ESTUDO

SOBRE O ARTIGO XVI

DO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

E

ESPECIALMENTE

SOBRE O

DIREITO SUBSIDIARIO CIVIL PORTUGUEZ

DISSERTAÇÃO

DE CONCURSO A UMA DAS SUBSTITUIÇÕES NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PELO

Dr. Manuel de Oliveira Chaves e Castro

COIMBRA

Imprensa da Universidade

1871

ADVERTENCIA

O regulamento de 22 de agosto de 1866 para o concurso aos logares do magisterio superior, no artigo 11.º, exige que os concorrentes apresentem uma dissertação impressa sobre materia livremente escolhida por elles entre as questões mais importantes das sciencias ensinadas nas faculdades, que os mesmos se propõem professar.

Apresentando-nos como concorrente a uma das quatro substituições ordinarias vagas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e tendo sido admittido ao concurso, tractámos de satisfazer áquella disposição regulamentar.

Pareceu-nos que de todos os ramos de Direito professados na respectiva Faculdade a nenhum actualmente cabe mais importancia e interesse do que ao direito civil portuguez. A novidade de muitas disposições do Codigo civil, a escacez de tempo para o estudar e applicar praticamente, e a falta da clareza necessaria em muitas de suas disposições, devida por-

ventura ao numero e á diversidade dos membros das Commissões encarregadas da revisão, e principalmente a falta do Codigo de processo civil que o esclareça e complete, fazem que o direito civil portuguez se ache ainda envolvido em densas trevas.

Devem pois ter-se como bem vindos quaesquer escriptos que tendam a esclarecel-o; e a todas as pessoas que cultivam a jurisprudencia cumpre dirigir seus esforços para este fim.

Influido por estas considerações resolvemos desde logo escolher para objecto da nossa dissertação um texto do Codigo civil portuguez de immediata applicação pratica, e que exigisse maior esclarecimento.

Pareceu-nos que se achava neste caso o artigo **16.º** do Codigo, e por isso o preferimos.

E como, para bem comprehender as disposições do Codigo civil portuguez, seja de razão começar pelo estudo das regras que hão de ensinar a interpretal-o, julgámos que muito a proposito vem agora este nosso escripto.

Cremos porem que os nossos desejos não foram realizados. Por um lado a escacez do tempo, e a multiplicidade de trabalhos variados que pesam sobre nós, e pelo outro a difficuldade da materia, e a falta dos necessarios recursos, não nos permittiram dar ao nosso trabalho a execução que haviamos planeado.

Ainda assim procurámos intender bem o pensamento do legislador, e esclarecer o conteúdo do referido artigo 16.º do Codigo civil portuguez.

A discussão oral a que este nosso escripto ha de ser submettido perante a douta e illustrada Faculdade de Direito poderá supprir as lacunas e esclarecer alguns pontos duvidosos que se encontrem nelle.

CAPITULO I

Idêas geraes sobre a necessidade do direito positivo e da codificação

Summario.— Necessidade do direito positivo.— Necessidade e utilidade da codificação.— Argumentos da escola historica contra a codificação.— Refutação destes argumentos.— Razão por que nos Codigos ha casos omissos.

1 O homem destinado a viver no estado social recebeu do Creador não só a faculdade da consciencia, tribunal imparcial e incorruptivel, que julga do merito ou demerito das acções de cada um, senão tambem os principios do bem e do justo que o levam á pratica da virtude e á realisação da justiça.

Aquella faculdade guiada por estes principios produziria a harmonia e o bem estar social, se todos os homens fossem bastante esclarecidos para os comprehender e desapaixonados para os abraçar.

Não acontece porem sempre assim. Homens ha em que os principios do bem e do justo mal apparecem atravez das sombras do obscurantismo; e ha outros que, não obstante serem assaz esclarecidos, suffocam a voz da consciencia, e desprezam as intimações da razão, entregando-se ás paixões as mais desordenadas.

Para esclarecer aquelles acerca de seus direitos e obrigações, e coagir estes ao exacto cumprimento de seus deveres, é principalmente necessario que se formulem regras geraes e fixas, que todos conheçam, e que os tribunaes appliquem aos casos occorrentes.

Só dest'arte pode o estado social conformar-se á natureza humana, e produzir o desenvolvimento progressivo e harmonico da personalidade do homem; que é o seu verdadeiro fim.

Estas regras, quando formuladas ou auctorisadas tacitamente pelo poder legislativo, constituem o que propriamente se chama *direito positivo*.

2 Mas este direito não apparece em uma determinada nação do mesmo modo que outr'ora o Decalogo foi dado aos Hebreus no alto do Sinai. Manifesta-se logo na infancia dos povos, e vai-se desenvolvendo successiva e gradualmente em suas idèas, habitos e costumes, e variando com suas instituições politicas, necessidades, tendencias, caracter, indole, clima e progresso da civilisação; e em parte existe na tradição, nos usos e costumes, e em parte está reduzido a escripto segundo as exigencias sociaes e politicas.

D'aqui resulta que o direito positivo de certo povo chega a ser em uma dada occasião, permitta-se-nos a frase, amalgama de direito escripto e consuetudinario, e miscellanea de leis, confeccionadas por legisladores com fins e vistas especiaes, em epocas diversas e em presença de necessidades differentes e ás vezes oppostas, e destinadas a satisfazer, não raro, as exigencias de uma provincia, de uma cidade, de uma classe e até de um só individuo com prejuizo da maioria dos cidadãos. Acontece então que um povo é regido por tantas leis diversas e até oppostas, quantas as provincias e as classes sociaes que o constituem; donde provem a desegualdade de direitos e obrigações entre os membros da mesma nação, e a difficuldade ou antes impossibilidade de conhecer a lei para a seguir ou applicar.

Deste estado cahotico da legislação civil offerece-nos exemplo a França antes da revolução sempre memoravel de 1789. Naquelle paiz havia provincias regidas pelo direito escripto e outras pelo direito consuetudinario; e não poucas vezes acontecia serem as leis e os regimentos de uma provincia inteiramente diversos dos da outra [1].

[1] Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, e *Questions de droit*, verbo — *coutume*.

Tambem nos fornecem exemplo a Inglaterra e a Hespanha.

Aquella, tributando respeito sagrado ás suas antigas leis e tradições, ainda hoje se regula pelo velho direito normando, salva uma ou outra modificação conquistada pelos *bills* e *editos* do parlamento: esta actualmente é regida em parte por muitos cóstumes provinciaes (*fueros*), que divergem profundamente das leis por que se regem outras provincias. E por isso a confusão e desordem da legislação nestas duas nações é tão grande que os jurisconsultos hespanhoes confessam a impossibilidade de conhecer com exactidão suas leis; e Fortescue e Blakstone concordam em que as leis inglezas só com vinte annos de trabalho se podem conhecer soffrivelmente [1].

Portugal tambem não pôde resistir á marcha natural da vida dos povos; e ao lado de suas Ordenações conservou os antigos foraes e privilegios, que regulavam especialmente certas localidades, classes e individuos, em divergencia e opposição com as disposições das leis geraes e communs [2].

Mas os povos vão progredindo, e passando do estado de infancia para o de virilidade: por conseguinte colligir as leis dispersas e os costumes acceitaveis de sorte que formem um todo harmonico e systematico, redigido em termos precisos e claros, egualar os direitos e as obrigações de todos, e fazer nas leis e nos costumes as modificações exigidas pela razão, conveniencias sociaes e gráu de civilisação, constituem outras tantas necessidades que não podem nem devem ser preteridas [3]. Satisfazel-as é o que se chama *codificar*; e foi por isso que da revolução franceza surgiu o Codigo de Napoleão.

Estas simples considerações já por si demonstram a ne-

[1] Belime, *Philosophie du droit*, tomo 1.º, liv. 4.º, cap. 15.º, paginas 516 e seguintes.

[2] *Ordenações affonsinas*, prefação, paginas II; Ricardo Raymundo Nogueira, *Prelecções de direito patrio*, publicadas no *Instituto de Coimbra*, volume 12, paginas 103.

[3] Vide *Relatorio do Projecto do Codigo civil portuguez*, apresentado em Côrtes pelo ex.mo sr. Ministro dos negocios ecclesiasticos e de justiça, o sr. conselheiro Augusto Cesar Barjona de Freitas, publicado no *Diario de Lisboa* de 1865, n.º 255.

cessidade e utilidade da *codificação;* porem não omittiremos ainda outra de muito valor sob o respeito da vida politica dos povos.

Desde que são regidos todos os membros de uma nação pela mesma lei, que lhes eguala os direitos e os deveres, necessariamente se criam e firmam entre elles relações, que são garantia solida da sua autonomia nacional. A unidade de fins e interesses, protegida pelas mesmas leis, faz de todos os cidadãos um corpo unico, uma só pessoa, que sustenta firme a sua independencia. A publicação do Codigo civil francez não contribuiu pouco para a unificação da França; e com o mesmo intuito varios povos da Allemanha que se alliaram para derrotar Napoleão I, pretenderam organizar um Codigo que os regesse a todos.

3 A escola historica allemã, da qual é principal representante o erudito Savigny, tem-se opposto á tendencia para a codificação, manifestada em quasi todas as nações civilisadas. Segundo esta escola, o que fôr menos acceitavel no direito actual deve emendar-se por outros meios que não sejam os Codigos: sustenta que elles não tornam o direito mais certo e determinado, pois ficam ainda os casos omissos sujeitos á incerteza; accrescendo que os Codigos já promulgados, entre os quaes avultam os da Prussia, Austria e França, não são perfeitos e completos de maneira que possam imitar-se; e que finalmente a feitura de Codigos só poderia admittir-se quando a doutrina juridica estivesse estudada com perfeição, o que não se verifica na actualidade em que, no intender dos sectarios desta escola, a sciencia juridica está tão despresada. Acrescentam que actualmente devia, quando muito, fazer-se collecções de leis onde se reunissem os costumes e o direito escripto, mas não Codigos que divergem muito destas collecções.

4 Deste modo discorrendo contra a codificação, a escola historica é consequente em seus principios; pois, «atten-«dendo á variedade e opposição das instituições, usos e «costumes dos povos, e não procurando descobrir, atravez «dessa variedade, alguma cousa de absoluto e immutavel, «parece negar o direito abstracto e philosophico, susten-«tando que as instituições de um povo contêm já em ger-

«mem as modificações que depois soffrem no tempo; que «o legislador só deve intervir para as reconhecer e pro-«clamar na legislação positiva: e por consequencia que o «direito, como expressão do espirito nacional de um povo, «manifestando-se nos seus usos e costumes, e formando-se «*instinctivamente* como a sua lingua, somente pela *histo-«ria* pode ser conhecido [1]».

E em verdade, a escola historica tem razão emquanto se limita a estudar as manifestações reaes do direito nas instituições dos povos em seu encadeamento providencial, e emquanto tracta de indicar o progresso e as fontes do direito e as vicissitudes por que têm passado as instituições juridicas, e emquanto reputa a sociedade um *organismo*, e não um *mechanismo*, formado da união de forças de seus membros, e conservado por meio de leis de convenção; é porem exagerada em suas pretensões quando despreza a philosophia, e confia na creação quasi instinctiva das instituições; e preoccupada com o passado e não dando regras para o presente e para o futuro, retarda consideravelmente o movimento da sciencia sem procurar fazer melhor a vida da humanidade [2].

Pelo que respeita á codificação, não vemos como, segundo pretende a dicta escola, possam emendar-se os defeitos do direito positivo por outros meios que não sejam os Codigos. A codificação é o verdadeiro meio de alliar com os principios da razão o direito espontaneamente manifestado pelos usos e costumes dos povos; determina os direitos e as obrigações de cada um, reduzindo tudo a regras geraes e fixas; e obsta aos abusos e ao arbitrio dos tribunaes, regulando e simplificando suas funcções, proporcionando a todos o conhecimento do direito, e ministrando aos julgadores recursos para supprirem os casos omissos.

A imperfeição dos Codigos (qualidade inherente ás obras

[1] Ex.mo sr. dr. J. Maria Rodrigues de Brito, *Philosophia de direito*, § 251; Ahrens, *Philosophie du droit, introduction*, § 2.º, paginas 60 da 5.ª edição.

[2] Den Tex, *Encyclopedia jurisprudentiae*, § 518 e seguintes; Ahrens, *Philosophie du droit, introduction*, § 2.º, paginas 66 da 5.ª edição.

do homem) não prova contra a sua necessidade e utilidade, sendo que os actualmente existentes, e que regem as nações civilisadas, se não attingem completamente o seu fim no estado presente da humanidade, têm pelo menos incontestaveis vantagens sobre o systema opposto, que opta por simples collecções de leis, não só deficientes, mas até destituidas de um principio superior e fundamental a que suas disposições se sobordinem methodicamente. Nenhum Codigo é o termo da legislação de certo povo, antes deve ser reformado sempre que as necessidades sociaes o exijam. O estado social deriva necessariamente da combinação de factos de trez especies: *factos moraes, factos politicos e factos economicos*. Quando nestes elementos constitutivos do Estado se dér uma grande perturbação, faz-se necessaria a reforma analoga e immediata do direito geral [1].

