansão das forças nacionaes, e quando os povos sentem necessidade de affirmar a sua unidade, ou a sua soberania. Exemplos da primeira especie nos dão a lei das XII Taboas em Roma, o codigo da Prussia, e o codigo Napoleão; exemplos da segunda são os codigos civis da Italia, da America Latina e da Allemanha ³».

¹ DR. JOSÉ TAVARES, *Obr. cit.*, 105.

² BEVILAQUA, *Em defeza do proj. do Cod. civ. Braz.*, 16.

³ *Obr. e log. cit.*

Mas, repetimos, o problema fundamental da codificação do direito civil está hoje resolvido pelos factos; o que resta agora apurar é o melhor systema da sua codificação.

§ 43.º — **Systemas de codificação.** *A exposição systematica das normas do direito civil importa a sua logica classificação, por modo a ordená-las hierarchicamente num reduzido numero de typos, tomando em consideração especial a interdependencia dos phenomenos juridicos.*

Para alguns escriptores, que na codificação do direito apenas vêem a utilidade pratica de facilitar a todos o conhecimento da lei, este problema tem minguada importancia sob o ponto de vista legal, chegando MAZZONI a declarar impossivel a subordinação da estrutura dos codigos a qualquer systema scientifico.

Para outros, porem, o problema da classificação legislativa das normas juridicas tem de obdecer aos mesmos principios da sua classificação doutrinal, porque quanto mais natural e logica fôr a ordem seguida pelo legislador na exposição dos preceitos relativos aos diversos institutos juridicos, mais facil será estudá-los e comprehendê-los, em si mesmos, e nas suas relações mais ou menos intimas.

Diversos criterios tem sido propostos para servirem de base de classificação; mas discute-se ainda vivamente qual deva merecer a preferencia.

O mais antigo, e que por largo tempo dominou na obra dos jurisconsultos, é a divisão tripartida das Institutas de Justiniano, em pessoas, cousas e acções; mas os mais recentes codigos appoiam-se no chamado systema allemão, que está merecendo a preferencia dos escriptores, embora alguns o considerem «meramente

*empirico, sem um principio superior, do qual sejam divisões as classes em que se agrupam os direitos*¹.»

Este systêma baseia-se sobre os caracteres predominantes das relações juridicas, classificando todos os direitos civis em quatro grupos: a) direitos de familia; b) das cousas; c) das obrigações; d) e das successões; mas discute-se ainda entre os partidarios d'este systêma, qual a ordem relativa dos referidos grupos, e a comprehensão de cada um d'elles.

O auctor do nosso codigo civil procurou construir um systema novo, classificando as relações juridicas em relação ao sujeito de direito.

127 Indicação dos principaes systêmas.

A classificação legislativa das normas juridicas não deve, em meu parecer, distanciar-se da sua classificação scientifica, por dois motivos principaes: a) porque a obra do legislador será tanto mais perfeita e mais util, quanto mais rigorosa e logica fôr a systematisação dos preceitos legais relativos aos diversos institutos juridicos, evitando a dispersão de regras identicas ou communs, e de factos subordinados aos mesmos principios; b) e porque o estudo da jurisprudencia, tendo sempre uma face essencialmente pratica, visto que o direito se não comprehende isolado das relações sociaes que tem por função regular, a exposição scientifica do direito civil mais utilmente poderá fazer-se acompanhando o legislador nas suas disposições.

Mas a realisação pratica d'este *desideratum* é difficil,

¹ CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*; LAFAYETTE, *Direitos de familia*, introd. IX., apud BEVILAQUA, *obr. e log. cit.*

como facilmente se deprehende das variadas tentativas feitas para encontrar uma solução satisfactoria do problema, sem que até hoje alguma d'ellas lograsse impor-se á intelligencia dos cultores do direito, como verdade incontestavel.

O sr. DR. JOSÉ TAVARES reduz os diversos systemas até hoje propostos ou adoptados aos seis typos seguintes:

- 1) o systema romano das *Institutas*;
- 2) o do codigo civil francês;
- 3) baseado na classificação dos direitos ou das obrigações;
- 4) baseado nas categorias juridicas do individuo;
- 5) baseado no objecto dos direitos;
- 6) baseado nas proprias condições da vida juridica do sujeito dos direitos.

De cada um d'elles faz o nosso querido amigo e collega a clara exposição que vamos transcrever.

128 *Systema romano das Institutas; Suas variantes.*
As *instituições* do direito romano, geralmente conhecidas pelo nome de *Institutas*, constituem presisamente uma systematisação synthetica do *jus civile*, mandada fazer por JUSTINIANO, com o fim de servir para o ensino do direito.

O criterio adoptado derivou naturalmente da propria constituição do direito subjectivo, cuja analyse nos revela os tres elementos: *sujeito* ou *pessoa*, *objecto* ou *cousa*, e *garantia* ou *acção*.

Assim se diz logo no principio das *Institutas*: *omne*

autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

E assim o direito civil foi dividido nos tres tratados ou partes classicas: as *pessoas*, as *cousas* e as *acções*.

A systematisação tripartita do direito romano preponderou até ao seculo XVIII, ou, pôde mesmo dizer-se, até á phase da codificação moderna, iniciada pelo código francês; mas já no seculo XVII começou a ser fortemente combatida, sobretudo na Allemanha, onde os juriconsultos proclamavam a necessidade de adoptar um criterio mais rigoroso, que fosse baseado na própria classificação dos direitos.

O combate foi iniciado principalmente por LEIBNITZ, com o fundamento de que, sendo o sujeito e o objecto elementos essenciaes de todo o direito, não tinha logica, e era inadmissivel, um systema que separa as pessoas das cousas.

Na mesma ordem de ideias, BLONDEAU classificou de absurda a triangulação das *Institutas*, equiparando-a ao systema que dividisse a Botanica em tres capitulos: jardineiros, terreno e plantas¹.

Como variantes do systema romano, devemos mencionar o systema do *código austriaco* e o systema proposto por CIMBALI.