Reservar a feitura dos Codigos para quando a doutrina juridica estiver perfeitamente estudada seria aguardar o impossivel, porque tal perfeição jámais poderá obtel-a o homem, finito e limitado em suas obras, e que não tem nem pode ter algum termo conhecido no desenvolvimento progressivo e harmonico de sua personalidade.

Finalmente a codificação é uma das necessidades sociaes dos povos regularmente constituidos a que é força satisfazer, como se mostra da historia do direito romano, do da edade media, e até do dos nossos mesmos dias [2]. As leis das doze taboas, o Edicto Perpetuo, os Codigos Theodosiano, Justinianeu e Wisigothico, a Lei Salica, as Sete Partidas, as Ordenações affonsinas, manuelinas e philipinas, e os Codigos das modernas nações da Europa confirmam o que deixamos dicto. Se o legislador não satisfaz a esta necessidade, vêm os tractados particulares supprir, com mais imperfeição que os Codigos, a deficiencia da auctoridade publica.

A codificação pois, em nosso intender, é um facto neces-

[1] Vide *Relatorio do Projecto do Codigo civil portuguez*, já acima citado; Portalis, *Revue de legislation*, 1837, tomo VII, pag. 202; Maurice Block, *Dictionnaire général de la politique*, verbis — *Code, codification*.

[2] É digna de ler-se a este respeito a excellente obra de Meyer, *De la codification*, 1.ª e 3.ª cartas, paginas 24, 124 e seguintes.

sario na vida dos povos, e que denota certo gráu de adiantamento no caminho da civilisação; e que, firmando o imperio da razão e da justiça, promove a consecução do fim do homem no meio social.

5 Os Codigos porem não são collecções de leis, nem tractados de doutrina; são um complexo de disposições geraes, feitas com systema e methodo, abrangendo em sua generalidade a maior parte dos casos que occorrem na vida pratica; todavia as relações sociaes são tão variadas e complexas que muitas hypotheses occorrentes não se acham previstas pelo legislador; donde resulta haver nos Codigos *casos omissos.*

Para evitar que os tribunaes deixem de administrar justiça por este motivo é que os Codigos dos differentes paizes indicam os subsidios, a que o julgador deva recorrer para a decisão dos casos omissos.

Este assumpto pede pela sua importancia que lhe destinemos um capitulo especial.

CAPITULO II

Subsidios a que os differentes Codigos mandam recorrer para a resolução dos casos omissos

Summario. — Subsidios a que os Codigos das nações estrangeiras mandam recorrer para a resolução dos casos omissos. — Analyse critica de cada um destes principios.— Da equidade.— Do direito natural.— Do direito romano. — Dos Codigos dos outros paizes. — Dos principios geraes de direito, e preferencia deste subsidio sobre todos os outros para a resolução dos casos omissos.—O que são os *principios geraes de direito*, e suas categorias.

6 A diversos subsidios têm recorrido os Codigos das nações estrangeiras para supprir os casos omissos: pela impossibilidade de os examinar todos em seus variadissimos matizes bastará indicar só os principaes [1].

O Codigo do Cantão de Fribourg, providenciando sobre os casos omissos, diz no artigo 8.º: «Les cas qui ne trou-«vent pas leur solution dans le texte, ni dans l'esprit, ni «dans le système général des lois de ce canton, sont déci-«dés d'après les règles de *l'équité*.»

Concordam com este Codigo o da Servia, no artigo 10.º, e o da Louisiana com algumas modificações, pois no artigo 21.º manda que «em materia de direito civil o juiz, «em falta de lei expressa, julgue conforme a *equidade;* «devendo, para decidir segundo ella, recorrer ao direito «natural, á razão e aos usos admittidos.»

[1] Como não podémos obter em sua propria lingua todos os Codigos a que nos referimos neste nosso escripto, aproveitámo-nos da sua traducção feita em francez por **M. Anthoine de Saint-Joseph**, *Concordance entre les codes civils étrangers.*

O Codigo de Napoleão, no artigo 4.º, não apresenta um subsidio certo e determinado, a que o interprete recorra nos casos omissos, e limita-se a prohibir que os julgadores recusem julgar, sob pretexto de silencio, obscuridade ou insufficiencia da lei; todavia os commentadores deste Codigo intendem que a *equidade* é o verdadeiro subsidio para a resolução dos casos omissos [1].

Com o artigo 4.º do Codigo de Napoleão concordam o de Neuchatel no artigo 4.º, o da Bolivia no artigo 11.º, o do Haiti no artigo 8.º, o das Ilhas Ionicas no artigo 7.º, o de Modena no artigo 9.º, e o da Hollanda no artigo 12.º

Deste systema se afastou o Codigo da Austria que no artigo 7.º manda supprir os casos omissos, recorrendo-se aos *principios de direito natural*. «Si la loi n'est pas «applicable entièrement à un fait, le juge prend en con«sidération les cas analogues, les motifs, et à leur défaut, «les *principes du droit naturel* et les circonstances.»

O antigo Codigo da Sardenha adoptou os *principios geraes de direito* como subsidio para supprir os casos omissos, segundo se vê do artigo 5.º do titulo preliminar, que reza assim: «Si une question ne peut être résolue ni par le «texte, ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas «semblables que les lois auraient spécialement prévus, et «aux principes qui servent de fondement des lois analo«gues; si néanmoins la question est encore douteuse, on

[1] Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tomo 1.º, n.º 80, pagina 59; Demolombe, *Cours du Code Napoléon. Traité de la publication des lois*, n.º 115, pagina 138; Rogron, commentario ao artigo 4.º do Codigo de Napoleão; Delsol, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, tomo 1.º, pagina 504; Belime, *Philosophie du droit*, liv. 4.º, cap. 12.º, pagina 504.

No livro preliminar do Codigo de Napoleão, tit. V, art. 11.º (livro que foi depois supprimido) dizia-se: «Dans les matières ci«viles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre *d'équité*.»

D'aqui se vê que para os redactores deste Codigo a *equidade* é o verdadeiro subsidio para a resolução dos casos omissos.

Este mesmo pensamento se acha nos discursos de Portalis e Favre, oradores do governo e do tribunado na discussão do Codigo de Napoleão. (Vide estes discursos em Locré, tomo 1.º, pag. 159 e 318; e Maurice Block, *Dictionaire général de la politique*, verbis — *Code, codification*).

«aura recours aux *principes généraux du droit*, en prenant «en considération toutes les circonstances du fait.»

Disposições identicas se encontram no artigo 3.º das *Disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis*, que precedem o Codigo civil de Italia, approvado por decreto de 25 de junho de 1865; bem como no artigo 5.º do titulo preliminar do Codigo do Cantão de Valais.

Alem destes subsidios consignados nos Codigos citados para a resolução dos casos omissos, ainda encontramos outros em alguns Codigos. Assim o Codigo da Baviéra nos artigos 9.º, 10.º e 11.º manda recorrer ao direito romano. «*Les lois romaines* et féodales de la Lombardie seront ap«pliqués *in subsidium*.»

O Codigo do Tessino, no artigo 5.º, parece que tambem adopta o direito romano como subsidiario para os casos omissos.

Finalmente o Direito commum allemão no titulo preliminar, n.º V, manda, na falta de estatutos locaes, recorrer ou ao proprio direito commum, ou aos Codigos dos paizes que os tenham publicado, como se vê do seguinte: «Le «juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, «de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Il doit à cet «effet se conformer à la règle suivante, et consulter avant «tout les usages des lieux, ou les statuts locaux; à leur «défaut le droit particulier de la circonscription territoriale «ou de la province; en cas de silence de droit provincial, «il consultera soit les lois de l'Empire et le droit com«mun, soit les *codes généraux* dans les pays où ils ont «été publiés.»

Vê-se pois que os subsidios adoptados pelos differentes Codigos das nações cultas para a resolução dos casos omissos se reduzem aos seguintes: 1.º a equidade; 2.º o direito natural; 3.º o direito romano; 4.º os Codigos dos outros paizes; 5.º os principios geraes de direito.

Analysemos cada um destes subsidios, e vejamos qual delles poderá ser adoptado para supprir os casos omissos de um Codigo civil.

7 O primeiro inconveniente que ha em tomar a *equidade* como elemento subsidiario para a resolução dos casos omissos está na difficuldade ou antes impossibilidade de a definir.

O douto Correia Telles no seu *Discurso sobre a equidade*[1], depois de apresentar as definições dadas por Aristoteles, segundo o qual a equidade é «uma mitigação da lei «escripta, por causa das circumstancias que occorrem, em «respeito ás pessoas, ás cousas, aos logares, ou tempos»; e a de Grocio que a chama «uma virtude correctiva da- «quillo sobre que a lei nada dispoz, por causa da genera- «lidade das suas palavras»; e a de Wolfio que a qualifica de «virtude que nos inclina a dar a outrem aquillo que só im- «perfeitamente lhe é devido»; e a de Heinecio que a caracterisa como «uma virtude que faz o juiz mais propenso «para o partido, que mais concorda com a recta razão, com «a benignidade ou humanidade, se acaso as palavras da lei «são latas, e susceptiveis de uma interpretação restrictiva»; diz que a *equidade*, em sentido largo, *é o mesmo que o direito natural não escripto, isto é, não sanccionado por leis positivas;* e em sentido estricto, *é aquillo que a razão nos dicta ser justo, em consequencia de tal ou tal lei puramente positiva.*

Belime[2], reconhecendo tambem a difficuldade de dar uma definição de *equidade*, diz que ordinariamente se invoca a equidade, quando a lei positiva consagra uma injustiça, ou pelo menos não tem força para evital-a; mas, sob o ponto de vista philosophico, distingue-se do direito natural, e rigorosamente *consiste na differença entre a moral e o direito natural;* sendo por conseguinte mais exigente que o direito, mas não sanccionando tudo o que o direito au-

[1] Encontra-se no fim do *Commentario critico á lei da boa razão*, paginas 92 da edição de 1845, impressa em Lisboa.

[2] *Philosophie du droit*, liv. 4.°, cap. 12.°, paginas 502.

ctorisa. Confessa porem este escriptor que ordinariamente a equidade se contrapõe á lei positiva, e se confunde então com o direito natural.

O sr. Ferrer[1] confessa que á palavra—*equidade* liga cada philosopho e jurisconsulto a noção que lhe agrada, conforme o systema e as idêas que professa na sciencia de direito, sendo para alguns a equidade a regra amphibologica —*favores ampliandi, odiosa restringenda;* porem intende com Belime que a equidade é *o rigor do direito mitigado pelos principios da moral.*

Todavia não é esta a noção que o sabio auctor do Projecto do Codigo civil portuguez têm da palavra—*equidade,* pois, segundo elle, significa—*os principios de direito natural ou da boa razão a que se referia a lei de 18 de agosto de 1769 e os Estatutos da Universidade, liv. 3.º, tit. 5.º, cap. 2.º*[2]*;* concordando assim com o citado Correia Telles e Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ. port.,* § 10.º

Do que fica dicto vê-se que não ha accôrdo entre os escriptores e jurisconsultos acerca da noção de *equidade,* e conseguintemente não é possivel determinal-a por forma que se dê uma idêa exacta do definido.

Tal é o primeiro inconveniente que achamos em se tomar a equidade como subsidio para a resolução dos casos omissos.

Ora se não é possivel definir a *equidade,* como invocal-a para resolver os casos omissos em um Codigo? Não será isso lançar o interprete no vago e indefinido, e portanto abrir-lhe o caminho para a arbitrariedade? E não será depositar na mão do julgador corrompido uma arma de que se pode servir, sem risco de comprometter-se, para sacrificar a razão e a justiça? E quaes são as regras que tem o recto julgador para distinguir a verdadeira da falsa equidade?

É este o segundo inconveniente que nos offerece a *equidade,* sendo adoptada como subsidio para a resolução dos casos omissos.

[1] *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do Codigo civil portuguez,* paginas 58.

[2] *Resposta ás reflexões do sr. Vicente Ferrer Neto Paiva sobre os sete primeiros titulos do Projecto do Codigo civil portuguez,* paginas 50.

A este respeito faz Belime [1] as seguintes sensatas considerações: «Que perigos resultariam de se adoptar a *equi-*«*dade* como regulador unico do magistrado! Ha cousa mais «variavel e fluctuante do que esta pretendida regra? O que «um tribunal intende ser de equidade, pode a outro pare-«cer injusto. Quem poderia prever o resultado de um pleito «se fosse julgado sem textos de lei! As contendas pulula-«riam aos milhares desta confusa legislação do senso com-«mum, sendo que cada demandista descobriria sempre ra-«zões a allegar em seu favor. As sentenças proferidas, «poderia sempre suspeitar-se, que foram obra de capricho «ou de corrupção.»

Correia Telles diz tambem a este respeito o seguinte [2]: «E na verdade são mais temiveis os ministros afferrados á «ancora da equidade do que os rigorosos executores das «leis; porque da equidade ao arbitrio não ha senão um «passo, e este tão arriscado que só á força do estudo se «não erra: porem o ministro rigorista, então mesmo quando «parece desapiedado, pratica uma virtude annexa ao seu «officio que é sujeitar o seu proprio juizo ao da lei.»

Portanto a *equidade* labora em dois defeitos capitaes que são: 1.° não ser susceptivel de se definir por não haver accôrdo entre os escriptores acerca da sua natureza e da area que abrange; 2.° poder precipitar facilmente os tribunaes no campo do arbitrio, verdadeira peste da sociedade.

Por estas razões não acceitamos a equidade como subsidio adoptavel em um Codigo para a resolução dos casos omissos.

O DIREITO NATURAL

8 Se a equidade é principio vago e indefinido, e a que não deve recorrer-se nos casos omissos, não o é menos o *direito natural*.

Desde Pythagoras até aos modernos philosophos da Allemanha todos se têm esforçado em determinar o verda-

[1] *Obra e logar citado*, paginas 506.
[2] *Discurso sobre a equidade*, paginas 96.

deiro principio de direito, e todavia quasi se verifica a tal respeito o *quot capita tot sententiae* [1].

Intendem uns que o verdadeiro principio do direito é a *mutualidade de serviços;* outros o *neminem laede;* aquelles sustentam que é a *utilidade;* est'outros a *revelação:* e bem sabemos que as conclusões são tão diversas como os principios donde se deduzem.

D'aqui resulta que para o juiz, sectario da escola utilitaria, será de direito natural o que é rejeitado pelas escolas philosophica e historica; e quem tomar o *neminem laede* como principio regulador dos direitos e deveres do homem em sociedade reputará justo o que a escola da mutualidade de serviços não acceita como tal.

Ha tambem algumas instituições juridicas que certas escolas philosophicas não justificam e até combatem, v. g. a prescripção, a propriedade, o poder paternal, etc.: e como não ha lei que decrete qual das escolas deve seguir-se, teremos decisões de julgadores, diversas e manifestamente oppostas entre si, proferidas sobre hypotheses perfeitamente identicas. Quem desconhece que um julgador communista ou socialista decidiria as questões de propriedade de modo diverso do que a reputa um direito absoluto do homem? As acções de filiação, intentadas nos termos do direito antigo, nos mostram bem as consequencias da diversidade de idêas dos julgadores sobre uma dada instituição. Os que derivavam a paternidade só da natureza julgavam mais facilmente provadas as acções de filiação do que aquelles que a consideravam uma instituição meramente social e politica.

Mandar pois recorrer ao direito natural para supprir os casos omissos é lançar os tribunaes na incerteza, e arvorar a arbitrariedade em supremo julgador.

O DIREITO ROMANO

9 O direito romano, verdadeira manifestação do homem na vida social, e scientificamente organizado pelos maiores

[1] Ahrens, *Philosophie du droit, introduction*, chpp. 2.° e 3.°; Falck, *Encyclopedie juridique*, §§ 18 a 52.

talentos da antiga Roma, foi a legislação de quasi todas as nações civilisadas, e é ainda hoje a admiração de todos os sabios. Este monumento de sabedoria humana deve ser estudado pelo jurisconsulto digno de tal nome; mas não pode ser na epoca actual direito subsidiario para a resolução dos casos omissos. As relações, as necessidades e as exigencias da moderna sociedade differem muito das do tempo dos romanos; e as leis destes, sob o ponto de vista pratico, ou são deficientes, ou se dirigem a fins e baseam em principios philosophicos e supersticiosos hoje de todo inadmissiveis.

Por conseguinte admittir o direito romano como subsidiario para supprir os casos omissos em um Codigo, destinado a regular as necessidades e relações actuaes de um povo, seria fazer retroceder a humanidade vinte seculos, e lançar o julgador na incerteza e confusão.

«Não comprehendo, diz o sr. Ferrer [1], como possa re-«ger hoje uma nação um direito que tem mais de dois mil «annos. Essas leis poderão ser justas, mas não podem ser «politicas, isto é, acommodadas ás circumstancias actuaes «da nação portugueza, diversas pelos costumes, governo, «civilisação, etc. das do povo romano.»

Conhecendo a impossibilidade e inconveniencia em adoptar o direito romano como subsidiario para a resolução dos casos omissos da legislação portugueza, os redactores das Ordenações manuelinas, no liv. 2.°, tit. 5.°, e os das philipinas, no liv. 3.°, tit. 64.°, mandaram seguil-o quando *fundado na boa razão;* e os abusos d'aqui provenientes fizeram apparecer a lei de 18 de agosto de 1769 e os Estatutos da Universidade de Coimbra, que prescreveram as regras necessarias para o interprete poder conhecer quaes eram as disposições do direito romano conformes á boa razão.

Tomar portanto o direito romano como elemento subsidiario dos casos omissos em um Codigo civil, redigido em harmonia com as necessidades e tendencias da actualidade,

[1] *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do Codigo civil portuguez*, pagina 55.

seria retroceder para os tempos da superstição e do paganismo, rebaixar a sciencia juridica dos nossos dias, ministrar aos tribunaes um subsidio altamente complicado, que por força havia de conduzir ao erro e á arbitrariedade, e renovar a adopção de um principio, cujos inconvenientes a jurisprudencia portugueza já patenteou.

Estudar o direito romano como corpo de doutrina, invocal-o como elemento historico de interpretação, e imital-o na prudencia de suas disposições e na clareza de sua redacção, intendemos que ainda hoje é util, necessario e conveniente; porem fazel-o a base da resolução dos casos omissos seria abdicar o seculo XIX os fóros que lhe competem com razão de seculo da illustração e do progresso.

OS CODIGOS DOS OUTROS PAIZES

10 Naquellas nações onde o direito romano é subsidiario para a resolução dos casos omissos, podem os Codigos dos outros paizes servir para por elles se aferir qual seja o direito adequado a regular as relações e as necessidades sociaes da actualidade; porem nas que proscreveram o direito romano e formularam Codigos que regulassem os direitos e as obrigações civis dos cidadãos, não pode adoptar-se tal subsidio para a resolução dos casos omissos.

Os Codigos civis das nações modernas são complexos de disposições legaes, feitas com systema e methodo, mas adaptadas aos usos, costumes, clima, forma de governo, e até aos prejuizos do povo que regem. As leis, no dizer de Filangieri, devem ter bondade absoluta e relativa, isto é, conformar-se com os principios de direito e com as regras da politica; e no de Montesquieu [1], «devem ser tão ajusta-«das ao povo para o qual são feitas que será puro acaso po-«derem as leis de uma nação convir a outra. Devem estar «em harmonia com a natureza e com os principios do go-«verno estabelecido ou que se quer estabelecer; e em rela-

[1] *L'esprit des lois*, liv. 1.º, cap. 3.º

«ção com as condições phisicas do paiz, com o seu clima, «frio, ardente ou temperado, com a qualidade do ter- «reno, situação e grandeza, com o genero de vida dos povos, «lavradores, caçadores ou pastores, com o gráu de liber- «dade que a constituição politica possa admittir, com a re- «ligião dos habitantes, e com suas inclinações, riquezas, «numero, commercio, usos e costumes.»

Sendo assim, mal se concebe a possibilidade e conveniencia de tomar, como direito subsidiario para os casos omissos na legislação de um certo e determinado povo, os Codigos dos outros paizes. O exame dos Codigos das nações estrangeiras é util e proveitoso como estudo de legislação comparada, e como elemento de interpretação, quando sejam fonte da disposição de uma lei dada: porem d'aqui a tomarem-se como base para a resolução dos casos omissos vai grande distancia.

Quando em Portugal a lei de 18 de agosto de 1769 no § 9.º permittiu supprir os casos omissos na legislação portugueza com as disposições do direito romano, sendo estas disposições conformes á *boa razão*, isto é, ao *direito divino, natural e das gentes*; e os Estatutos da Universidade de 1772, no livro 2.º, tit. 5.º, capp. 2.º e 3.º, tractando de fixar para a boa administração da justiça uma norma positiva que acabasse com o indefinido e vago da *boa razão*, prescreveram como regra o *uso moderno* que do direito romano faziam as nações civilisadas, consultando para isso as obras dos jurisconsultos que escreveram sobre esta materia; com razão se recorria aos Codigos das nações civilisadas como fonte onde se bebia o direito romano depurado pelo uso moderno.

Quando porem este direito deixou de ser subsidiario, o supprir os casos omissos de um Codigo com as disposições dos Codigos das nações estranhas é confessar a ignorancia do codificador; é fazer uma miscellanea de leis nacionaes e estrangeiras com principios e vistas differentes e ás vezes oppostas; é complicar e confundir o direito, e até muitas vezes tornar impossivel a sua applicação aos casos occorrentes, por não haver nos Codigos disposição applicavel. Proclamar os Codigos antigos e modernos subsidiarios para

os casos omissos, diz o sr. Ferrer [1], importaria a abdicação da soberania da razão publica e da antonomia nacional em presença dos Codigos estrangeiros.

Rejeitamos pois a idêa de adoptar os Codigos dos outros paizes como subsidiarios para a resolução dos casos omissos do Codigo civil de um certo e determinado povo.

OS PRINCIPIOS GERAES DO DIREITO

11 Os inconvenientes e defeitos que notámos nos subsidios adoptados pelos Codigos das nações estrangeiras, para a resolução dos casos omissos, não se encontram, em nosso intender, no dos *principios geraes de direito*.

Com effeito ha certa somma de principios certos e universalmente admittidos em jurisprudencia, que podem servir de guia ao julgador nos casos sobre que a lei não estabeleça providencia especial.

Destes principios deduziram os jurisconsultos romanos as regras que se encontram no titulo — *de regulis juris* do Digesto; e que serviram aos julgadores para fazerem uma justa applicação da lei.

Neste subsidio intendemos que não ha o vago e o indefinido da *equidade* e do *direito natural*, nem a incompatibilidade das disposições do direito romano com as necessidades e relações da sociedade actual, nem a applicação de legislações estranhas a um povo com idêas, costumes, indole e usos inteiramente diversos.

12 Mas o que são os *principios geraes de direito*, e onde deve ir buscal-os o julgador para os applicar aos casos occorrentes, que não se acham comprehendidos nas disposições dos Codigos?

Em nosso intender, os *principios geraes de direito* são de duas categorias: uns universaes em jurisprudencia, outros especiaes e peculiares do direito positivo de certo e deter-

[1] *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do Codigo civil portuguez*, paginas 57.

minado povo. Aquelles contêm noções geraes e communs a qualquer legislação, fundam-se na razão universal, e applicam-se ao direito positivo de todos os povos: estes encerram o espirito e o pensamento geral do direito de certo e determinado povo, deduzem-se tanto da legislação, como dos usos, costumes, habitos e indole desse povo, e só podem ser applicados ás questões suscitadas entre os seus membros; constituem, por assim dizer, a atmosphera juridica em que vive a jurisprudencia nacional [1].

A enunciação de alguns destes principios fará conhecer melhor o nosso pensamento.

Pertencem á primeira categoria os principios seguintes:

a) A lei, que faz excepção ás regras geraes, não pode ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei. (Codigo civil portuguez, artigo 11.º).

b) Quem em conformidade com a lei exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar desse mesmo exercicio. (Codigo civil portuguez, artigo 13.º).

c) Quem tem os commodos deve soffrer os incommodos (Lei 10.ª, Dig., *de regulis juris*).

d) Não pode transferir-se o que nos pertence, senão em virtude de um facto nosso. (Lei 11.ª, Dig., *eodem*).

e) Quem pode fazer o mais pode fazer o menos. (Lei 21.ª, Dig., *eodem*).

f) As convenções particulares não podem derogar o direito publico. (Lei 45.ª, § 1.º, Dig., *eodem*).

g) Ninguem pode transferir para outrem mais direito do que tem. (Lei 54.ª, Dig., *eodem*).

h) Ninguem pode ser obrigado a acceitar um beneficio. (Lei 69.ª, Dig., *eodem*).