O código austriaco divide o direito civil em tres partes: *direitos das pessoas*, *direitos sobre as cousas* e *disposições communs*, comprehendendo nesta ultima:

- a) garantia dos direitos e obrigações;
- b) a transformação dos mesmos;
- c) modos por que se extinguem; e
- d) a prescrição e o usucapião.

¹ COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, pag. 85 e segs.,
BÉLIME, *Philosophie du droit*, pag. 526 e segs.

O systema do código austriaco foi elogiado por CIMBALI, um dos mais brilhantes cultores italianos do direito civil moderno, no seu folheto sobre *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, porque muito se parece com o systema proposto por CIMBALI na sua bella obra *La nuova fase del diritto civile*.

Nessa obra genial, que é uma das melhores e porventura a mais brilhante exposição e critica dos problemas fundamentaes da renovação do direito civil, propõe CIMBALI para o novo *Código do direito privado social* a organização em tres partes: *pessoas*, *cousas* e *relações jurídicas*.

As duas primeiras são a statica do direito, ou sejam, os elementos que o constituem em si mesmo; e a terceira é o direito em vida, em acção, é a sua dinamica.

Muito semelhante é tambem o systema apresentado por MUKLENBRUCH, na sua *Doctrina Pandectarum*, dividindo o direito em duas partes, uma geral e outra especial, sendo esta dividida em tres capitulos: *pessoas*, *cousas* e *obrigações*.

As variantes da tripartição romana tem a vantagem de substituir a materia da terceira parte, as *acções*, por um outro grupo de factos juridicos, que tem a sua razão de ser á parte do tratado das pessoas e das cousas, emquanto que as acções pertencem ao processo, e não ao direito civil substantivo.

Em todo o caso, qualquer destes systemas tem sempre o defeito de separar os elementos essencialmente constitutivos do direito, sendo certo que elles são inseparaveis; e, alem d'isso, não estabelecem uma coordenação logica entre as diferentes partes, de modo a mostrar a sua interdependencia como elementos do mesmo todo organico.

129 Systema do código francês.

Os auctores do *código Napoleão* não adoptaram integralmente a triologia do direito romano, mas estabeleceram uma outra tripartição quasi identica.

O código francês ¹ é dividido em tres partes ou livros:

- I — *Des personnes*;
- II — *Des biens et des différentes modifications de la propriété*;
- III — *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

E', no fundo, o systema romano, apenas com a modificação de ser eliminado o tratado das acções, e de ser desdobrado em dois o tratado das cousas.

Alem dos tres livros, o código francês tem um titulo preliminar, que se compõe apenas de seis artigos de *princípios geraes* sobre a formação e a applicação das leis.

O systema do código francês tem sido criticado por falta de logica e de systematisação scientifica na ordem e disposição das materias

Basta notar que o livro III (art. 711.º a 2281.º) é mais de duas vezes maior que os dois primeiros reunidos; e este facto é devido á reunião, que nelle se faz, de sete grandes materias ou capitulos do direito civil: as successões, as doações e testamentos, a theoria geral das obri-

gações, as regras proprias dos contractos especiaes, os regimens matrimoniaes, os privilegios e hypothecas, e a prescripção.

Entretanto a maior parte dos civilistas francezes defendem o systema do código, dizendo que o purismo rigoroso de logica e systematisação scientifica, sendo, com effeito, necessario e muito importante para o ensino ou para a confecção dum livro doutrinario, não tem a mesma razão de ser na organização dum código.

Nos códigos, dizem, não é mesmo possivel attingir a perfeição scientifica, porque elles não são, nem devem ser outra cousa senão um conjuncto de regras de character exclusivamente pratico, que devem ser formuladas com toda a precisão e clareza.

Um código não pôde ser de modo algum um systema philosophico de doutrinas e theorias.

O que deve ser é um systema de preceitos legaes, ordenados logicamente, de modo a tornar facil a sua comprehensão.

Numa palavra: o processo legislativo é muito differente do processo scientifico.

E, como obra legislativa, o código francês tem satisfeito as exigencias de muitos legisladores, que o tomaram por modelo na disposição geral das materias.

E' assim que nos códigos italiano, hespauhol e outros, foi adoptada a mesma divisão em tres partes.

Mas a verdade é que o systema do código francês está longe de ser acceitavel, mesmo no ponto de vista legislativo, porque, além dos defeitos já indicados, não dá uma ideia de conjuncto da constituição e vida do organismo do direito civil.

¹ O código civil francês compõe-se de trinta e seis leis, que foram successivamente publicadas desde março de 1803 a março de 1804. Estas leis foram em seguida reunidas num código pela lei de 21 de março de 1804 (30 do ventoso do anno XII), sob o nome de *Code civil des Français*.

A lei de 2 de setembro de 1807 deu-lhe o nome de *Code Napoléon*.

As cartas de 1814 e 1830 restituiram-lhe o nome primitivo.

Um decreto de 27 de março de 1852 estabeleceu o titulo de *Code Napoléon*, « pour rendre hommage à la vérité historique », dizia o auctor do decreto:

Mas desde 1870 generalizou-se o uso de lhe chamar *Code civil*. Cf. PLANIOL, pag. 30.

130 Systema baseado na classificação dos direitos ou das obrigações; systema germanico.

No fim do século XVIII, quando se accentuou o descrédito do systema romano, surgiu na Allemanha, e passou depois para a França, a ideia de organizar a systematisação do direito, tomando por base a propria classificação dos direitos, ou a propria obrigação como elemento juridico correspondente a todo o direito.

Mas a ideia de organizar o systema do direito civil, tomando por criterio o systema das obrigações, não tomou raizes no terreno da sciencia, e muito menos no da legislação.

Com razão tem sido rejeitado o criterio das obrigações, porque seria realmente extranho um systema de direito em que se attendesse mais á obrigação do que aos proprios direitos, que se pretende definir e regular.

Seria tomar o accessorio e secundario, em vez do primario e principal.

E, assim, o eminente juriconsulto ANTONIO LUIZ DE SEABRA, que foi o auctor do nosso codigo, se justificava plenamente na sua *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho, sobre a primeira parte do Projecto doCodigo Civil*.