Pertencem á segunda categoria os principios seguintes deduzidos do direito positivo portuguez.

a) O governo da familia pertence á mesma familia.

b) O possuidor de um predio hypothecado é devedor da quantia assegurada pela hypotheca.

[1] Vide Falck, *Encyclopedie juridique*, §§ 54 a 57.

c) O direito de propriedade está sujeito a restricções em proveito da agricultura.

d) O interesse geral prefere ao particular.

e) O trabalho é livre.

f) As segundas nupcias são desfavorecidas pela lei.

g) A propriedade presume-se livre emquanto se não mostrar onerada.

h) Havendo duvida sobre a qualidade do onus que pesa sobre a propriedade deve preferir-se o menos gravoso.

Eis o que, em nossa opinião, deve intender-se por *principios geraes de direito:* especifical-os porem e classifical-os em categorias é empreza difficil e alheia deste escripto.

Trebuniano formulou em regras muitos destes principios no titulo *de regulis juris* do Digesto, e Godofredo e Pothier fizeram preciosos trabalhos neste sentido[1]; todavia, alem de não se ter feito ainda destes principios uma classificação completa e methodica, accresce que a jurisprudencia moderna tem modificado muitos principios geraes de direito antigo.

Não obstante isto, ao julgador que tenha verdadeiro conhecimento da jurisprudencia geral e do direito positivo de certo e determinado povo, não será difficil deduzir os *principios geraes de direito* e formulal-os em regras, quando seja necessario fazer applicação delles aos casos occorrentes.

Por conseguinte, segundo nos parece, os *principios geraes de direito* são o unico subsidio, digno de ser admittido por um Codigo civil para supprir os casos omissos.

[1] Veja-se Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, verbis — *règle de droit; Manuel des etudians en droit* par M. Dupin, *prolegomena juris*, pag. 230 da edição de Bruxellas, impressa em 1835.

CAPITULO III

Noticia historica dos subsidios que têm sido adoptados pela legislação portugueza para supprir os casos omissos

Summario. — Direito subsidiario para supprir os casos omissos segundo a Ordenação affonsina — Disposições que sobre este ponto apresentam as Ordenações manuelinas e philipinas.— Inconvenientes que resultaram desta disposição das Ordenações manuelinas e philipinas.— Direito subsidiario para supprir os casos omissos segundo a lei de 18 de agosto de 1769.— E segundo os Estatutos da Universidade.— Defeito dos referidos Estatutos sobre esta materia — Qual era o direito subsidiario para supprir os casos omissos segundo o Projecto do Codigo civil portuguez do sr. visconde de Seabra.— Qual era segundo o Projecto do Codigo civil portuguez da Commissão revisora.

13 O direito romano, que nos principios do seculo XII começára de estudar-se com enthusiasmo na Universidade de Bolonha, não tardou muito em fazer-se conhecido e em ser adoptado como lei em Portugal.

Por um lado, a admiração dos monumentos da jurisprudencia romana, a vantagem de recorrer a lei escripta e compilada, e o credito de que gosava este direito, que então se reputava sufficiente para a resolução de todos os casos praticos; pelo outro lado, a conveniencia que os reis achavam em oppôr á anarchia e ao despotismo feudal os *direitos reaes* consignados nesta legislação, e em crear a classe dos jurisconsultos para com ella enfraquecer a da nobreza e do clero, fizeram que os nossos reis admittissem o direito romano [1].

[1] Veja-se o *Manual historico de direito romano* do sr. conselheiro Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco, parte 3.ª, livro 3.º, capitulo addicional, § 5.º, pag. 51.

Sob o reinado de D. João I foi publicado um extracto em vulgar do Codigo de Justiniano, acompanhado das glosas de Accursio e dos commentarios de Bartholo, decretando-se como Codigo nacional [1]. Porem o grande numero de leis que já então se achavam publicadas, e a sua obscuridade e até antinomia, levaram os povos juntos em Côrtes a requerer a D. João I prompto remedio a males tão graves. Para satisfazer ás queixas dos povos este monarcha encarregou o insigne jurisconsulto, Joanne Mendes, cavalleiro e corregedor em sua Côrte, de compilar e reformar a legislação existente. Joanne Mendes tractou de se desempenhar de tão importante missão, e boas razões nos levam a crer que tractara primeiro de colligir, sem a systematisar, a legislação dos tempos anteriores a fim de que, ordenando-a e systematisando-a depois, formasse um Codigo de leis. Aquella collecção parece que é o *Livro das leis e posturas*, ainda hoje existente na Torre do Tombo, e este Codigo conjectura o sr. Alexandre Herculano que chegou a ser organizado por Joanne Mendes, e é conhecido actualmente pelo titulo de *Ordenações de D. Duarte* [2].

Porem Joanne Mendes falleceu, não tendo concluido ainda este Codigo, e el-rei D. Duarte que então occupava o throno portuguez nomeou o dr. Ruy Fernandes, do seu conselho, para concluir o trabalho começado. Sendo muito curta a vida deste mornarcha, Ruy Fernandes só concluiu a sua obra na menoridade de D. Affonso V, durante a regencia do infante D. Pedro.

Uma Commissão composta do proprio Ruy Fernandes, do dr. Lopo Vasques, corregedor da Côrte, e dos desembargadores Luiz Martins e Fernão Rodrigues, foi encarregada de rever e emendar a obra no que julgasse conveniente; e sendo concluida esta revisão em 1446 foi publi-

[1] Veja-se a carta regia de 18 de abril de 1436, dirigida ao conselho de Lisboa, publicada nos *Annaes do Municipio* de Lisboa, n.º 31, paginas 250; *Portugaliae monumenta historica,— leges et consuetudines —*, paginas 148.

[2] Consulte-se a importante obra — *Portugaliae monumenta historica, — leges et consuetudines —*, paginas 148 e seguintes.

cado o primeiro Codigo civil portuguez com o titulo de Ordenações affonsinas.

Os redactores destas Ordenações conheceram que o seu Codigo não continha disposições que abrangessem todos os casos praticos, e por isso tractaram de regular a maneira de supprir os casos omissos, declarando no livro 2.º, titulo 9.º, §§ 1.º e 2.º [1], o direito romano e o canonico subsidiarios para *os casos que não fossem determinados por leis do reino, ou estylo de córte, ou costume destes reinos antigamente usado, porque onde a lei do reino dispõe cessam todas as outras leis e direitos;* e quando o caso ainda fosse omisso, seguir-se-iam as glosas de Accursio e Bartholo [2].

Temos pois que o Codigo affonsino mandava seguir nos casos omissos o direito romano sem critica alguma; as suas disposições eram então observadas como se fosse direito portuguez.

14 Não fez porem assim a Ordenação manuelina. Seus redactores, conhecendo a impossibilidade de cumprir as dis-

[1] Edição da imprensa da Universidade de 1792.

[2] A Ordenação affonsina no logar citado diz assim: «Estabelece-«mos, e poemos por Ley, que quando alguũ caso for trazido em «pratica, que seja determinado per algũa Ley do Regno, ou estillo «da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, «seja per elles julgado, e desembargado finalmente, nom embar-«gante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto «em outra guisa, porque onde a Ley do Regno dispoem, cessam «todalas outras Leys, e Direitos; e quando o caso, de que se trauta «nom for determinado per Ley do Regno, mandamos que seja jul-«gado, e findo pelas Leyx Imperiaaes, e pelos Santos Canones.

«2 E se o caso, de que se trauta em pratica, nom fosse determi-«nado per Ley do Regno, ou estillo, ou custome suso dito, ou Leyx «Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guar-«dem as grosas d'Accursio encorporadas nas ditas Leyx. E quando «pelas ditas grosas o caso nom fôr determinado, mandamos, que se «guarde a opinion de Bartholo, nõ embargante, que os outros Dou-«tores diguam o contrairo; porque somos bem certo, que assy foi «sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo, e Pa-«dre da gloriosa memoria; e ainda nos parece, pelo que ja algũas «vezes vimos, e ouvimos a muitos Letrados que sua opiniom co-«munalmente he mais conforme aa razon, que a de nenhũ outro «Doutor.»

posições do direito romano taes quaes se achavam no *Corpus juris civilis*, mandaram no livro 2.º, titulo 5.º [1], seguir, em relação aos casos omissos, as disposições do direito romano *pela boa razão em que são fundadas;* e por conseguinte já concediam ao interprete tal ou qual faculdade de rejeitar este direito, quando a *boa razão* não fosse o verdadeiro fundamento de suas disposições; o que em verdade denota um notavel progresso na jurisprudencia portugueza.

Quando o caso não estivesse prevenido no direito romano, deviam observar-se as glosas de Accursio, e na sua falta a opinião de Bartholo, embora alguns doutores dissessem o contrario; salvo se a commum opinião dos doutores que depois delles escreveram fosse contraria, porque então devera seguir-se como a mais conforme á razão [2].

O mesmo dispõe com mui leves variantes a Ordenação philipina no livro 3.º, titulo 64.º [3].

[1] Edição da imprensa da Universidade de 1796.

[2] Eis como se exprime a Ordenação manuelina no logar citado: «Quando alguũ caso fôr trazido em pratica, que seja determinado «per algũa Ley de Nossos Reynos, ou Estilo de Nossa Corte, ou «custume em os ditos Reynos, ou em cada hũa parte delles longua«mente usado, e tal que por Direito se deua guardar, seja per elles «julguado, nom embarguante que as Leys Imperiaes acerca do dito «caso desponham em outra maneira, porque onde a Ley, Estilo ou «Custume do Reyno despoem, cessam todas outras Leys e Dereitos. «E quando o caso de que se trauta nom for determinado por Ley, «Estilo, ou Custume do Reyno, Mandamos que seja julguado, sendo «materia que nom tragua pecado por os Santos Canones; e sendo «materia que nom tragua pecado, Mandamos que seja julguado polas «Leys Imperiaes, posto que os Sacros Canones determinem o con«trario, as quaes Leys Imperiaes Mandamos somente guardar pela «boa razam em que sam fundadas.

«§ 1.º E se o caso de que se trauta em pratica nom for determi«nado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou custume suso dito, ou Leys «Imperiaes, ou Santos Canones, entam Mandamos que se guardem «as Grosas de Acurcio encorporadas nas ditas Leys, quando por «commum opiniam dos Doutores nom forem reprouados, e quando «por as ditas Grosas o caso nom for determinado, Mandamos que «se guarde a opiniam de Bartolo, nom embarguante que alguũs Dou«tores teuessem o contrario; saluo se a comum opiniam dos Douto«res que despois delles escreueram, for contraira, porque a sua opi«niam commumente he mais conforme aa razam.»

[3] No logar citado da Ordenação philipina (edição da imprensa

15 Estas disposições legaes fizeram rebaixar a jurisprudencia portugueza.

Os juizes e os jurisconsultos, quando não achavam prevenido pelas leis romanas o caso omisso em nossas leis e costumes, tinham de examinar e estudar o que a tal respeito diziam os Doutores que escreveram depois de Accurcio e Bartholo, a fim de que, sendo contraria a estes, fosse seguida a commum opinião daquelles Doutores; e por isso, como diz o sr. Coelho da Rocha [1], «acabaram por aban«donar a indagação e exame da lei e commetter a decisão «do caso ao voto dos Doutores, isto é, de todos aquelles «que escreviam sobre direito ou moral, attendendo não ás «suas razões, mas ao numero. A balança da justiça cedia «a favor daquelle que apresentava maior columna de au«ctoridades, a qual então se honrava com o nome de *opi«nião commum.*»

da Universidade de Coimbra de 1858, conforme á edição da mesma imprensa de 1824) lê-se o seguinte: «Quando algum caso for tra«zido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos «Reinos, ou Stilo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, «ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que per «Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do «que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dis«poem; porque onde a Lei, Stilo, ou costume de nossos Reinos «dispoem, céssam todas as outras Leis e Direitos. E quando o caso, «de que se trata, não for determinado per Lei, Stilo, ou costume «de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia, que «traga peccado, per os Sagrados Canones. E sendo materia, que «não traga pecado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os «Sagrados Canones determinem o contrario. As quaes Leis Impe«riaes mandamos sómente guardar pela boa razão, em que são fun«dadas.

«1 E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado «per Lei de nossos Reinos, Stilo, ou costume acima dito, ou Leis «Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se «guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, «quando per commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; «e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde «a opinião de Bartolo, porque sua opinião commumente he mais «conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o «contrario; salvo se a commum opinião dos Doutores, que depois «delle screveram, for contraria.»

[1] *Inst. de dir. civ. port.*, nota — *B*.