«A obrigação é um elemento secundario, uma ideia relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito. E posto que o direito indique tambem necessariamente a ideia de uma obrigação, geral ou particular, é certo que o direito pôde nascer, subsistir, e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece á obrigação em relação ao direito. O direito exprime um principio absoluto e independente, — a obrigação um principio subordinado e dependente.»

E assim comprehende-se bem como, nesta ordem de ideias, prevalecesse a ideia de tomar como ponto de partida,

para a systematisação juridica, a propria classificação dos direitos, tanto mais que a das obrigações só poderia logicamente fazer-se subordinada á dos direitos correlativos.

Este systema desenvolveu-se principalmente entre os escriptores allemães, podendo caracterisar-se como differenciados tres typos de systematisação, correspondentes ás principaes classificações dos direitos subjectivos.

O primeiro d'estes systemas, representado por LEIBNITZ, é o da classificação dos direitos, segundo a sua origem ou fundamento, comprehendendo direitos que resultam:

- a) da propria natureza;
- b) das convenções;
- c) da posse;
- d) da successão;
- e) dos delictos.

Este systema foi criticado por BÉLIME, por ser muito incompleto e destituido de logica, pois que, entre outros defeitos, não tinha logar para as provas, e distribuia a mesma categoria de direitos, como, por exemplo, as servidões, pelos differentes capitulos do codigo, conforme a sua diversa causa juridica ¹.

Outro systema, representado por THIBAUT, é o que corresponde, até certo ponto, á classificação dos direitos em meramente *pessoaes* e *patrimoniaes*, com a subdivisão destes em *reaes* e de *credito* ou *pessoaes*.

THIBAUT, na sua obra *System des Pandekten Rechts*, dividia todo o systema juridico em duas partes, uma de principios geraes, e a outra (parte especial), em que expunha propriamente o direito civil, era dividida em tres secções:

¹ BÉLIME, pag. 529.

I — Direito de governar (direito financeiro e policial, compreendendo neste o poder paternal e a tutela);

II — Direitos reaes;

III — Direitos pessoases.

Tambem esta systematisação foi já criticada por BÉLIME, como sendo excessivamente didactica, e por isso impropria para uma obra legislativa ¹.

De modo que o systema que vem a prevalecer, entre os juriconsultos que perfilham esta orientação, é o da classificação dos direitos, segundo os differentes grupos de relações jurídicas, que nós chamámos a classificação germanica.

O systema foi exposto e adoptado por SAVIGNY na sua obra classica sobre o *Systema do Direito romano moderno*; e teve na Allemanha um tal successo, que foi seguido por muitos dos melhores escriptores, e foi consagrado na organização do codigo civil, que está dividido precisamente nas cinco partes de SAVIGNY: *parte geral, direito das cousas, direito das obrigações, direito de familia e successões*.

Tambem este systema foi criticado por BÉLIME, como sendo muito complicado, e por isso inferior ao do codigo de Napoleão, onde é muito mais facil encontrar, segundo aquelle escriptor, os preceitos reguladores de qualquer relação juridica ².

Mas é certo que o systema triumphou na Allemanha, e tem sido adoptado na Italia por muitos escriptores, na confecção de trabalhos notaveis, como *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto Civile*, de D'AGUANO, *La Filosofia del Diritto Privato*, de COGLIOLO, e, ainda modernamente, o bello *Trattato di Diritto Civile*, de CHIRONI e ABELLO.

¹ BÉLIME, pag. 530 e segs.

² BÉLIME, pag. 532 segs.

Tambem o novo projecto do codigo civil brasileiro, elaborado pelo juriconsulto BEVILAQUA, é organizado pelo systema do codigo civil da Allemanha.

131 Systema das categorias de relações jurídicas do individuo.

Este systema tem o seu fundamento no proprio objecto do direito, que é o conjuncto das relações particulares e sociaes dos cidadãos.

Sendo assim, um criterio, que naturalmente se apresenta, é determinar as differentes especies de relações jurídicas do individuo, para traçar o plano geral dum codigo civil.

Foi assim que VADALÁ-PAPALE, examinando as differentes relações sociaes do individuo, e reduzindo-as a tres series ou grupos, apresentou como plano de organização scientifica do codigo civil, a sua divisão em tres partes:

I — Relações do individuo com o Estado;

II — Relações do individuo com o patrimonio;

III — Relações familiares ¹.

Este systema é inferior a qualquer dos outros, porque, alem de comprehender as relações jurídicas do direito publico, limita-se a fazer a distincção dos direitos patrimoniaes e familiares.

132 Systema baseado no objecto dos direitos.

O objecto dos direitos traduz-se, como já dissemos, em *cousas* e *actos* ou *serviços*. E neste elemento constitutivo dos direitos procuraram alguns juriconsultos basear a systematisação do direito civil.

¹ VADALÁ-PAPALE, *Il Codice Civile italiano e la Scienza*, pag. 41 e segs.

Mas esta base foi abandonada, por insufficiente.

Referindo-se a este systema, assim se exprimia o auctor do nosso codigo civil, na sua *apostilla* já referida :

« Poderíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como *cousas*, ou como *serviços*; *não as cousas*, porque seria impossivel resumi-las, classifica-las, e comprehende-las todas na massa existente e possivel; *não os serviços* pela sua propria natureza variavel e indefinida; e *não as cousas e serviços*, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis. »

Contra esta doutrina insurgiu-se o illustre jurisculto brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS, no seu opusculo *Nova apostilla á censura do Sr. A. de M. Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*, dizendo: « que o systema do codigo podia certamente fundar-se no objecto do direito, que são *cousas e serviços*; a divisão primaria estava pois á flôr da terra nesta dualidade, *direitos reaes, jura in re*, e *direitos pessoaes*, que se dividiam depois em direitos pessoaes de relações de familia, *jura potestatis*, e em direitos pessoaes das relações civis, direitos pessoaes sobre as cousas, *jura in rem*; todavia o auctor do projecto, considerando em separado as coisas e os serviços, dizendo dumas que lhe não podiam servir de fundamento, porque seria impossivel classifica-las e comprehende-las todas na sua massa existente e possivel; dizendo doutros que lhe não podiam servir de fundamento pela sua natureza variavel e indefinida, concluia que as coisas e os serviços não podiam ser a base da divisão do codigo. »

Mas, eram falsas ao mesmo tempo a conclusão e as premissas, concluia o jurisculto brasileiro. Era claro que as coisas, por si só, não podiam servir de fundamento ao codigo, nem tambem os serviços por si só; mas, de o não poder ser cada uma destas coisas de per si, não se

seguia que o não podessem ser ambas; concluir de uma para outra impossibilidade era commetter o sophisma de attribuir ao todo o que só era verdade de cada uma das partes. O objecto do direito eram *cousas e serviços*; não se demonstrava, pois, coisa alguma, quando se demonstrava, que não se podia constituir um codigo com um só desses elementos.