16 Este mal de ha muito sentido tractou de remedial-o o grande Marquez de Pombal, que procurou elevar a jurisprudencia portugueza á altura de verdadeira sciencia philosophica, acabando com o principio auctoritario até então admittido. Com este intuito foi publicada a lei de de 18 de agosto de 1769, chamada vulgarmente — *lei da boa razão*. Esta lei mandou no § 9.º julgar os casos omissos nas leis patrias, estylos da Côrte e costumes do reino, pelo direito romano, quando as suas disposições fossem conformes á *boa razão*, isto é, ao direito divino, natural e das gentes, excepto emquanto a materias economicas, mercantís e maritimas, pois nestas mandava seguir as leis das nações modernas.

Emquanto ás glosas de Accurcio e Bartholo, determinou no § 13.º que não podessem mais ser allegadas em juizo, nem seguidas na pratica dos julgadores, salvo quando fossem tambem conformes á boa razão [1].

Mas a lei de 18 de agosto de 1769, pretendendo remediar um mal, produziu outro não menos grave. Mandando seguir o direito romano só quando fosse conforme ao direito natural que não tractou de definir, deixou os juizes no vago e indefinido, que os precipitou na arbitrariedade; e então as opiniões mais cerebrinas se escudaram com o pomposo fundamento do direito natural.

17 Foi por isso que em 1772 os redactores dos Estatutos da Universidade procuraram remediar os defeitos da lei de 18 de agosto de 1769, por meio de regras que dirigissem os juizes na verdadeira execução da justiça, e os afastassem da arbitrariedade. Para este effeito deram certas regras, que applicadas fizessem conhecer qual era o direito romano conforme á boa razão; e uma dellas é consultar o *uso moderno* deste direito nas nações da Europa, soccorrendo-se para isso ás obras dos jurisconsultos destas nações.

18 O pensamento dos Redactores dos Estatutos da Universidade foi bom; porquanto, por um lado era coarctado o arbitrio do julgador, mandando-se tomar o direito romano

[1] Correia Telles, *Commentario critico á lei da boa razão*, n.º 195.

como base para a resolução dos casos omissos: e pelo outro, permittia-se a applicação deste direito só quando fosse conforme á boa razão, e ás tendencias e idéas das nações modernas.

Todavia este systema laborava em dois defeitos capitaes, emquanto não só suppunha que o direito romano prevenia todas as hypotheses praticas, mas tambem collocava os juizes em um inextricavel labyrintho de que muitas vezes não havia fio de Ariade capaz de os tirar. Havendo entre os escriptores discordancia acerca do uso moderno das Pandectas, e não declarando os Estatutos da Universidade qual das opiniões em tal caso deveria seguir-se, ficava ainda o direito das partes entregue á incerteza e ao arbitrio.

Vê-se pois que os Estatutos da Universidade quasi que retrocederam para o systema das Ordenações, pois mandavam seguir o direito romano, consultando o maior numero de escriptores sobre o uso moderno deste direito, sendo por conseguinte necessario que os juizes tivessem uma longa leitura e aturado estudo, pouco compativel com as suas muitas e variadas occupações.

Como porem as doutrinas dos escriptores do uso moderno das Pandectas foram passando para os Codigos civis das nações cultas, e assim estes Codigos se tornaram o verdadeiro indicador do *uso moderno*, era a elles que entre nós se recorria ultimamente, para se conhecer qual era o direito romano conforme á boa razão.

Portanto os nossos jurisconsultos, praxistas e julgadores invocavam os Codigos das nações cultas para confirmarem a rectidão de suas opiniões e o acerto de suas sentenças.

19 A necessidade da feitura de um Codigo civil que firmasse, simplificasse e completasse o nosso direito, manifestou-se pouco depois da execução das Ordenações philipinas [1]; porem tal necessidade subiu de ponto

[1] Nas Côrtes de 1641 os procuradores dos concelhos requereram a D. João IV a formação de um novo Codigo que substituisse as Ordenações philipinas, remediando-lhes os defeitos; porem, em razão do estado de guerra em que então se achava o reino, não póde

quando foi inaugurada em Portugal a nova organização politica [1].

A Carta Constitucional decretou no § 17.º do artigo 145.º, entre as garantias dos direitos civis e politicos do cidadãos portuguezes, a organização de um Codigo civil fundado nas solidas bases da justiça e equidade; e força era satisfazer a esta prescripção constitucional, que estava em perfeita harmonia com os desejos da nação.

Por isso, quando a Carta Constitucional teve definitiva execução em todo o reino, foi promulgada a carta de lei de 25 de abril de 1835, a qual estabeleceu gratificações a quem apresentasse um Projecto do Codigo civil; e mais tarde por decreto de 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma Commissão permanente para a feitura dos Codigos civil e penal [2]. Porem como esta Commissão não

ser attendida aquella supplica, e antes a lei de 29 de janeiro de 1643 mandou guardar as Ordenações philipinas em tudo que por leis posteriores não estivesse alterado. Por decreto de 31 de março de 1778 foi creada uma junta para o exame e correcção de um *Codigo Novo*, e foram nomeados differentes ministros para trabalhar nos cinco livros de que havia de constar este Codigo: completou-se a parte relativa ao direito testamentario, e o decreto de 3 de fevereiro de 1789 nomeou censores e revisores desta parte, devendo passar depois á approvação final na junta; e finalmente mandou-se por Aviso de 9 de fevereiro de 1789 remetter á Mesa da Commissão Geral, para a censura da doutrina. Porem nada mais se fez a respeito deste Codigo que ficou no esquecimento. Vide Fernandes Thomaz, *Repertorio das leis extravagantes*, verbo — *Codigo novo*.

[1] O deputado João Maria Soares Castello Branco, em sessão das Côrtes constituintes de 8 de fevereiro de 1821, apresentou um projecto de decreto para a formação do novo Codigo civil, devendo ser este trabalho encarregado á Commissão de legislação das referidas Côrtes (vid. *Diario das Côrtes geraes e extraordinarias* de 1821, tomo 1.º, pagina 64). Depois a lei de 13 de setembro de 1822 prometteu um premio honorifico e pecuniario a quem apresentasse o melhor Projecto do Codigo civil, e então se fizeram alguns trabalhos neste sentido entre os quaes citaremos o *Digesto Portuguez* do insigne Correia Telles; porem os acontecimentos politicos que occorreram em 1823 obstaram á satisfação de tamanha necessidade nacional.

[2] Esta Commissão era composta do conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça Manuel Duarte Leitão, ministro e secretario de es-

podia desempenhar-se de tão ardua tarefa, foi o sr. conselheiro Antonio Luiz de Seabra (hoje visconde de Seabra) encarregado por decreto de 8 de agosto de 1850 de redigir o Projecto do Codigo civil portuguez, sendo logo nomeada uma Commissão incumbida de rever e examinar os trabalhos do novo Codigo civil [1]. Esta Commissão, depois de ter auxiliado em Coimbra em 1851 alguns trabalhos preparatorios para a feitura do Projecto do Codigo, foi acrescentada com outros novos membros por decretos de 18 de março de 1857 [2], e de 12 de julho de 1858 [3].

Finalmente em 1858 apresentou o sr. visconde de Seabra o seu Projecto do Codigo civil portuguez, e este no

tado honorario, do conselheiro presidente da relação commercial, José Jacintho Valente Farinho, dos juizes da relação de Lisboa Diogo Antonio Correia de Sequeira Pinto, e João Maria Alves de Sá, do procurador regio da mesma relação, o conselheiro José Maximo de Castro Neto Leite e Vasconcellos, e do advogado José Maria da Costa Silveira da Motta, e presidida pelo ministro e secretario de estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça, *(então)* José Bernardo da Silva Cabral (*Diario do Governo* de 12 de dezembro de 1845; *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 652).

[1] Esta Commissão era composta dos doutores Vicente Ferrer Neto Paiva (hoje visconde de Freixo), Manuel Antonio Coelho da Rocha, Joaquim José Paes da Silva, e Domingos José de Souza Magalhães, da qual era tambem membro o redactor do Projecto do Codigo, Antonio Luiz de Seabra (hoje visconde de Seabra).

[2] Pelo decreto de 18 de março de 1857 foi nomeado o dr. Abel Maria Jordão Paiva Manso, para preencher o logar vago pelo fallecimento do dr. Manuel Antonio Coelho da Rocha.

[3] Os membros acrescentados á Commissão incumbida de rever e examinar o Projecto do Codigo civil foram os seguintes: Alexandre Herculano de Carvalho, o conselheiro Antonio de Azevedo Mello e Carvalho, ministro e secretario de estado honorario e conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, o bacharel Antonio Gil, advogado nos auditorios da Côrte, Antonio de Oliveira Marreca, o dr. Francisco Antonio Fernandes da Silva Ferrão, par do reino e conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, o bacharel Francisco Jeronymo da Silva, advogado nos auditorios da Côrte, o dr. João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Martens, o conselheiro Joaquim José da Costa Simas, conselheiro de estado extraordinario, e o dr. Levy Maria Jordão, advogado nos auditorios da Côrte.

artigo 13.º, providenciando sobre a maneira de supprir os casos omissos, dizia o seguinte: «Se as questões sobre di-«reitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo «texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos ana-«logos previstos em outras leis, regular-se-ão pelos *prin-«cipios geraes da equidade*, segundo as circumstancias do «caso, e sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação «estrangeira, a não ser como testimunho da mesma equi-«dade.»

Comquanto pareça á primeira vista que o sr. visconde de Seabra se afastara do systema seguido pelos Estatutos da Universidade e pelo direito anterior, todavia na essencia seguia quasi o mesmo.

Com effeito o douto Redactor do Projecto do Codigo civil, reconhecendo que a *equidade* podia lançar os julgadores no campo do arbitrio, se não tivessem uma bussola que os guiasse neste pelago immenso, permittia que a legislação estrangeira fosse invocada *em testimunho da mesma equidade;* o que daria em ultimo resultado recorrer-se aos Codigos das nações estranhas para supprir os casos omissos no Codigo civil portuguez.

20 Este systema do Projecto do Codigo foi impugnado pelo sr. Ferrer[1]; e, concordando o proprio auctor do Projecto[2], a Commissão revisora approvou a proposta do sr. Levy Maria Jordão (hoje visconde de Paiva Manso), em virtude da qual a palavra — *equidade* foi substituida por est'outras — *de direito natural*, e se eliminaram as palavras — *e sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testimunho dessa mesma equidade*[3].

Esta substituição e eliminação foi conservada em todas

[1] *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do Codigo civil portuguez*, paginas 13 e 54 e seguintes.

[2] *Resposta ás reflexões do sr. dr. Vicente Ferrer Neto Paiva sobre os sete primeiros titulos do Projecto do Codigo civil portuguez*, resposta á censura ao artigo 13.º

[3] Vide *Actas das sessões da Commissão revisora do Projecto do Codigo civil portuguez*, paginas 8.

as revisões successivas por que passou o Projecto do Codigo civil portuguez; e sendo este finalmente convertido em lei, não soffreu neste ponto alteração ou modificação alguma da parte dos corpos collegislativos.

É já tempo de entrarmos na analyse do artigo 16.º do Codigo civil portuguez, para vermos como segundo elle se devem supprir os casos omissos.

CAPITULO IV

Estudo sobre o artigo 16.º do Codigo civil portuguez, e especialmente sobre o direito subsidiario para supprir os casos omissos no mesmo Codigo.

Summario.— Fonte proxima do artigo 16.º do Codigo civil portuguez.— Defeitos de redacção deste artigo.— Lacuna importante que se encontra nelle.— Como deveria ser redigido.— Recursos que, segundo o artigo 16.º do Codigo civil portuguez, tem o interprete para decidir as questões sobre direitos e obrigações civis.— Primeiro recurso: *o texto da lei.*— Quantas especies ha de interpretação.— O que seja interpretação doutrinal e operações necessarias para esta interpretação.— Segundo recurso para o interprete resolver as questões sobre direitos e obrigações: *o espirito da lei;* e em que consista este *espirito.*— Regras especiaes que o interprete deve observar para bem interpretar qualquer texto de lei imperfeita.— Terceiro recurso para o interprete resolver as questões sobre direitos e obrigações: *as disposições de outras leis que regulem casos analogos.*— Em que consista esta analogia.— Inexequibilidade pratica deste terceiro recurso.— Quarto recurso para o interprete resolver as questões sobre direitos e obrigações: *os principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso.*— Inexequibilidade pratica deste quarto recurso.

21 O Codigo civil portuguez, providenciando no artigo 16.º sobre a maneira de resolver as questões sobre direitos e obrigações civis, e especialmente sobre o modo de supprir os casos omissos no mesmo Codigo, dispõe o seguinte:

«Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem «ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu es- «pirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras «leis, serão decididas pelos principios de direito natural, «conforme as circumstancias do caso.»