Tambem não era exacto, dizia TEIXEIRA DE FREITAS, que as coisas e os serviços se não podessem classificar; todos os codigos e o proprio projecto faziam das coisas as divisões necessarias para o direito e do mesmo modo faziam tambem a divisão das estipulações ou contractos; sem taes classificações, cuja possibilidade se negava e cuja existencia se via, seria mesmo impossivel qualquer codigo e o proprio ensino do direito ¹.

A conclusão que naturalmente resulta é que, na verdade o systema do objecto dos direitos é insufficiente, reduzindo-se afinal ao da distincção dos direitos reaes e pessoaes.

133

Systema derivado da propria vida juridica do sujeito do direito.

Foi o systema adoptado pelo auctor do nosso codigo; e por nossa parte entendemos que é o mais aperfeiçoado entre os que conhecemos e deixamos expostos.

Eis como elle o deduziu :

« Para chegarmos a este resultado, entendemos que o melhor meio seria emanciparmo-nos de quaesquer preconceitos; fechar os livros, e consultar unicamente a propria

¹ Sr. Dr. LARANJO, *A organização dos estudos na faculdade de direito. Livros adoptados e ceptosores mais seguidos*, artigo publicado no *Instituto*, vol. XLII, 3.ª serie, n.º 3, pagg. 170-178.

natureza das cousas, que raramente deixa de responder com proveito a quem sabe interrogar-la.

« Qual é o nosso fim? dissemos. — Expôr o direito civil na sua ordem mais simples e natural. Ora essa ordem não pôde ser fundada senão na mesma natureza do direito. *E que é o direito civil?—Sem duvida o complexo das regras ou disposições leaes, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si.*—Ora, quaes são os elementos juridicos essenciaes nestas relações? — O sujeito dos direitos, ou seja o crédor, — o sujeito da obrigação, ou seja o devedor, — e o objecto desses mesmos direitos e obrigações.

« Poderíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como cousas, ou como serviços.

« Poderíamos nós fundar o nosso systema debaixo do ponto de vista das obrigações? Também não.

« Restava-nos pois o sujeito do direito, e foi esse o ponto de vista que adoptámos na formação do nosso plano.

« Mas como no sujeito do direito ha necessariamente duas ideias predominantes e distinctas, — o poder ou seja a autonomia, a faculdade immanente, — e a acção, ou faculdade practica, — cumpria definir a primeira, antes de tractar da segunda, — ou por outras palavras — era necessario começar pelo principio — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, — no reconhecimento dos meios por que pôde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os pôde fruir, conservar e defender.

« Achamos pois, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessariamente devia referir-se a quatro pontos capitaes, que podiam servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica — a saber :

« 1.º Natureza do ente juridico (capacidade)

« 2.º Seus meios de vida (aquisição)

« 3.º Fruição desses meios (propriedade)

« 4.º Conservação (violação, defesa dos direitos).

« Os jurisconsultos, que têm dado alguma attenção ás theorias methodicas, reconhecerão facilmente que o nosso plano é inteiramente novo, logico, simples, natural, e completo, pois não pôde haver especie alguma de direitos, que não entre necessariamente em alguma das casas indicadas. Para ser entendido basta pronuncia-lo, — e para enuncia-lo bastam quatro palavras.

« Em harmonia com esta dourina acha-se o nosso Codigo Civil dividido em quatro partes, na primeira das quaes se trata da *capacidade civil*, na segunda da *aquisição de direitos*, na terceira do *direito de propriedade*, e na quarta da *offensa dos direitos e da sua reparação.* »

§ 44.º — O Codigo Civil portuguez. *Após varias tentativas infructiferas, foi o notavel jurisconsulto e magistrado ANTONIO LUIZ DE SEABRA, mais tarde agraciado com o titulo de VISCONDE DE SEABRA, encarregado de elaborar o projecto do codigo civil portugês; o qual, depois de revisto por uma commissão para esse fim nomeada, foi approved, quasi sem modificações, por lei de 1 de julho de 1867, começando a vigorar em todo o continente do reino e ilhas adjacentes no dia 22 de março de 1868; e continua ainda em vigor, com algumas alterações feitas por diversas leis e decretos posteriores.*

A elaboração d'este codigo representa um importante serviço prestado ao país; e considerado em relação ao tempo da sua publicação, e ao estado da nossa legislação naquella epocha o nosso codigo civil deve ser considerado entre os melhores.

Os progressos da sciencia juridica nos ultimos quarenta annos, e a transformação das condições da nossa vida civil, tornam actualmente necessaria a revisão legislativa de alguns dos seus capitulos; mas a grande maioria das suas disposições permanecerá ainda por largos annos, pois não se lhe avantaça a doutrina dos mais recentes codigos estrangeiros, nem as reclamações da jurisprudencia affectam substancialmente a sua orientação.

134 Tentativas de codificação do nosso direito civil. Ha largos annos se fazia sentir em Portugal a falta d'um codigo civil.

As velhas *ordenações do Reino*, construidas sobre ideias d'outros tempos, não correspondiam ás necessidades da vida nacional; e a variedade e disparidade da legislação avulsa, em parte obliterada pelo ascendente notavel do direito romano e canonico, ou substituida pelos mais contradictorios e imprecisos usos e costumes, que, no dizer de POMBAL, muitas vezes não passavam de verdadeiras corruptellas, tornaram de tal modo incerto o direito, que os proprios jurisconsultos, em suas obras, não poucas vezes se arvoravam em legisladores, acostados ao renome e auctoridade dos modernos codigos estrangeiros.

Já os procuradores dos concelhos requeriam, nas côrtes de Lisboa de 1641, um novo codigo civil; mas debalde o fizeram, porque D. João IV mandava guardar em 29 de janeiro de 1643, as *ordenações do reino*, «emquanto as circumstancias da guerra não permittiam cuidar de uma nova recopilação», que, aliás, não chegou a fazer-se.

As leis extravagantes succediam-se, e com ellas augmentava a confusão e a incerteza do direito. No intuito de lhe pôr termo criou-se em 1778 uma commissão de jurisconsultos, encarregada de examinar as leis extra-

vagantes e coordenar um novo codigo, cujos trabalhos não chegaram, todavia, a ser aproveitados.

Por aviso de 22 de março de 1783 foi PASCOAL JOSÉ DE MELLO, um dos nossos maiores jurisconsultos, encarregado por sua vez de reformar os livros 4.º e 5.º das *ordenações*, sendo os seus trabalhos entregues a uma commissão, para os rever; mas ficaram egualmente perdidos para a legislação nacional.

Em 8 de fevereiro de 1821 era apresentado em côrtes um projecto de lei, tendente a promover a elaboração do ambicionado codigo: e em 27 de agosto do anno seguinte foi votado o premio de 12:000\$000 réis e uma medalha de honra ao auctor do *projecto* que as côrtes approvassem.

A Carta Constitucional veio de novo prometter aos portuguezes um codigo civil; e por decreto de 25 de abril de 1835 novamente se offerecia um premio a quem organisasse o seu projecto.

Tudo debalde!

Só em 1850, por decreto de 8 de agosto, foi ANTONIO LUIZ DE SEABRA encarregado de elaborar o projecto do codigo civil, o qual seria examinado tambem por uma commissão encarregada de dar sobre elle o seu parecer.

Esta commissão, que era composta dos Drs. VICENTE FERRER NETTO PAIVA, MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA e DOMINGOS JOSÉ DE SOUSA MAGALHÃES, reuniu por diversas vezes em Coimbra, no anno de 1850, discutindo em diversas sessões o plano geral do projecto, e um quadro das materias conformes a esse plano, revendo 490 artigos; mas os seus trabalhos foram interrompidos, resolvendo ANTONIO LUIZ DE SEABRA elaborar sosinho o projecto, apresentando-o á revisão depois de completo ¹.

¹ COELHO DA ROCHA falleceu antes de iniciados os trabalhos da commissão

Cinco annos depois, em sessão da camara dos deputados de 22 de junho de 1855, apresentava elle, com effeito, a primeira parte do projecto, relativa ao *estado das pessoas*, comprehendendo 14 titulos e 381 artigos; e tres annos passados, apresentava ao governo, ja completo, o chamado *Projecto primitivo*, para cujo exame e revisão foram aggregados á antiga commissão os seguintes jurisconsultos:

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 FILIPPE DE SOURE;

JOAQUIM JOSÉ DA COSTA CIMAS;

LEVY MARIA JORDÃO;

RODRIGO NOGUEIRA SOARES;

VICENTE FERREIRA SOARES;

JOSÉ ANTONIO FERREIRA LIMA;

JOSÉ JULIO DE OLIVEIRA PINTO.

Iniciou esta commissão os seus trabalhos em 9 de março de 1860; e pela ultima vez se reuniu em 30 de agosto de 1865, dando por finda a sua missão, e nomeando uma sub-commissão, composta por SEABRA, VICENTE FERRER, ALEXANDRE HERCULANO, e JOSÉ JULIO DE OLIVEIRA PINTO, para darem ao *Projecto do codigo* a redação definitiva¹.

¹ Foram seis as edições do *projecto* do codigo civil, dadas á publicidade, tres pelo VISCONDE DE SEABRA, e as restantes pela *Commissão Revisora*. A primeira, que apenas abrangia a 1.ª parte, foi impressa em Lisboa, na Imprensa Nacional,

Com essa redação foi presente ao Parlamento; e não obstante a importancia d'um tal projecto de lei, foi discu-

em 1857 sob o titulo de *Projecto do codigo civil portuguez*; a segunda foi impressa em Coimbra, na Imprensa da Universidade, em 1858, sob o titulo de *Codigo Civil Portuguez, projecto redigido por ANTONIO LUIZ DE SEABRA*; a 3.ª, tem o mesmo titulo, com a indicação, na capa, de ser a 2.ª edição, e foi tambem impressa em Coimbra, no anno de 1859; a 4.ª foi impressa em Lisboa, na Imprensa Nacional, em 1863, com o titulo seguinte: *Codigo civil portuguez*, redigido por ANTONIO LUIZ DE SEABRA, e examinado pela respectiva *Commissão Revisora*; tendo indicado, em notas, algumas resoluções d'esta commissão; a 5.ª, publicada em 1864, tem o mesmo titulo, e a indicação de que é 2.ª edição; e o ultimo projecto, publicado em 1865, tem o titulo de *Codigo Civil Portuguez*.

Em 1869 foram publicadas as *Actas das sessões da Commissão Revisora*, onde resumidamente se indicam as principaes alterações introduzidas nos projectos, sobre os quaes a revisão ia sendo feita, mas geralmente sem indicação das razões que as determinavam. As diversas edições do projecto, feitas pela commissão revisora, correspondem ás revisões, que iam sendo feitas, a primeira das quaes foi baseada sobre o projecto de 1859, e abrange no volume das *Actas* as primeiras 370 paginas, a segunda, baseada no projecto de 1863, de paginas 371 a 505, e a terceira, baseada no projecto de 1864, começa em paginas 507.

Os trabalhos publicados sobre a reforma do codigo, analysando e criticando a orientação geral, ou disposições particulares do projecto, e que alguma luz fornecem para o entendimento das disposições do nosso codigo civil, são os seguintes:

ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO, *Observações sobre a 1.ª parte do Projecto do codigo civil portuguez*, 1857.

ANTONIO LUIZ DE SEABRA, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho — Trabalho sobre a 1.ª parte do Projecto do codigo civil portuguez*, 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, *Nota apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do codigo civil portuguez*, 1859.