A fonte proxima desta disposição de lei foi o artigo 5.º do titulo preliminar do Codigo civil da Sardenha, cuja traducção em francez é: «Si une question ne peut être

«résolue ni par le texte, ni par l'esprit de la loi, on aura «égard aux cas semblables que les lois auraient spéciale- «ment prévus, et aux principes qui servent de fondement «des lois analogues; si neanmoins la question est encore «douteuse, on aura recours aux principes généraux du «droit, en prenant en considération toutes les circonstan- «ces du fait.»

Como se vê, entre o artigo 5.º do Codigo civil da Sardenha e o artigo 16.º do Codigo civil portuguez ha apenas a differença de que em o nosso Codigo as palavras — *aux principes généraux de droit* foram substituidas pelas palavras — *principios de direito natural.*

22 A primeira cousa que temos a notar sobre o artigo 16.º do Codigo civil portuguez é o pouco esmero que houve em sua redacção.

As leis obrigam a todos os cidadãos; e para serem de todos conhecidas importa que sejam claras, por forma que estejam ao alcance de qualquer intendimento ainda vulgar.

Cumpre tambem ao legislador evitar as más interpretações da lei, e para isso as palavras devem ser tão ajustadas ás idêas, que entre estas e aquellas haja uma equação perfeita. Bacon disse [1]: «A lei deve ser precisa, breve «e simples.»

Todavia, salvo o respeito devido, os sabios redactores e collaboradores do Codigo civil portuguez parece que não se lembraram destes principios, quando redigiram o artigo 16.º; e pois que delle nos occupamos especialmente, aqui indicaremos os defeitos de redacção que se nos afiguram mais notaveis, a fim de serem emendados em alguma futura reforma do Codigo.

Diz o artigo citado: «Se as questões sobre direitos e «obrigações não podérem ser resolvidas, *nem pelo texto da «lei, nem pelo seu espirito*, etc.»

Esta disposição do Codigo civil portuguez explica-se pelas doutrinas de Savigny sobre interpretação das leis, que abaixo exporemos (n.os **26** a **31**); porem quer-nos parecer que as palavras de que o legislador se serviu não exprimem

[1] *De fontibus juris*, aphorisma 65 e seguintes.

exactamente a sua idêa. A expressão — *texto da lei* significa — *as palavras da mesma lei;* e todavia a mente do legislador, nesta parte, é significar que as questões sobre direitos e obrigações sejam resolvidas pelas *disposições da lei,* esclarecidas pelos quatro elementos de interpretação — o *grammatical,* o *logico,* o *systematico,* e o *historico.*

Este pensamento parece-nos mais bem exprimido no artigo 3.º das *Disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis,* que precedem o Codigo civil de Italia, cuja letra é: «Qualora una controversia non si «possa decidere con una precisa *disposizioni di legge,* «si avrà riguardo alle disposizioni che regulano casi simili «o materie analoghe, etc.»

Intendemos tambem que é defeituosa a redacção do artigo que estamos analysando, quando diz: «se as que-«stões... não podérem ser resolvidas..., nem *pelos casos «analogos prevenidos em outras leis.*»

A palavra — *caso,* em jurisprudencia, é synonyma de — *hypothese pratica,* e por isso pode á primeira vista intender-se que o artigo 16.º do Codigo manda resolver as questões sobre direitos e obrigações civis pelas *hypotheses praticas prevenidas em outras leis.*

Em nosso intender, a sua redacção seria melhor se dissesse como o artigo 3.º das já citadas *Disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis* de Italia: «nem pelas disposições de outras leis que regulem casos «similhantes ou materia analoga etc.»

As palavras — *prevenidos em outras leis* são ambiguas, sendo que se podem referir assim ás disposições do proprio Codigo civil, como a qualquer outra lei portugueza, commercial, administrativa, fiscal, etc. O legislador, visto que tractava aqui de indicar o direito subsidiario para supprir os casos omissos no Codigo, devia dizer expressamente a que leis se referia em sua determinação.

Ainda advertiremos que nos parece mal redigida a parte do artigo 16.º do Codigo, onde se lê o seguinte: «serão «decididas pelos principios de direito natural, *conforme as «circumstancias do caso.*»

Quem attender só a estas palavras concluirá que os principios de direito natural devem ser modificados pelas circumstancias da hypothese a que se applicam; e todavia o pensamento do legislador é, como abaixo veremos (n.os 34 e 35), que se faça applicação dos principios de direito natural, tendo em consideração a indole, os costumes e as condições physicas e moraes do povo, cuja legislação é supprida em suas lacunas por estes principios.

É por isso que o artigo 7.º do Codigo civil da Austria manda resolver os casos omissos pelos principios de direito natural, *tendo em consideração as circumstancias;* e o artigo 3.º das citadas *Disposições sobre a publicação, etc. das leis* de Italia diz: «ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si «deciderà secondo i principii generali di diritto.»

23 Ha tambem a notar uma lacuna importante no artigo 16.º que vamos analysando.

O Codigo civil portuguez no artigo 438.º manda respeitar os direitos adquiridos, ao tempo de sua promulgação, sobre certas e determinadas aguas, não navegaveis nem fluctuaveis, por lei, *uso* e *costume,* concessão expressa, sentença ou prescripção; no § unico do artigo 2273.º exceptua da disposição deste mesmo artigo as servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, apparentes, ou não apparentes, adquiridas anteriormente á promulgação do Codigo, conforme o *uso* ou *costume das terras;* e no artigo 2347.º manda que o proprietario, querendo fazer vallado, deixe externamente regueira ou alcorca, salvo, em ambos os casos, *uso e costume da terra* em contrario.

Por conseguinte os *usos* e *costumes,* nos quaes se verifiquem as condições exigidas pela Ordenação, livro 3.º, titulo 64.º, e pelo § 14.º da lei de 18 de agosto de 1769, ainda hoje podem e devem ser invocados e applicados pelo julgador a certas e determinadas questões.

Sendo assim, cremos que o artigo 16.º do Codigo era o logar proprio para ahi se mandar recorrer aos *usos* e *costumes,* como direito subsidiario nos casos especificados no mesmo Codigo; e foi assim que mais previdentemente fez o artigo 10.º do Codigo civil da Austria.

24 Em vista de tudo que deixamos exposto, o artigo

16.º do Codigo civil portuguez (á parte a sua doutrina) deveria, em nosso intender, ser redigido assim:

«Se as questões sobre direitos e obrigações não podé-«rem ser resolvidas, nem pelas disposições deste Codigo, «segundo as regras de interpretação, nem pelo seu espi-«rito, nem pelas disposições que regulam casos analogos «prevenidos em outras leis portuguezas, serão decididas «pelos principios de direito natural accommodado ás cir-«cumstancias especiaes da legislação portugueza.»

«§ unico. Os usos e os costumes das terras, estando nos «termos da legislação anterior, são direito subsidiario para «a resolução das questões a que este Codigo manda ap-«plical-os.»

Do exame da redacção do artigo 16.º do Codigo civil portuguez passemos agora ao de sua doutrina.

25 O legislador neste artigo diz quaes são os recursos que tem o interprete para decidir as questões sobre direitos e obrigações civis; e estes, segundo se vê do mesmo artigo, reduzem-se aos seguintes: 1.º o texto do Codigo; 2.º o espirito do mesmo Codigo; 3.º as disposições de outras leis que regulem casos analogos; 4.º os principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso.

26 Emquanto ao primeiro recurso — *o texto do Codigo*, encerra elle uma idêa mais complexa do que estas palavras por si mesmas significam.

O legislador não podia tomar a expressão — *texto da lei* na significação de — *simples palavras da lei*, pois de outra sorte admittiria que o interprete pode só pelo elemento grammatical reconstruir o pensamento do legislador, o que não é admissivel.

E não pode intender-se que o pensamento do legislador seja mandar decidir questões sobre direitos e obrigações pelo texto da lei combinado com o seu espirito, já porque a particula — *nem*, que antecede as palavras *pelo texto da lei* e *pelo seu espirito*, indica disjuncção, e por conseguinte o uso de algumas destas duas cousas em momentos diversos, já porque para bem se interpretar uma lei não basta só attender ás palavras e ao espirito da mesma lei, como abaixo mostraremos.

Em vista do exposto intendemos que o artigo 16.º do Codigo civil portuguez nas palavras — *texto da lei* significa as disposições do mesmo Codigo interpretadas segundo as verdadeiras regras de interpretação: e que nest'outras — *pelo seu espirito* se refere aos *motivos da lei.*

Para que pois o interprete decida uma questão sobre direitos e obrigações, o primeiro recurso que tem é o *texto da lei* devidamente interpretado; e por isso vejamos o que seja *interpretar.*

27 Costuma geralmente fazer-se differentes divisões da interpretação, considerando-a, emquanto á origem, emquanto ao modo, e emquanto ao effeito.

Em relação á sua origem, divide-se em *publica* e *particular*, segundo é feita ou pela auctoridade publica (o *legislador* e os *julgadores*), ou pelos jurisconsultos; e em *authentica* e *doutrinal*, segundo dimana do mesmo legislador, ou dos juizes e dos jurisconsultos.

Em quanto ao modo, a interpretação pode ser *grammatical* e *logica:* aquella attende só a cada uma das palavras da lei, e dellas deduz o seu sentido; e esta vai buscar o pensamento da lei á sua razão.

Finalmente, pelo que respeita aos effeitos da interpretação, esta pode ser *declarativa, extensiva* e *restrictiva*, conforme tem por fim manifestar o pensamento do legislador, ou tornal-o mais lato ou mais restricto do que as palavras da lei por si só significam.

Porem Savigny sustenta que, propriamente fallando, não existe *interpretação authentica;* porquanto, sendo a verdadeira interpretação uma operação intellectual que se dirige ao conhecimento da lei tal qual esta é; para que se possa applicar á vida pratica, similhante operação não pode ter logar quando uma lei posterior declare outra lei, porque então o interprete deve acceitar e applicar a lei como foi mandado pelo legislador, ainda que esteja convencido da falsidade de similhante interpretação [1].

Para Savigny pois a interpretação verdadeira é a cha-

[1] *Tratado de direito romano*, liv. 1.º, cap. 4.º, § 32.º, paginas 202 e seguintes da traducção franceza, publicada em Pariz em 1840.

mada *doutrinal*, e só ella merece o nome de interpretação; todas as outras especies acima referidas são operações essenciaes para bem interpretar uma lei, ou consequencias da interpretação doutrinal, mas verdadeiramente não são especies differentes.

Acceitamos estas idêas de Savigny por nos parecerem conformes á natureza das cousas, e fundadas em uma theoria racional; e só desta interpretação nos occuparemos no presente escripto, pois só a ella se podem referir as palavras — *pelo texto da lei* do artigo 16.º do Codigo civil portuguez.

28 O que é pois interpretação doutrinal, e quaes os elementos essenciaes para esta se dar?

Toda a lei é destinada a fixar uma relação de direito; e para que esta relação seja bem determinada, é mister que o interprete comprehenda o pensamento da mesma lei inteiramente e em toda a sua pureza e verdade.

Para conseguir este fim, diz Savigny, deve o interprete collocar-se no mesmo ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações, e recompor a lei pelo pensamento: portanto a interpretação doutrinal é *a reconstrucção do pensamento contido na lei.*

Mas uma lei é expressa por palavras, e estas estão ligadas entre si por meio de relações logicas; e não só faz modificações no direito vigente ao tempo de sua promulgação (n.os 2, 3 e 4), mas tambem deve estar intimamente ligada a todas as instituições juridicas e a todas as outras leis, de sorte que o direito positivo de certo e determinado povo constitua um todo unico: e d'ahi vem que são quatro os elementos de interpretação:— o *grammatical*, o *logico*, o *historico*, e o *systematico*.

O *elemento grammatical* tem por objecto as palavras de que o legislador se serviu para communicar o pensamento: é a *linguagem das leis.*

O *elemento logico* tem por objecto a decomposição do pensamento, e a relações logicas que unem suas differentes partes.

O *elemento historico* tem por objecto o estado do direito na occasião em que a lei foi promulgada.

O *elemento systematico* tem por objecto o laço intimo que une as instituições e todas as leis a um centro de unidade.

De todos estes elementos, sem preterição de nenhum, deve o interprete lançar mão para bem conhecer o conteúdo da lei; e precisa de pôr mentalmente em exercicio todos estes quatro elementos para bem interpretar.