SEABRA, *Novissima apostilla em resposta á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projecto do codigo civil portuguez*, 1859.

VICENTE FERRER NETTO PAIVA, *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do codigo civil*, do sr. Antonio Luiz de Seabra, 1859.

SEABRA, *Resposta ás reflexões do sr. Dr. Vicente Ferrer Netto Paiva, sobre os sete primeiros titulos do Projecto do codigo civil portuguez*, 1859.

JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA, *Observações sobre o Projecto do codigo civil*, 1859.

tido e votado, na camara dos deputados, em duas sessões, e na camara dos Pares numa ¹!

Pela carta de lei de 1 de julho de 1867 foi este projecto convertido em lei do país, satisfazendo-se as aspirações e desejos de toda a nação, que pelos esforços já referidos bem mostrava em que preço tinha a codificação do seu direito civil.

155 Vigencia do codigo civil.

Pelo disposto no art. 2.º da citada lei de 1 de julho de 1867, que deu força legal ao projecto do codigo civil, que faz parte da mesma lei, começaram as disposições d'elle a ter vigor *em todo o continente do reino e nas ilhas adjacentes*, seis meses depois da sua publicação no *Diario de Lisboa*, que era, ao tempo, o jornal official do governo; ficando o governo auctorisado, pelo art. 9.º d'aquella lei, «a tornar o codigo civil extensivo *às provincias ultramarinas*, ouvidas as estações competentes, e fazendo-lhe as modificações que as circunstancias especiaes das mesmas provincias exigissem.»

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

PAES DA SILVA, *Notas 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).

Sobre as principaes alterações feitas pelo codigo no antigo direito português veja MORAES CARVALHO, *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo codigo civil português na legislação anterior*. Conf. DR. LOPES PRAÇA, *Estudos sobre o codigo civil*, 1871.

¹ O Projecto do codigo foi apresentado na camara dos Deputados na sessão de 1866; o parecer da respectiva commissão foi apresentado pelo relator, conselheiro JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, na sessão de 21 de julho de 1867, sendo discutido nessa e na immediata.

O parecer da commissão da camara dos Pares foi apresentado em sessão de 26 de junho seguinte, e nessa mesma sessão approved. (Conf. *Diario de Lisboa*, de 1867, n.ºs 145, 146, 147 e 148).

A publicação do codigo no *Diario de Lisboa*, concluiu-se em 21 de setembro de 1867, começando, por isso, o codigo a vigorar em 22 de março de 1868, excepto naquellas disposições, cuja execução dependia absolutamente da existencia de repartições publicas ou de outras instituições, que ainda não estavam creadas, pois o art. 4.º da citada lei deixou a força obrigatoria de taes disposições dependente do funcionamento das referidas instituições.

Quanto aos nossos dominios ultramarinos, o decreto de 18 de novembro de 1867, em que o governo usou da auctorisação que o art. 9.º da lei de 1 de julho de 1867 lhe conferiu, fixou para a vigencia do codigo o dia 1 de julho de 1870, introduzindo-lhe, porem, varias modificações, que constam dos artt. 3.º a 8.º do mesmo decreto.

Usou, pois, o legislador do *methodo synchronico*, a que anteriormente nos referimos¹, para fixar a vigencia do codigo civil; e tomando em consideração a importancia, extensão e difficuldade de estudar as suas disposições, deixou um largo periodo entre a publicação e o dia em que começou a ter vigor.

Este facto deu ensejo a que em muitos logares se aproveitasse este lapso de tempo para evitar os effeitos da sua applicação em materias, que pela anterior legislação tinham muito diversa disciplina juridica. A nossa pratica forense tem nos feito conhecer especialmente escripturas de emprazamento, e nomeação de prazos, feitos naquelle intervallo, com o proposito claro de subtrahir ao regimen da lei nova muitas propriedades, que pelas disposições transitorias do codigo civil continuaram sujeitas á legislação anterior, a qual pela disposição expressa do art. 5.º da

¹ Supra, 44.

lei de 1 de julho de 1867 ficou revogada, assim como *toda a restante legislação que recahia nos materiaes abrangidas pelo mesmo código, quer essa legislação fosse geral, quer fosse especial.*

Não deve, porém, entender-se que esta disposição da lei attinja toda a legislação anterior ao código, de qualquer natureza que ella seja, mas somente a legislação referente a *materia civil*, como expressamente se declarou no citado decreto de 18 de novembro de 1869, que mandou applicar o código ás provincias ultramarinas, cujo art. 8.º é concebido nestes termos: «desde que principiar a vigorar o código civil ficará revogada toda a legislação anterior que recahir nas *materias civis*, que o mesmo código abrange.»

Esta disposição, assim redigida, tendia claramente a evitar nas provincias ultramarinas a reedição das duvidas levantadas no continente sobre a menos precisa redação do art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867, a qual tem de ser completada e entendida pela disposição do art. 3.º do cod., onde se indica o seu objecto especial ¹.

136 Alterações feitas no código civil. No intuito de aperfeiçoar o código civil, e para evitar a dispersão dos preceitos legais sobre materia civil, dispôs o art. 7.º da citada lei de 1 de julho de 1867 o seguinte:

«Uma comissão de juriseconsultos será encarregada pelo governo, durante os primeiros cinco annos da execução do código civil, de receber todas as representações, relatorios dos tribu-

¹ Conf. DIAS FERREIRA, *obr. cit.* l. 11.

naes e quaesquer observações relativamente ao melhoramento do mesmo código, e á solução das difficuldades que possam dar-se na execução d'elle. Esta comissão proporá ao governo quaesquer providencias, que para o indicado fim lhe pareçam necessarias ou convenientes».

Os desejos do legislador, porém, não alcançaram realisação pratica, porque nada consta sobre os trabalhos d'esta comissão, que provavelmente serviu apenas, como tantas outras comissões officiaes nossas, para desviar os funcionarios publicos do exercicio das suas funções, sem vantagem alguma para a nação, e só em proveito pessoal dos nomeados.

E sem applicação ficou tambem, até hoje, a disposição do art. 6.º da citada lei de 1 de julho de 1867, onde se determina que «*toda a modificação no direito, que de futuro se fizer sobre materia contida no código civil, será considerada como fazendo parte d'elle, e inserida no logar proprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela suppressão de artigos inuteis, ou pelo addicionamento dos que forem necessarios*»; pois não obstante as muitas alterações feitas no código civil por diplomas diversos, que serão indicados no seu devido logar, nenhuma edição official se publicou, nem ao parlamento foi apresentada qualquer proposta tendente ao indicado fim.

Nalgumas edições particulares do código civil apparecem, em *appendice*, alguns diplomas, que regularam, modificaram ou revogaram disposições do mesmo código; mas nenhuma conhecemos que possa considerar-se completa.

Tambem o fallecido professor da Faculdade de Direito, DR. SANCHES DA GAMA, que foi nosso Mestre na cadeira de Direito Civil do 2.º anno juridico, fez publicar na Imprensa da Universidade, em 1891, uma collecção de leis

subordinada ao titulo de *Legislação complementar do código civil português*, que é de grande utilidade, mas não encerra todos os documentos legais, que deveria conter.

Seria, por isso, de incontestavel vantagem que se fizesse a revisão do código civil, não só para introduzir nas disposições vigentes as modificações que o estado social na actualidade reclama, mas ainda para codificar todos os preceitos legais, que andam dispersos pelos alludidos diplomas.

137 **Apreciação geral do código.**

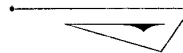
Os principaes defeitos que podem ser apontados ao nosso código civil são os seguintes :

- 1.º — abundancia desnecessaria de preceitos doutrinarios ;
- 2.º — algumas incoherencias na distribuição das materias ;
- 3.º — falta de precisão e clareza na redacção de muitos preceitos ;
- 4.º — contradição entre alguns dos seus artigos ;
- 5.º — ser demasiadamente individualista.

Não devemos, porem, esquecer, que alguns dos defeitos apontados são communs a todos os códigos existentes ; outros, como o indicado em quarto lugar, deriváram em grande parte dos trabalhos de revisão, a que o mesmo foi sujeito, por não ter havido o cuidado de harmonisar com algumas das alterações feitas pela commissão revisora, preceitos que o auctor do projecto tinha estabelecido com diversa orientação ; e que o facto de ser moldado todo o código num criterio individualista não é para extranhar em obra feita para reger um país onde as mesmas ideias

ao tempo predominavam, e predominam ainda, apesar dos progressos já realizados pela chamada *legislação social*, e á incerteza que ainda paira sobre as reclamações, mais criticas do que organicas, do socialismo moderno.

Com todos os seus defeitos, que algumas leis posteriores ainda teem aggravado, o nosso código civil é justamente considerado um dos mais perfectos que existem.



INDICE

INDICE

CAPITULO I

Do direito em geral e das suas diversas especies

	Pag.
§ 1.º — Noções de direito e de obrigação	1
1. — Normas geraes de conducta social	2
2. — Origem e caracteres especificos do direito	3
3. — Relações do direito com as outras normas sociaes	5
4. — O direito e a moral	6
5. — Intervenção do Estado na constituição do di- reito	8
6. — Direito subjectivo e obrigação.	11
§ 2.º — Direito publico e direito privado	13
7. — Importancia d'esta divisão do direito	15
8. — Os criterios da classificação	17
§ 3.º — Subdivisões do direito publico	19
9. — Relações do direito publico com o direito pri- vado	21
10. — O processo, a acção e a defesa pessoal.	23

	Pag.
§ 4.º — Subdivisões do direito privado	25
11. — Unidade do direito privado	26
12. — Actos civis e actos de commercio	32
§ 5.º — Divisões do direito subjectivo	34
13. — Importancia relativa d'estas classificações	35
§ 6.º — Direitos originarios e adquiridos	38
14. — Direito de existencia	39
15. — Direito de liberdade e direito de associação	40
16. — Direito de apropriação	43
17. — Direito de defesa	45
18. — Relações entre direitos originarios e adquiridos	47
§ 7.º — Direitos reaes e pessoaes	49
19. — Natureza do direito real	50
20. — Natureza do direito pessoal ou de credito	54
21. — Confronto dos direitos reaes e pessoaes	57

CAPITULO II

Das fontes do direito

§ 8.º — Noção de fontes do direito	63
22. — Fontes do direito objectivo e subjectivo	64
23. — Fontes dos direitos civis segundo o nosso co- digo	65
24. — Outras fontes do direito	68
§ 9.º — O costume	68

	Pag.
25. — Valor actual do costume	69
26. — Diversas especies de usos e costumes	73
27. — Relações entre o costume e a lei; prova do costume	75
§ 10.º — Doutrina e jurisprudencia	79
28. — Importancia da doutrina e da jurisprudencia	79
29. — A jurisprudencia e o costume	82
§ 11.º — Noção e partes componentes da lei	84
30. — Função legislativa e função regulamentar	86
31. — Normas legais e illegaes; fiscalisação judicial	90
32. — Formação, promulgação e publicação das leis	92
33. — Outras publicações das leis	99
§ 12.º — Classificação das leis	101
34. — Natureza das leis interpretativas	102
35. — Leis prohibitivas e leis imperativas	104
36. — Leis facultativas	107
37. — Leis directivas	109
38. — Leis declarativas ou suppletivas	110
39. — Leis geraes, especies e excepçoes	111
40. — Relações entre a lei geral e a especial	112
41. — Relações entre a lei geral e a excepçoes	113
42. — Comparação da lei especial com a excepçoes	114
§ 13.º — Leis de ordem publica e de interesse privado	115
43. — Fundamento e difficuldade da classificação	117
§ 14.º — Vigencia das leis	121
44. — Methodo synchronico e methodo successivo	121