Por conseguinte, para resolver pelo *texto da lei* uma questão sobre direitos e obrigações, o interprete deve: 1.º attender bem ás palavras da lei, tomando-as na significação mais propria segundo o uso da linguagem juridica, excepto quando tenha a certeza de que o legislador quiz referir-se a outra significação menos propria; certeza que poderá obter, comparando não só todas as partes da lei entre si, mas tambem a mesma lei com outras anteriores ou posteriores, e deduzindo a inutilidade ou o absurdo de se tomarem as palavras da lei na accepção mais propria; 2.º attender ás leis logicas do pensamento, pois que não se presume que o legislador quizesse ser inconsequente e contradictorio em suas disposições; 3.º attender a todo o corpo de direito e a todas as instituições juridicas, e relacional-as de sorte que todas as partes deste grande todo conspirem ao mesmo fim e se liguem entre si pelo mesmo pensamento; 4.º attender ás circumstancias do tempo em que a lei foi feita, e o estado em que então se achava o direito.

29 O segundo recurso a que, segundo o artigo 16.º do Codigo civil portuguez, o interprete deve recorrer para resolver uma questão sobre direitos e obrigações, é *o espirito do mesmo Codigo*.

Effectivamente a interpretação doutrinal pode dar o conhecimento da lei, mas é estranha a tudo que não pertença ao conteúdo da mesma lei, seja qual fôr a affinidade que haja entre ella e este conteúdo. Deve pois o interprete attender tambem ao *espirito da lei*,—*ratio legis*, na phrase dos romanistas; o conhecimento do *espirito da lei* é uma operação diversa das da interpretação que acima referimos (n.º 28).

Mas o que deve intender-se por *espirito da lei?*

Savigny diz-nos que esta expressão tem duas significações differentes, segundo se applica ao passado ou ao futuro, a saber: 1.º uma regra superior de direito, donde sai a lei como deducção e consequencia; 2.º um effeito que a lei intenta produzir; *é o fim*, a *intenção da lei* [1]: neste segundo sentido é que tomamos propriamente a frase — *espirito da lei*, a que se refere o artigo 16.º do Codigo civil portuguez.

Os Estatutos da Universidade de Coimbra explicam-nos muito bem o que deve intender-se por *espirito da lei*, e indicam-nos as cautelas necessarias para evitar que se tome por espirito da lei o que realmente o não seja. Transcreveremos as proprias palavras dos citados Estatutos, que nesta parte revelam bem a sabedoria de seus redactores [2].

«Para que os ouvintes possam mais seguramente evitar «todo o perigo das nocivas transgressões do officio do in«terprete: ensinar-lhes-á o professor o caminho que devem «seguir na indagação das genuinas sentenças, e do verda«deiro espirito das leis. Dar-lhes-á a conhecer qual é, e «em que consiste o *verdadeiro espirito das leis*, e qual é «o melhor modo de indagal-o e de comprehendel-o; mos«trando consistir o dicto *espirito* no complexo de todas «as determinações individuaes; de todas as circumstancias «especificas, em que o legislador concebeu a lei e quiz «que ella obrigasse; e do fim, e da razão, que o moveram «a estabelecel-a [3].

«E porque sem o conhecimento da verdadeira razão das «leis não se pode comprehender perfeitamente o *verdadeiro* «*espirito* de que ellas se animam: dar-lhes-á tambem o pro«fessor as necessarias noções das diversas especies que ha «de razões das leis. Declarará que as razões das leis con«sideradas em si, ou são *intrinsecas*, ou *extrinsecas*, ou «*publicas*, ou *historicas*, ou *particulares*, *secretas* e *arca*-

[1] *Tratado de direito romano*, no logar acima citado, § 34.º, paginas 211.

[2] Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772, livro 2.º, tit. 6.º, cap. 6.º, §§ 20.º a 23.º

[3] Citados Estatutos, liv. 2.º, tit. 6.º, cap. 6.º, § 19.º

«*nas;* ou são *juridicas* ou *politicas.* E que consideradas, «emquanto aos interpretes, ou são *certas,* ou *incertas;* ou «*adequadas,* ou *inadequadas;* ou *sufficientes,* ou *insuffi-*«*cientes.* E lhes explicará todas estas especies de razões de «leis, e os meios que ha para poderem alcançal-as [1].

«Advertirá aos mesmos ouvintes que não intendam que «poderão descobrir as razões de todas as leis; e que tam-«bem se não fiem sempre nas razões que dão os juriscon-«sultos nas leis; por serem estas muitas vezes inadequadas «e insufficientes [2].

«Tambem os acautelará contra as razões das leis que se «acham indicadas pelos legisladores. Porque os legisladores «com plena advertencia, consummada prudencia, e muito «de proposito, por assim convir mais ao bem publico, oc-«cultam muitas vezes nas suas leis as verdadeiras razões, «de que se moveram para estabelecel-as. Donde vem que «as razões, que elles dão nas leis, muitas vezes apenas «chegam a ser suasorias [3].

«Ensinará que para se evitar o engano que pode haver «nestes casos, se não devem seguir e abraçar cegamente «as razões indicadas na lei; antes pelo contrario se deve «sempre trabalhar por descobrir a verdadeira razão della «na natureza e no fim do negocio, de que nella se tracta; «da occasião e conjectura da mesma lei; e no exame de «todos os factos e successos historicos que contribuiram «para ella: porque este é em similhantes casos o unico e «verdadeiro modo de acertar com a genuina razão da lei; «de cujo descobrimento depende inteiramente a compre-«hensão do verdadeiro *espirito* della, sem a qual não pode «a mesma lei ser observada conforme a intenção do legis-«lador por quem foi promulgada [4].»

A observancia destas regras pode fazer conhecer ao interprete o *verdadeiro motivo* ou *espirito* da lei, ao qual o artigo 16.º do Codigo manda recorrer, quando o *texto da lei* não seja sufficiente para a resolução das questões

[1] Citados Estatutos, no mesmo logar, § 20.º
[2] Citados Estatutos, no mesmo logar, § 21.º
[3] Citados Estatutos, no mesmo logar, § 22.º
[4] Citados Estatutos, no mesmo logar, § 23.º

sobre direitos e obrigações; e por isso nada mais diremos sobre este ponto.

30 Comquanto as regras acima expostas (n.os 28 e 29) sejam sufficientes para interpretar a lei e fazer conhecer o seu verdadeiro espirito, no caso de as palavras da lei encerrarem um pensamento completo, e manifestarem o verdadeiro conteúdo da mesma lei; todavia algumas vezes acontece haver na lei palavras *indeterminadas*, que não encerram um pensamento completo; e outras vezes, expressões *improprias*, cujo sentido directo está em contradicção com o verdadeiro pensamento da lei. Nestes casos deve o interprete, para chegar ao conhecimento da lei, observar as seguintes regras especiaes.

A *indeterminação* das palavras da lei pode provir ou de uma expressão incompleta, ficando por isso o sentido suspenso, ou de uma expressão ambigua e de uma construcção syntactica amphibologica. Para o interprete poder bem interpretar uma lei que esteja em taes circumstancias deve: 1.º recorrer ao exame da lei no seu todo; 2.º consultar o motivo geral ou especial da lei; 3.º calcular os resultados provenientes de interpretações diversas, preferindo o que seja mais razoavel, o que melhor corresponda ás necessidades praticas, e finalmente o que seja mais humano e mais suave.

Da *indeterminação* das palavras da lei, em razão de conter expressão incompleta, achamos exemplo no artigo 207.º do Codigo civil portuguez, pois não diz se os irmãos germanos do menor devem, ou não, fazer perpetua ou temporariamente parte do conselho de familia, quando tenham interesses oppostos aos do menor; e da mesma *indeterminação*, por ambiguidade de palavras e construcção amphibologica, temos exemplo no proprio artigo 16.º do Codigo, *verbis*—*em outras leis*, e no § unico do artigo 566.º; sendo que as palavras—*menos tempo* que lêm neste § unico podem referir-se, tanto ao praso necessario para o complemento das prescripções que começassem a correr antes da execução do Codigo, e que por este fossem ampliadas; como ao tempo assignado no Codigo para se completar qualquer prescripção que começasse a correr antes da execução do

mesmo Codigo, e a que segundo este fáltasse, para se constituir, um espaço de tempo inferior a trez mezes [1].

Emquanto á *impropriedade* das palavras da lei, pode ella provir de as palavras significarem ora menos ora mais do que o pensamento da mesma lei; sendo necessario no primeiro caso, uma interpretação *restrictiva;* e no segundo uma interpretação *extensiva.*

Quando assim aconteça, para interpretar a lei com acerto é necessario que o interprete: 1.º examine a legislação no seu todo; 2.º attenda ao pensamento e motivos da lei, tomando em consideração tanto os motivos geraes como os especiaes da mesma lei. Assim as palavras do artigo 1859.º do Codigo — *os quaes não hajam de ficar por morte do testador sob o poder de outro ascendente,* devem interpretar-se restrictivamente, significando não o *patrio poder* dos avós, pois que esta interpretação discorda de todas as outras disposições do Codigo; mas o poder que os avós varões têm sobre seus netos, em virtude da tutela legitima que lhes confere o artigo 200.º do mesmo Codigo, e da qual estes avós não podem ser privados por facto de terceiro [2].

E pelo contrario as palavras — *descendentes legitimos* do artigo 340.º do Codigo civil portuguez devem, em nosso intender, interpretar-se extensivamente como abrangendo os *filhos perfilhados,* pois assim o pensamento como os motivos geraes da disposição da lei comprehendem esta especie de filhos [3]; e tambem a expressão — *procuradores do juizo* do artigo 1357.º abrange os *advogados,* porque os motivos geraes da lei tambem lhes são applicaveis.

O argumento *a contrario sensu* é outra especie de interpretação extensiva, e a elle deverá recorrer-se quando seja necessario. Assim do artigo 487.º do Codigo civil que diz: «se o possuidor for esbulhado violentamente, tem di-«reito a ser restituido, sempre que o requeira, dentro do «praso de um anno,» conclue-se que, *passado um anno,*

[1] Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* n.os 41, 44, 58 e 66.

[2] Citada *Revista de legislação e de jurisprudencia.* n.º 16.

[3] Citada *Revista de legislação e de jurisprudencia,* n.º 97.

já o esbulhado violentamente não tem direito a ser restituido por meio da acção de força.

31 O terceiro recurso, que o artigo 16.º do Codigo civil portuguez ministra ao interprete para resolver as questões sobre direitos e obrigações civis, está consignado nas *disposições de outras leis que regulem casos analogos.*

A este respeito a primeira cousa que devemos investigar é quaes são as leis a que se refere o citado artigo 16.º

Pretendem alguns que as palavras — *outras leis* dizem respeito a disposições do mesmo Codigo civil portuguez, que regulem hypothese analoga áquella que o interprete tem de decidir. Sustentam outros que taes palavras significam todas as leis portuguezas vigentes, que não se acham comprehendidas nas disposições do Codigo, e que por isso não foram derogadas pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867; taes como as leis administrativas, fiscaes, commerciaes, penaes, etc.

Em nosso intender, a verdadeira opinião é a segunda.

Em primeiro logar, não só o adjectivo — *outras*, que antecede o substantivo — *leis*, mostra que esta expressão se refere a leis diversas do Codigo civil; senão tambem, sendo este Codigo uma só lei, não podia o legislador considerar como leis diversas as partes componentes deste todo. Ligar á expressão — *outras leis* a idéa de *disposições do mesmo Codigo* que regulem casos analogos, será intender que para o legislador um Codigo civil é uma collecção de muitas leis, o que não pode admittir-se.

Em segundo logar, tendo o legislador dicto antes, que as questões sobre direitos e obrigações se resolvem pelo *texto* e pelo *espirito* do Codigo, certo é que neste não ha outro algum recurso de que o interprete lance mão para resolver similhantes questões; e por conseguinte força é applicar as palavras — *outras leis* á legislação que não faça parte do Codigo civil portuguez.

Portanto as disposições das outras leis portuguezas, alem do Codigo civil, são direito applicavel á resolução de qualquer questão sobre direitos e obrigações civis, a qual não possa decidir-se nem pelo texto, nem pelo espirito do referido Codigo, quando a hypothese prevenida por aquel-

las leis seja analoga á que o interprete quizer decidir, e que não está prevenida no Codigo.