	Pag.
45. — Termo da força obrigatoria das leis	124
46. — O desuso da lei, e a cessação dos seus mo- tivos	128
47. — Vigencia das leis revogatorias e suspensivas	129
48. — Leis simultaneas e successivas	130
 § 15.º — Direito transitorio ou intertemporal	132
 49. — Indicação do problema	134
50. — Factos e relações juridicas intertemporae. .	134
 § 16.º — Retroactividade e não retroactividade das leis.	137
 51. — Theorias subjectivas	138
52. — Theorias objectivas	143
53. — Critica da doutrina exposta	147
54. — A minha theoria	149
55. — Retroactividade das leis interpretativas. . .	154
56. — Diferenças entre as leis dispositivas e inter- pretativas	157
57. — Character da regra da não retroactividade . .	161

CAPITULO III

Da interpretação e applicação das leis civis

§ 17.º — Função especifica do poder judicial	163
 58. — Julgamento necessario das questões	163
59. — Modalidades do julgamento.	165
 § 18.º — Interpretação; suas especies.	167
 60. — A função do interprete	168
61. — Necessidade de interpretar todas as leis . .	171

	Pag.
 62. — Relações entre as diversas especies de inter- pretação	173
63. — Interpretação grammatical e logica	178
64. — Regras tradicionaes de interpretação . . .	182
65. — Especies de interpretação logica	188
 § 19.º — Direito civil subsidiario	190
 66. — Diversidade de criterios legais	190
67. — A equidade	193
68. — A analogia; suas especies	193
69. — O direito romano e estrangeiro	196
70. — O direito canonico.	197
 § 20.º — Regras particulares da applicação das leis civis	198
 71. — Importancia d'estas regras	199
 § 21.º — O principio da egualdade da lei	200
 72. — Egnaldade e desigualdade juridica	200
73. — A desigualdade humana e a egualdade juridica	202
 § 22.º — O principio da legitimidade dos meios indis- pensaveis para o exercicio dos direitos	210
 74. — Alcanee e applicações da primeira regra . .	210
75. — Alcanec e applicações da segunda regra . .	212
 § 23.º — O principio da conciliação de direitos e inte- resses oppostos	214
 76. — Alcanee e applicação d'estas regras	214

CAPITULO IV

Das cousas e suas espécies

	Pag.
§ 24.º — Significados da palavra coisa	217
77. — Função jurídica das cousas	217
78. — A definição legal de coisa	219
79. — Cousas no sentido proprio	220
80. — Coisa no sentido restricto	221
81. — Relação entre coisa e bens.	222
§ 25.º — Classificação das cousas	223
82. — Classificações legais e doutrinaes	224
§ 26.º — Cousas corporeas e incorporeas	225
83. — Importancia d'esta classificação	225
§ 27.º — Cousas consumiveis e não-consumiveis	227
84. — Modalidades do consumo da coisa	228
§ 28.º — Cousas fungiveis e não-fungiveis	230
85. — A intenção das partes e a fungibilidade das cousas	231
86. — Diferença entre coisa consumivel e coisa fun- givel	234
§ 29.º — Cousas divisiveis e indivisiveis	237
87. — Especies da divisibilidade	237

	Pag.
§ 30.º — Cousas principaes e accessorias	240
88. — Diversas especies de accessorios	240
§ 31.º — Cousas appropriadas e nullius	243
89. — Especies de cousas nullius	243
§ 32.º — Cousas no commercio e fóra do commercio	244
90. — Especies de cousas fóra do commercio	244
91. — Critica da doutrina do codigo	245
92. — Cousas fóra do commercio por disposição da lei	247
93. — Commercialidade das cousas incorporeas	249
§ 33.º — Cousas moveis e immoveis	250
94. — Importancia da classificação	251
95. — Confronto do nosso codigo civil com o francês	254
96. — O systema do nosso codigo civil	258
97. — Determinação legal das cousas moveis	263
98. — Cousas mobiliarias e immobiliarias	265
99. — Critica das definições do artigo 377.º	268
100. — Moveis de tal casa ou predio	271
§ 34.º — Immoveis por natureza e mediante a acção do homem	276
101. — Significados da palavra predio.	277
102. — Definição de predio rustico.	280
103. — Definição de predio urbano.	281
104. — Incorporação no solo; suas especies	286
§ 35.º — Immoveis por disposição da lei	289
105. — Character geral e commun d'estes immoveis	290

	Pag.
106. — Productos e fructos	292
107. — Productos moveis e immoveis	294
108. — Partes integrantes e partes componentes	299
109. — Immoveis por destino	303
110. — Caracteres essenciaes das partes integrantes	306
111. — Desincorporação das partes integrantes	307
112. — Direitos mobiliarios e immobiliarios	309
113. — Natureza da hypotheca	312
114. — Fundos públicos immobilisados	315
115. — Immobilisações por lei especial	320
 § 36.º — Cousas moveis; suas especies	320
116. — Definição de cousas moveis	321
 § 37.º — Cousas publicas, commons e particulares	322
117. — Direito comparado	323
118. — Bases da classificação	326
119. — Propriedade das cousas publicas e commons	328
 § 38.º — Causas públicas: noção e especies	336
120. — Uso público e serviço público	338
121. — Regulamentação do uso público	341
122. — Enumeração exemplificativa das cousas publicas	343
 § 39.º — Causas commons: noção e especies	344
123. — Diferenças entre cousas publicas e commons	346
 § 40.º — Causas particulares: sua noção	350
124. — Relações entre as cousas particulares, publicas e commons	351

	Pag.
§ 41.º — Noção de patrimonio	353
125. — Conteúdo do patrimonio	354
 CAPITULO V	
 Da codificação	
 § 42.º — Noção e valor da codificação	359
126. — Utilidade da codificação	360
 § 43.º — Systêmas de codificação	363
127. — Indicação dos principaes systêmas	364
128. — Systema romano das Institutas; Suas variantes	365
129. — Systema do codigo francês	368
130. — Systema baseado na classificação dos direitos ou das obrigações; systema germanico	370
131. — Systema das categorias de relações jurídicas do individuo	373
132. — Systema baseado no objecto dos direitos	373
133. — Systema derivado da propria vida juridica do sujeito do direito	375
 § 44.º — O Codigo Civil português	377
134. — Tentativas de codificação do nosso direito civil	378
135. — Vigencia do codigo civil	382
136. — Alterações feitas no codigo civil	384
137. — Appreciação geral do codigo	386