32 Cumpre todavia advertir que o interprete deve ter grande cuidado na applicação deste direito subsidiario.

O artigo 16.º do Codigo diz: «se as questões... não «podérem ser resolvidas.... *pelos casos analogos* prevenidos «em outras leis;» e já acima dissemos (n.º 22) que esta expressão é impropria, porquanto o legislador não podia, nem devia, mandar recorrer senão ás *disposições de outras leis que regulem casos analogos* áquelle sobre que versa a questão que se quer decidir: porem em que consiste esta *analogia?* Quererá o legislador significar as disposições de outras leis que regulam casos que tenham alguma *similhança* com a hypothese que se tracta de resolver? ou as disposições de outras leis que regulam casos entre os quaes e a hypothese haja perfeita *identidade?*

Intender que o legislador quiz significar a *similhança* do caso, dará em resultado serem as questões sobre direitos e obrigações civis decididas por leis de natureza e fins inteiramente diversos, quando é certo que muitas vezes certos casos similhantes são resolvidos até pela mesma lei de uma forma inteiramente diversa, segundo razões especiaes. Por exemplo, o artigo 683.º do Codigo civil portuguez diz que da nullidade da condição, por impossibilidade physica ou moral, resulta a nullidade da obrigação que dessa condição dependia; e todavia o § unico do artigo 1743.º do mesmo Codigo declara que as condições impossiveis, absoluta, ou relativamente, ou contrarias á lei, não prejudicam os herdeiros e os legatarios. No primeiro caso, a condição impossivel annulla a obrigação que delle dependa; no segundo, a mesma condição não annulla o testamento, e portanto a instituição de herdeiro subsiste.

E se isto acontece com diversos artigos da mesma lei, o que não será entre disposições de leis com intuitos totalmente diversos e até ás vezes oppostos? Um exemplo tornará mais claro o nosso pensamento. Segundo as leis de 30 de julho de 1860 e de 19 de maio de 1863, os bens desvinculados por falta de registro dentro do praso fixado no artigo 9.º da mesma lei de 30 de julho de 1860

não se communicam entre o administrador do vinculo e sua mulher, ainda mesmo que sejam casados segundo o costume do reino [1]; porem, segundo o artigo 1109.º combinado com o artigo 1697.º do Codigo civil, todos os prazos de vidas ou de nomeação, quer esta seja livre, quer restricta, ou de pacto e providencia, que tomarem a natureza de fateusins ao tempo da promulgação do Codigo, communicaram-se entre os conjuges casados segundo o costume do reino [2].

Em vista do exposto, intendemos que as disposições de outras leis só podem ser invocadas para resolver casos analogos não prevenidos no Codigo, quando haja não só *similhança* entre a hypothese que se pretende decidir e a resolvida por outra lei, mas tambem *identidade de razão:* isto é, quando a razão seja a mesmissima, como diz Correia Telles [3]. Conseguintemente, para as outras leis supprirem os casos omissos no Codigo devem verificar-se os requisitos seguintes: 1.º que haja *similhança* entre o caso decidido por lei diversa do Codigo e a que se quer resolver; 2.º que em um e outro caso se dê a mesma razão de decidir.

Em harmonia com estas idéas a lei de 18 de agosto de 1769 no § 11.º admittiu as restricções e ampliações, que por *identidade de razão* e por força de comprehensão se achassem dentro do espirito das disposições das leis patrias [4].

33 Descendo do campo dos principios ao da applicação, temos que, segundo o artigo 16.º do Codigo civil portuguez, uma disposição do Codigo commercial, do administrativo, ou do penal, etc., pode ser invocada pelo julgador para decidir uma hypothese, que não esteja prevenida na letra, nem no espirito do mesmo Codigo.

[1] Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, n.os 2, 78, 98 e 133, paginas 23, 420, 788, 460.

[2] Citada *Revista de legislação e de jurisprudencia*, n.º 78, paginas 425.

[3] *Commentario critico á lei da boa razão*, n.os 181 e 185, paginas 78 da edição de 1845.

[4] Vide citado *Commentario critico á lei da boa razão*, n.os 168 a 186.

O pensamento dos redactores do artigo 16.º do Codigo é muito justificavel em these; porquanto, sendo a legislação de um povo a regularisação systematica dos principios do justo, modificados pelos costumes, idêas, tendencias, etc. desse mesmo povo (n.ºs 1 a 3), devem as disposições de cada lei estar sobordinadas aos mesmos principios e modificações; e por conseguinte os casos omissos em uma lei podem e devem ser suppridos pelas disposições de outras.

Porem na pratica esta disposição do artigo 16.º do Codigo civil portuguez ha de produzir resultados funestissimos, e muitas vezes será absolutamente inexquivel.

Com effeito cada um dos ramos de direito tem principios especialissimos que regem suas disposições; donde resulta que as disposições de um ramo de direito positivo mal podem servir para supprir os casos omissos de outro qualquer ramo.

Assim o direito penal, tendendo principalmente á punição e repressão dos crimes, delictos e contravenções, tem como principio que as suas disposições são interpretadas strictissimamente, e não se pode argumentar por analogia, ou inducção por paridade ou maioria de razão para qualquer facto se qualificar de crime: por conseguinte, recorrer a este direito para supprir os casos omissos no direito civil é encher as lacunas de uma legislação com outra de principios inteiramente diversos.

Emquanto ao direito commercial, é este regulado só pelos principios da equidade (*ex bono et æquo*), e desdenha todas as formulas, que não sejam as absolutamente necessarias e indispensaveis para o descobrimento da verdade; e todavia o direito civil segue outros principios, pois, como se vê do artigo 10.º do Codigo civil portuguez, os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja prohibitiva, quer perceptiva, em regra, envolvem nullidade.

Alem disto, o direito commercial é um direito de excepção ao civil propriamente dicto, e mal se concebe que a excepção possa invocar-se para supprir a deficiencia da regra.

Accresce tambem que applicar o direito commercial,

que é de excepção, aos casos omissos em direito civil, que é a regra, contradiz o principio consignado no artigo 11.º do mesmo Codigo civil, segundo o qual a lei que faz excepção ás regras geraes, não pode ser applicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei.

Nem se diga que no Codigo de commercio portuguez actualmente em vigor ha muitas disposições de direito civil que podem supprir os casos omissos no respectivo Codigo Em primeiro logar, é inadmissivel que no Codigo commercial haja algumas disposições de direito civil que fossem omittidas no Codigo respectivo. Em segundo logar, suppondo por hypothese que no Codigo commercial existam effectivamente similhantes disposições, estão ellas derogadas pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que, desde a vigencia do Codigo civil em diante, revogou toda a legislação anterior que recaísse nas materias que o mesmo Codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja especial.

O que dissemos do direito commercial diremos do direito administrativo. Este direito é regulado todo pelos principios de equidade, e suas disposições têm certo caracter especial, proprio da administração activa, que não se harmonisa com o do direito civil, applicavel só quando provocado. Nem é facil descobrir disposições de direito administrativo que sejam applicaveis a questões sobre direitos e obrigações civis propriamente dictos. Se neste direito existem algumas disposições de direito civil, o que se segue é que estão collocadas em logar improprio; mas, em todo o caso, actualmente estão derogadas pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, como acima dissemos.

O direito ecclesiastico ou canonico tambem cremos não pode supprir os casos omissos no Codigo civil. As Ordenações affonsinas, manuelinas e philipinas, redigidas no tempo em que a Egreja tinha summa influencia na governação do Estado, mandavam recorrer aos sagrados canones só em materia que trouxesse peccado; e portanto é inadmissivel que o Codigo civil, redigido quando se proclama como principio de direito publico ecclesiastico — *a Egreja livre no Estado livre*, mande recorrer a similhante direito nos casos omissos.

Finalmente, pelo que respeita ao direito fiscal, os seus principios são inteiramente incompativeis com os do direito civil. É principio assente em direito fiscal que a fazenda não perde o que se lhe deva: donde resulta que muitas vezes o fisco obriga ao pagamento de impostos pessoas a quem a razão e a justiça não os exigiria; e tal principio é incompativel com o — *suum cuique tribuere*, fim a que mira o direito civil. Accresce que o direito fiscal concede á fazenda privilegios especiaes; e uma legislação especialissima e privilegiada não pode supprir as deficiencias do direito civil, que estabelece preceitos geraes e communs para todos os cidadãos.

O que deixamos dicto prova até á saciedade que as outras leis portuguezas, que não sejam o Codigo civil, não podem supprir os casos omissos neste Codigo, ou pelo menos pouco auxilio hão de prestar-lhe sob pena de se cair em erros gravissimos e de se commetter injustiças notaveis.

Não deixaremos finalmente de observar que o artigo 16.º do Codigo civil portuguez, quando diz — *prevenidos em outras leis*, deveria ao mesmo tempo declarar por que ordem hão de ser applicadas estas leis; pois, acontecendo haver duas disposições oppostas, é necessario que o interprete opte por uma dellas; e todavia debalde se procurará no citado artigo 16.º uma regra que nos esclareça a tal respeito.

34 Resta-nos examinar o quarto e ultimo recurso, de que o artigo 16.º do Codigo civil portuguez manda que o interprete lance mão para supprir os casos omissos, e que se encerra nas palavras — *serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso.*

Em o n.º 8 deste escripto demonstrámos que o direito natural não é subsidio digno de adoptar-se em um Codigo civil para supprir os casos omissos; e analysando todos os subsidios até hoje adoptados pelos Codigos das nações cultas para tal fim, optámos pelo dos *principios geraes de direito* (n.º 11). Não tocaremos pois aqui este ponto, e só nos occuparemos das expressões — *conforme as circumstancias do caso.*

Já dissemos tambem em o n.º 22 deste escripto, que

taes palavras não significam que os principios de direito natural devam ser modificados pelas circumstancias da hypothese pratica a que tem de applicar-se, mas sim que na applicação dos principios de direito natural deve ter-se em consideração a indole, os costumes e as condições physicas e moraes do povo, cuja legislação positiva haja de ser supprida pelo direito natural.

Em nosso intender pois o direito natural puro não é o que o artigo 16.º do Codigo civil portuguez manda applicar aos casos omissos, mas sim a *philosophia do direito positivo*.

E em verdade, se o direito natural é o complexo dos primeiros principios fundados em a natureza do homem e concebidos pela razão; e se, como vimos em o n.º 10, os Codigos devem ser adaptados ao clima, genero de vida, gráu de liberdade, tendencias, costumes, idêas, e mais circumstancias dos povos para quem são feitos; pois no dizer de Cicero: «Non ingenerantur hominibus mores tam «a stirpe generis ac seminis, quam ex iis rebus, quae ab «ipsa naturâ loci et a vitae consuetudine suppeditantur, qui«bus alimur et vivimus [1]:» e no de Montesquieu: «Le cli«mat produit en grande partie les loix, les mocurs et les «manières dans une nation [2]:» viria a applicação do direito natural a qualquer hypothese pratica não prevenida no Codigo civil a produzir resultados funestissimos, arvorando o arbitrio em supremo julgador.

Em conformidade com estas idêas um commentador italiano do Codigo civil da Austria [3], annotando o artigo 6.º deste Codigo, no qual se manda decidir os casos omissos pelos *principios de direito natural*, conforme as circumstancias, diz o seguinte: «Emquanto aos *principios de di«reito natural*, não deve intender-se por estas palavras, «segundo a opinião de algum commentador, nem o pro«ducto moral e equitativo do raciocinio abstracto de cada

[1] *De lege agraria*, cap. 35.º

[2] *Esprit des lois*, liv. 19.º, cap. 27.º

[3] Gioachino Bascvi, *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, paginas 19 da 6.ª edição, impressa em Milão.

«julgador, nem o direito natural, como é ensinado nos «livros e nas escolas, mas sim os resultados do raciocinio «feito sobre a natureza das cousas, tendo em consideração «o pensamento, a origem e o fim das leis, que regulam a «materia de que se tracta, o que em linguagem scientifica «se chama *philosophia de direito positivo.*»

Parece-nos que neste mesmo sentido devem intender-se as expressões — *serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso,* do artigo 16.º do Codigo civil portuguez.

35 Mas ainda que sejam assim interpretadas, não cremos que estas expressões na pratica possam dar resultado vantajoso em um Codigo civil, que se propõe determinar e fixar os direitos e as obrigações de todos os cidadãos.

O conhecimento da philosophia do direito positivo já por si só exige estudo aturado, critica esclarecida e intelligencia não vulgar; mas este conhecimento ainda mais se complica, tendo de estudar-se tambem o direito natural nos melhores escriptores, e de o depurar dos sophismas e das opiniões extravagantes, que em nossos dias têm procurado desvirtuar esta sciencia da razão.

Embora pois se intenda que o Codigo civil no artigo 16.º manda recorrer á *philosophia do direito positivo* para supprir os casos omissos, cremos que este subsidio é altamente complicado, difficil de comprehender-se, e que por isso ha de arrastar muitas vezes os julgadores a opiniões temerarias e a decisões arbitrarias.

Os *principios geraes de direito* são, como já acima dissemos (n.º 11), em nosso intender, o unico subsidio digno de adoptar-se em um Codigo civil para supprir os casos omissos.

Se em alguma futura revisão do Codigo civil portuguez se tomarem em conta estes reparos, e se reformar o artigo 16.º de sorte que ao interprete se dê um subsidio verdadeiro e juridico para supprir os casos omissos, grande melhoramento se introduzirá na jurisprudencia patria.